

RECURSO CASACION (P) núm.: 10447/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la
Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. 636/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 26 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. JOSÉ ENRIQUE ABUÍN GEY**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 19 de junio de 2020, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por indicado acusado contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2019 del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Sexta, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Paloma Izquierdo Labrada y bajo la dirección Letrada de Dña. M^a Fernanda Álvarez Pérez, y la recurrida Acusación Particular D. Juan Carlos Quer Pinto y Dña. Diana Cristina López-Pinel Pinarello representados

por el Procurador D. Manuel Pedro Pérez San Martín y bajo la dirección Letrada de D. Ricardo Miguel Pérez Lama.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Sexta, el procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Ribeira bajo el nº 19/2019 Autos del Tribunal del Jurado, se dictó sentencia con fecha 17 de diciembre de 2019, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"De conformidad, con el veredicto del Jurado se declaran como probados los siguientes hechos: El acusado José Enrique Abuín Gey hacia las 2.40 horas del día 22/8/16 se hallaba en A Pobra do Caramiñal en las proximidades de la intersección entre el paseo Areal (también llamado allí paseo Marlés), y la rúa Venecia, en la cual hay, unas naves industriales abandonadas y donde estaban estacionados vehículos en los que pernoctaban feriantes vinculados a las atracciones instaladas en la localidad por las fiestas, siendo un lugar poco iluminado y poco transitado en esos momentos. El acusado intercepta en la zona a Diana María Quer López-Pinel, de 18 años, que volvía caminando sola a su domicilio por el paseo Areal, la aturdió, la inmovilizó y la introdujo en el maletero del vehículo Alfa Romeo 9566-DYN en el que él había llegado hasta el lugar. En el coche la transportó desde A Pobra do Caramiñal a una nave industrial abandonada sita en el lugar de Asados, Rianxo, donde llegaron hacia las 3.10 horas y donde ella siguió privada de libertad. Durante el trayecto el acusado arrojó al mar el teléfono de Diana cuando cruzaba el puente de Taragoña (Rianxo). El acusado abordó a Diana y la transportó a la nave con la intención de atacarla sexualmente. En la nave, el acusado, teniendo sometida a la víctima mediante el uso de la fuerza física la desnudó y realizó con ella actos de contenido sexual que no se han podido determinar. El acusado, con la finalidad de acabar con la vida de Diana o al menos asumiendo que con ello podía causarle la muerte, le situó una brida plástica de más de 40cms. de longitud en el cuello y la apretó fuertemente, lo que produjo la muerte de la víctima por estrangulamiento, con fractura perimortal del asta mayor del hueso hioides. Tras ello arrojó el cuerpo desnudo de Diana a un pozo lleno de agua dulce existente en la citada nave industrial, donde también tiró el bolso con efectos personales de la víctima. Tras cerrar el pozo con su tapa, abandonó el lugar, limpió el vehículo y se deshizo de la ropa de Diana. El cuerpo, por la razón que fuera, quedó emergido en la superficie del pozo y en un día no determinado, posterior al menos en veinte días a la noche del suceso, el acusado volvió al lugar y lastró el cuerpo, para que no

emergiera, con bloques de adobe unidos por cables. Cuando el acusado acabó con la vida de Diana, está no tenía ninguna posibilidad de defensa, al encontrarse en un lugar desconocido para ella donde nadie podía prestarle ayuda al encontrarse abandonado y separado de otras viviendas; al tener mucha mayor fuerza física el acusado; y al haberla sujetado éste con al menos una brida. Cuando el acusado acabó con la vida de Diana, lo hizo con la intención de ocultar el delito contra la libertad sexual anteriormente descrito. El acusado reconoció por propia voluntad el 31/12/17 cuando se encontraba en situación de detención policial por razón de estos hechos haber causado la muerte de la víctima y la ubicación del cuerpo, y condujo a los investigadores al lugar en que se hallaba, lo que favoreció de forma relevante el esclarecimiento de los hechos".

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

FALLAMOS:

"Que debo condenar y condeno a DON JOSÉ ENRIQUE ABUÍN GEY: 1- Coma autor responsable de un delito de detención ilegal y de un delito de agresión sexual, en concurso medial, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de confesión, a la pena de 4 años y 1 día de prisión; a la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; y a la medida de libertad vigilada por el plazo de 5 años. 2- Como autor responsable de un delito de asesinato con alevosía, cometido para ocultar otro delito y subsiguiente a un delito contra la libertad sexual de la víctima, con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de confesión, a la pena de prisión permanente revisable; a la pena accesoria de inhabilitación absoluta por el plazo de 20 años; a las penas accesorias de prohibición de aproximarse a las personas de JUAN CARLOS QUER PINTO, DIANA CRISTINA LÓPEZ-PINEL PINARELLO y VALERIA QUER LÓPEZ-PINEL, a sus domicilios, lugar de trabajo o cualquier lugar en el que se encuentren, a una distancia inferior a mil (1.000) metros y de prohibición de comunicarse con ellos por cualquier medio, ya sea verbal, escrito, postal, telefónico, telegráfico, telemático o informático, cuya duración será la de la pena y en todo caso desde el inicio de cumplimiento de la misma y hasta que transcurran 10 años desde la conclusión sin revocación del eventual plazo de suspensión de la pena; y a la medida de libertad vigilada por el plazo de 10 años. 3- Se le condena a indemnizar a JUAN CARLOS QUER PINTO en 130.000 euros, a DIANA CRISTINA LÓPEZ-PINEL PINARELLO en 130.000 euros y a VALERIA QUER LÓPEZ-PINEL en 40.000 euros. 4- Se le imponen las costas del proceso. Notifíquese esta sentencia al acusado personalmente y a las demás partes, haciéndoles saber que pueden interponer recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, preparándolo ante esta Sala dentro de los diez días siguientes al de la última notificación de esta resolución".

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación del acusado **D. José Enrique Abuín Gey**, dictándose

sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia con fecha 19 de junio de 2020, cuya Parte Dispositiva es la siguiente:

"1. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don José Enrique Abuín Gey contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2019 dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, con sede en Santiago de Compostela, en el Rollo del Procedimiento del Tribunal del Jurado nº 19/2019; sentencia que confirmamos. 2. Imponer al recurrente las costas procesales del recurso. Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo preparándolo ante esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que de la misma se haga al Ministerio fiscal, a la representación de las demás partes y al propio acusado".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. José Enrique Abuín Gey**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. ENRIQUE ABUÍN GEY**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por vulneración de preceptos constitucionales, al amparo del art. 852 de la LECRim. y del art. 5.4 LOPJ.

Segundo.- Por infracción de ley al entender que existe error en la apreciación de la prueba, al amparo del número 2º del art. 849 LECrim., basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del apartado 1º del art. 851 LECrim., por no expresar la Sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados respecto del delito de agresión sexual y asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual por los que fue condenado.

Cuarto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del apartado 1º del art. 851 LECrim., por consignarse en la Sentencia como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

Quinto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del apartado 3º del art. 851 LECrim., por no resolverse en la Sentencia sobre todos los puntos que fueron objeto de defensa.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular, impugnando y solicitando la desestimación del recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 25 de noviembre de 2020, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por JOSÉ ENRIQUE ABUÍN GEY contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia el 19 de Junio de 2020, en apelación contra la sentencia de fecha 17 de Diciembre de 2019 procedente de la Audiencia Provincial, Sección Sexta de Santiago de Compostela, que le condenó como autor responsable de un delito de detención ilegal y de un delito de agresión sexual, en concurso medial y como autor responsable de un delito de asesinato con alevosía cometido para ocultar otro delito y subsiguiente a un delito contra la libertad sexual de la víctima.

Los hechos probados que delimitan la inicial sentencia que da lugar a la de apelación que es objeto del presente recurso se ubican en los siguientes:

““El acusado José Enrique Abuín Gey hacia las 2.40 horas del día 22/8/16 se hallaba en A Pobra do Caramiñal en las proximidades de la intersección entre el paseo Areal (también llamado allí paseo Marlés) y la rúa

Venecia, en la cual hay unas naves industriales abandonadas y donde estaban estacionados vehículos en los que pernoctaban feriantes vinculados a las atracciones instaladas en la localidad por las fiestas, siendo un lugar poco iluminado y poco transitado en esos momentos. El acusado intercepta en la zona a Diana María Quer López-Pinel, de 18 años, que volvía caminando sola a su domicilio por el paseo Areal, la aturdió, la inmovilizó y la introdujo en el maletero del vehículo Alfa Romeo 9566-DYN en el que él había llegado hasta el lugar. En el coche la transportó desde A Pobra do Caramiñal a una nave industrial abandonada sita en el lugar de Asados, Rianxo, donde llegaron hacia las 3.10 horas y donde ella siguió privada de libertad. Durante el trayecto el acusado arrojó al mar el teléfono de Diana cuando cruzaba el puente de Taragoña (Rianxo). El acusado abordó a Diana y la transportó a la nave con la intención de atacarla sexualmente.

En la nave, el acusado, teniendo sometida a la víctima mediante el uso de la fuerza física la desnudó y realizó con ella actos de contenido sexual que no se han podido determinar.

El acusado, con la finalidad de acabar con la vida de Diana o al menos asumiendo que con ello podía causarle la muerte, le situó una brida plástica de más de 40cms. de longitud en el cuello y la apretó fuertemente, lo que produjo la muerte de la víctima por estrangulamiento, con fractura perimortal del asta mayor del hueso hioides.

Tras ello arrojó el cuerpo desnudo de Diana a un pozo lleno de agua dulce existente en la citada nave industrial, donde también tiró el bolso con efectos personales de la víctima. Tras cerrar el pozo con su tapa, abandonó el lugar, limpió el vehículo y se deshizo de la ropa de Diana. El cuerpo, por la razón que fuera, quedó emergido en la superficie del pozo y en un día no determinado, posterior al menos en veinte días a la noche del suceso, el acusado volvió al lugar y lastró el cuerpo, para que no emergiera, con bloques de adobe unidos por cables.

Cuando el acusado acabó con la vida de Diana, ésta no tenía ninguna posibilidad de defensa, al encontrarse en un lugar desconocido para ella donde nadie podía prestarle ayuda al encontrarse abandonado y separado de otras viviendas; al tener mucha mayor fuerza física el acusado; y al haberla sujetado éste con al menos una brida.

Cuando el acusado acabó con la vida de Diana, lo hizo con la intención de ocultar el delito contra la libertad sexual anteriormente descrito.

El acusado reconoció por propia voluntad el 31/12/17 cuando se encontraba en situación de detención policial por razón de estos hechos haber causado la muerte de la víctima y la ubicación del cuerpo, y condujo a los investigadores al lugar en que se hallaba, lo que favoreció de forma relevante el esclarecimiento de los hechos.”

Pues bien, ante todo es preciso destacar que, como ya indica el Ministerio Fiscal en su informe al recurso nos encontramos ante el formulado frente a sentencia dictada por el TSJ en sede de apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional”.

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de

apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior.

De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, -que más tarde se suscita de nuevo en este recurso- se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con

sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Además, como señalamos en reiterada doctrina, esta Sala, entre otras, en la STS nº 293/2007 ya señalaba que "si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones «per saltum», que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección".

Pues bien, como veremos en la argumentación jurídica que a continuación se expone, y tras el examen previo de los motivos y el razonamiento del TSJ en su sentencia, frente al alegato del recurrente, este Tribunal cuya sentencia se recurre ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia y ha efectuado el correspondiente examen de la racionalidad de la valoración de la prueba

llevada a tal efecto por el Tribunal de jurado. Y en la estructura actual de la casación, ese proceso valorativo es llevado a cabo por el TSJ ante el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal de instancia, debiendo analizarse en la casación si ese proceso del Tribunal que conoce de la apelación es adecuado, correcto y suficiente en el análisis del llevado a cabo por el órgano judicial ante el que se practicó la prueba como a continuación se expone y desarrolla.

SEGUNDO.- 1.- Por VULNERACIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES, al amparo del art. 852 de la LECRim. y del art. 5.4 LOPJ.

Se expone un primer motivo desbrozado en una batería de submotivos que se exponen y desarrollan a continuación:

1.-Por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art.24.1, art. 120.3 CE).

Se exponen varios submotivos y dentro de cada uno de ellos otros submotivos.

a.- Falta de imparcialidad del tribunal.

El recurrente vuelve a reproducir en sede casacional la referencia a la contaminación del Tribunal del Jurado por el seguimiento que llevaron a cabo de lo que los medios de comunicación iban dando durante el proceso y/o antes del mismo, planteando una tesis presuntiva de “contaminación” en los casos de los denominados “juicios mediáticos”, y haciendo mención a que cada uno de los extremos que se consideraron probados lo era por el jurado por la influencia directa de los medios de comunicación, y no por la observancia directa del jurado de la práctica de la prueba desarrollada a lo largo del juicio oral.

El recurrente va relatando una serie de referencias al proceso valorativo llevado a cabo, derivándolo a la influencia de los medios de comunicación en el proceso, y no por la libre apreciación del jurado de la práctica de la prueba, aunque entrando en el terreno de la valoración de la prueba que será más tarde analizado y exponiendo que se alteró lo que expuso como línea de defensa en la motivación/respuesta del jurado a lo que constituyó el objeto del veredicto, pero olvidando que el rechazo de los contraindicios o medios expuestos por la defensa viene motivado por la aceptación de la prueba de cargo expuesta por la acusación, mientras que la referencia a no aceptar el jurado la tesis expuesta por la defensa de *que lo que hizo el acusado en Rúa Venecia cuando se encontró con Diana M^a: la agarró por el cuello y le dobló la cabeza sin ser consciente de la fuerza que estaba haciendo, quedándole los ojos en blanco* viene como corolario de la aceptación de la tesis con respecto a la causa de la muerte que declaró probado el jurado de que el recurrente *le situó una brida plástica de más de 40cm. de longitud en el cuello y la apretó fuertemente, lo que produjo la muerte de la víctima por estrangulamiento, con fractura perimortal del asta mayor del hueso hioides*, siendo ésta su respuesta concreta a los hechos expuestos en el objeto del veredicto y con un “razonamiento y exposición sucinta y suficiente” que luego es examinado por el Magistrado-Presidente del jurado cuando se le entrega el veredicto con las razones de sus conclusiones expuestas en cada uno de los puntos.

Se pretende por el recurrente que cada una de las respuestas motivadas dadas en el objeto del veredicto fueron influenciadas por los medios de comunicación y no por la percepción directa del juicio, como si estos hubieran, también, alterado lo que ocurrió en el desarrollo del proceso y el jurado se decantara más por lo que se salió en estos, en lugar de por lo que ocurrió en el plenario. Pero olvida el recurrente que ello es fiscalizado por el Magistrado-Presidente del jurado, como así ocurrió, cuando se le entrega el objeto del veredicto, y se valoró de forma razonable y razonada cada una de las explicaciones dada por el jurado a las preguntas que constaban en el objeto del veredicto y que giraban en torno al convencimiento de la autoría, cómo se describe la inicial detención ilegal y los actos llevados a cabo en la nave, sin que la circunstancia de que no aceptaran las tesis expuestas por la

defensa suponga una parcialidad del jurado y que fue influido por los medios de comunicación.

Se reprocha, con ello, una *indebida influencia de la prensa* que siguió el juicio en el jurado, aunque el relato expositivo gira más en la queja de la desestimación de las propuestas de la defensa, ya que la fiscalización de la motivación del jurado fue llevada a cabo por el Magistrado-Presidente observando éste en la entrega del veredicto la *suficiencia* de la motivación y su ajuste a los cánones mínimos exigibles a un jurado con las exigencias a las que más tarde nos referiremos.

Que el Jurado no estimara la eficacia de los contraindicios aportados por la defensa no supone parcialidad alguna, sino que entra de lleno en la responsabilidad que al jurado se le atribuye de valorar todas las pruebas y formar su convicción acerca de lo que realmente ocurrió, pero sin presumir, como expone el recurrente, que cada respuesta dada, y cada motivación, se ajustó a lo que señalaron los medios de comunicación en lugar de basarlo en su propia intermediación.

Por ejemplo, con respecto a los mensajes de Whatsapp lo que se refleja son los mensajes relevantes, no los que no lo eran, y en cuanto a otros extremos relativos a la autoría en relación a los hechos y que no lo pudiera haber cometido otra persona resulta evidente la autoría cuando, además, fue el recurrente el que llevó a los agentes al lugar donde estaba el cadáver en el pozo. Y en cuanto a la aceptación de determinados extremos de prueba lo que se considera es que la practicada fue muy relevante y concluyente, además de que hubo una aceptación en la detención policial que lleva a los agentes hasta el pozo.

Por otro lado, aunque es un tema en el que insiste el recurrente, se constituye en irrelevante si se aportaron datos referentes a Vanesa, Tania y Diana, ya que ello está relacionado con la conexión del recurrente con los hechos sin más, pero que no ha sido éste el encaje tenido en cuenta por el Jurado para la condena respecto a posibles antecedentes del recurrente, sino

la concurrencia de los indicios que más tarde se exponen respecto a los mismos hechos en sí, no por hechos previos ajenos a los debatidos, no aceptando el jurado la tesis de la defensa en torno a que lo que ocurrió entre la víctima y el recurrente fuera distinto a lo que consta probado.

El recurrente sostiene que *La defensa relató lo que hizo el acusado en Rúa Venecia cuando se encontró con Diana M^a: la agarró por el cuello y le dobló la cabeza sin ser consciente de la fuerza que estaba haciendo, quedándole los ojos en blanco.* Es decir, admite el contacto entre recurrente y víctima.

Cuestiona, también, la aportación de medios probatorios relativos a antecedentes del recurrente en torno a su comportamiento sexual previo, lo cual, entra de lleno en la admisibilidad de pruebas o datos que la acusación puede proponer, sin que ello suponga presumir la comisión del delito en el caso concreto, sino un haz de medios que se aportan para la valoración por el jurado.

Pero en todo caso ya se hizo constar en la sentencia del Tribunal de instancia que *“en el fundamento segundo G del auto de hechos justiciables de 5/6/19 se expresó en relación a las pruebas relativas a otros hechos distintos del enjuiciado que sean objeto de un proceso penal, no se permitirá la práctica de prueba en juicio que: Pretenda demostrar -o refutar- tales hechos, permitiéndose únicamente la aportación de documentación que constate suficientemente el objeto de esos procesos, su estado procesal y qué supuesta intervención en ellos se atribuye al acusado, y ello dé forma actualizada que atienda a su estado de tramitación presente, debiendo señalarse a las partes que para propiciar esta fiabilidad del -material con que cuente el jurado podrá admitirse en su caso la aportación de documentación referida a esos procesos que se ajuste a lo expresado.... En el acto del juicio oral se aportó por la acusación pública documentación acreditativa de la reapertura de la causa y de su estado procesal, habiéndose admitido también la documentación aportada por la defensa consistente en la comparecencia en Fiscalía de DOÑA VANESA que era el precedente de tal reapertura, además*

de admitirse un informe pericial relativo al acusado obrante en ese proceso aportado por la defensa.

En definitiva, se ha permitido que las acusaciones transmitan al jurado la constancia de un procedimiento en curso por delito sexual en el que es investigado el aquí acusado, como dato probatorio al que el jurado pueda dar el valor que estime oportuno a efectos del presente proceso, como otros datos relativos al comportamiento del acusado que las acusaciones han querido aportar, pero sin que se haya permitido, por las razones antes -expresadas, que el presente juicio oral sea la sede para demostrar o refutar hechos que ya son objeto de otro proceso penal independiente, habiéndose intentado recalcar al jurado que esta pendencia del referido proceso es el único dato que pueden valorar respecto del mismo y no si tal imputación es fiable o no. Por ello se estima que en nada afecta a la presunción de inocencia respecto de los hechos ahora juzgados la introducción de tal elemento probatorio dichos concretos términos.

Cabe añadir que, siguiendo el mismo criterio, respecto otros hechos cometidos por el acusado que dieron lugar a condena firme por un delito contra la libertad sexual admitió la prueba documental constituida por la sentencia y su declaración de firmeza, sin que se permitiera en el juicio oral otra prueba distinta de la lectura de sus hechos probados y fallo.

Además, el auto de hechos justiciables dictado por el Magistrado-Presidente en fecha 5 de junio de 2019 que no fue objeto de oposición por la recurrente, el cual se aquietó a lo dispuesto en la misma permitiendo que esta adquiriese firmeza.

Con ello, este alegato del recurrente en torno a estos procesos solo se circunscribió a aportación de documental, no a su veracidad en el proceso para hacer un “juicio del juicio”. Y en cualquier caso, la convicción del Jurado no vino por estos antecedentes, sino por la pluralidad de los indicios que se van exponiendo a continuación en cada motivo.

Pues bien, sobre esta alegada parcialidad del jurado hay que incidir en que sobre este alegato señaló el TSJ que:

“Hemos de partir de la premisa de que el Tribunal de enjuiciamiento era el competente para ello y su conformación fue ajustada Derecho, extremos en modo alguno puestos en duda.

La sospecha se centra simplemente en la información que del caso pudieran haber recibido desde la proyección que los medios de comunicación vinieron efectuando del asunto, del objeto de la causa, y es innegable y notoria la gran repercusión mediática que los hechos que analizamos tuvieron. Nada más. No se destaca absolutamente ninguna circunstancia que pudiera poner de relieve aquella situación de prejuicio y por tal no podemos considerar, por ser supuesto de la cuestión, la valoración probatoria o las conclusiones alcanzadas por los juzgadores legos.

Tampoco es atendible la alegación efectuada a la disyuntiva que se ofreció al Tribunal y que se plasmó en la sentencia, sencillamente porque las alternativas que se ofrecen a los jurados son las que se plasman en el objeto del veredicto y en lo que ahora nos ocupa y en relación con la alegación de la defensa, en el apartado décimo sí se consigna esa versión de modo que no es solo la tesis del estrangulamiento y la asfixia la que se valoró sino también la ofrecida por la defensa que fue implícitamente rechazada.

La sociedad de la información en que vivimos nos impide ser ajenos a las cosas que acontecen en nuestro más o menos amplio entorno vital. Nada de lo que conocemos nos es ajeno, precisamente por haber tomado conocimiento de aquello. Pero esa circunstancia por sí misma no determina la imposibilidad de llevar a cabo un enjuiciamiento imparcial y libre. Obsérvese que la contaminación mediática es predicable de cualquier observador, de cualquier persona que eventualmente haya de llevar a cabo una labor de enjuiciamiento de aquello de lo que previamente ha tenido noticia. No es admisible, incluso, en este plano una distinción entre jueces legos y jueces profesionales como si los segundos estuvieran revestidos de una pátina que

hiciera resbalar cualquier tipo de información o su consideración por nimia que fuera.

La ausencia de elementos de convicción ajenos al debate procesal permite atender a la garantía de imparcialidad, al margen de los valores que todos y cada uno de los ciudadanos podamos tener, valores cuya presencia es innegable pero que no por ello determinan la inhabilidad para el enjuiciamiento y en tal sentido no se han puesto de manifiesto qué concretas y particulares circunstancias extraprocesales han determinado esa pretendida afectación a la imparcialidad del Tribunal.

En definitiva, no existen datos objetivos, más allá de la genérica alusión por la recurrente a una difusa contaminación mediática, que permita considerar que el Tribunal de legos se ha comportado de manera ajena a las exigencias de imparcialidad que justifican su actuación, que no haya basado su decisión sobre las premisas que deriven, exclusivamente, de aquello que aconteció en el plenario.”

Pues bien, si la tesis del recurrente prosperara ello llevaría a la conclusión de que en los juicios en los que existiera un interés público por sus características el Tribunal del Jurado, o un Tribunal profesional, siempre y en cualquier caso estarían “influidos por los que los medios de comunicación pudieran informar”, constituyendo el alegato del recurrente una “presunción permanente de contaminación” ligando el juicio a los valores de “publicidad del proceso penal”, “interés público de determinados casos judiciales” y “derecho a obtener y distribuir la información del juicio oral por los medios de comunicación”, todo lo cual quedaría cercenado de prosperar la tesis del recurrente y asegurar éste una especie de *carácter influenciable de los ciudadanos* como máxima categórica cuando el caso trasciende a la opinión pública.

Además, el jurado solo puede ser comunicado cuando lo marca la ley, nunca antes. Y, así, el iter hasta llegar a la comunicación es el siguiente:

a.- La entrega del objeto del veredicto a las partes para oír las sobre posibles modificaciones del mismo (art. 53 LOTJ).

b.- A continuación, cuando se haya consensuado el veredicto con las partes, y éstas hayan aceptado que ese es el objeto del veredicto, y que esas son las preguntas que debe responder el jurado, lo que impide y veta quejas posteriores de las partes acerca de la redacción de las preguntas del veredicto, éste se entrega al jurado y se dan las instrucciones al Jurado acerca de cuál es su función (Art. 54 LOTJ).

c.- Todo ello supone que es en ese momento, y no antes, cuando se produce la incomunicación de los miembros del jurado y se da inicio a la deliberación (art. 55.1 de la LOTJ).

Por otro lado, la tesis del recurrente de la influencia del jurado por los medios de comunicación estaría enmarcada en una pretensión del carácter cerrado y reservado de los procesos judiciales que la defensa pudiera considerar que tienen “demasiada relevancia” en la opinión pública, confundiendo el sagrado derecho de defensa con el derecho de los medios de comunicación a dar información sobre los casos judiciales, y el corolario de los ciudadanos de recibir información.

No puede establecerse, así, una especie de *censura asociada al derecho de defensa y a la imparcialidad judicial*, ya que la publicidad y repercusión mediática no conlleva una presunción de la influencia en el jurado decisor de esa publicidad por el carácter no profesional del jurado, ya que ese mensaje lo destacan los Presidentes de los Tribunales de Jurado en sus instrucciones, y por no poderse acordar una especie de *encierro ab initio* que parece desprenderse de la queja del recurrente, a fin de que los jurados sean incomunicados, no cuando establece y fija la Ley del Tribunal del Jurado, como antes se ha expuesto, sino desde el primer día del juicio, medida que es contra legem y que atenta contra los principios del proceso penal y la institución del jurado.

Hay que recordar, a estos efectos, que los juicios no son en sí mismo mediáticos, sino que es la gravedad del suceso ocurrido lo que determina el interés de la opinión pública y el derecho que la misma tiene a estar informada del desarrollo del enjuiciamiento de hechos tan execrables y graves como el que aquí se está tratando, y que la sociedad tiene derecho a conocer. Todo ello, sin que esta publicidad del proceso penal y del desarrollo de un enjuiciamiento pueda en ningún caso contaminar al jurado, ya que, en cualquier caso, solamente es tras la entrega del objeto del veredicto cuando el jurado tiene que quedar recluido hasta la finalización de su actividad con la entrega del veredicto al presidente del tribunal de jurado, y sin que ello determine que por el hecho de la publicidad del proceso exista una afectación a las facultades del jurado de valorar la prueba.

Lo que se pretende por el recurrente es sostener que el jurado llegó a sus conclusiones por lo que vio en los medios de comunicación, no por la prueba que se practicó, lo que no es correcto, como resulta del análisis del proceso penal seguido y la argumentación del TSJ. Además, si en estos casos fuera posible admitir esta contaminación de un jurado supondría la ocultación de la información de un proceso que pueda tener relevancia e interés para la opinión pública por el carácter grave de los hechos, no pudiendo entenderse que, con esta ocultación, o incomunicación ab initio, se garantiza la imparcialidad e independencia de los miembros del jurado, cuando la publicidad del proceso y el derecho a la información es un derecho que tiene la sociedad a recibirla de cualquier proceso judicial, sin que, como mantenemos, ello pueda afectar a esa imparcialidad del juez o tribunal, aunque se trate de un tribunal del jurado, ya que lo contrario supondría entender que el derecho de participación pública que tienen los ciudadanos en el jurado reconocido constitucionalmente debe contraponerse con el derecho a la publicidad que la sociedad tiene para conocer del desarrollo de un proceso judicial de interés y relevancia para la opinión pública, y que es trasladado por los medios de comunicación que son los que actúan de proyección a estos ciudadanos del desarrollo del proceso judicial.

Sobre esta cuestión ya expusimos en la sentencia del Tribunal Supremo, 344/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 396/2019, en el conocido como el caso de la manada, que ante el mismo alegato señalamos que:

“La Constitución establece en su art. 120 el principio general de publicidad de las actuaciones judiciales. Esta característica queda ligada al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, previsto en el art. 24 de la misma norma, en virtud del cual podrán establecerse eventuales limitaciones al derecho a la información.

La publicidad se encuentra plasmada en otras muchas disposiciones constitucionales (art. 9.3 y 91 CE) y supranacionales (art. 14 PIDCP); art. 6.1. CEDH), que la reconocen y, en ocasiones, admiten expresamente su exclusión. Con todo ello, la publicidad se configura como una norma rectora y fundamental, si bien no como exigencia de carácter absoluto puesto que es posible el establecimiento de excepciones, siempre que estén previstas en las leyes procesales y que gocen de justificación razonable. Se contienen excepciones a la publicidad en los arts. 301, 301 bis y 302 LECrim., que nos llevan a concluir que "la verdadera expresión de la publicidad se produce durante la fase de la oralidad o de validación realizada en el acto del juicio".

Son dos las situaciones en que los juicios paralelos pueden vulnerar el derecho a la presunción de inocencia: antes de la sentencia judicial, cuando la opinión pública se convence de la culpabilidad o inocencia del acusado, y durante el proceso judicial, en cuanto al riesgo de que el juez o jurado se vea influido por la transmisión mediática. En el primer caso, hablaríamos de la dimensión extraprocesal del debate y, en el segundo, nos referiríamos a su dimensión procesal: la independencia del poder judicial.

En este escenario, la aparición de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia, viene a señalar, como objetivo principal, el fortalecimiento de determinadas garantías consideradas esenciales en el proceso penal, y

fundamentalmente, la presunción de inocencia. Así el propio art. 3 de la referida directiva establece que "Los estados miembros deben presumir la presunción de inocencia de los sospechosos hasta que se pruebe la culpabilidad con arreglo a la ley".

Aun así, la directiva señala que la obligación de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no debe impedir que las autoridades públicas divulguen información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario, señalando que bien por motivos relacionados con la investigación penal, (como por ejemplo cuando se hace pública una grabación de imágenes y se pide al público que ayude a identificar al presunto autor de la infracción penal), o bien por interés público, el recurso a este tipo de motivos debería limitarse a situaciones en las que resulte razonable y proporcionado, teniendo en cuenta todos los intereses. En cualquier caso, la forma y el contexto en que se divulgue la información no deben crear la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley.

También en la Recomendación 13 (2003) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se contempla la posibilidad de que el juicio paralelo afecte a la imparcialidad judicial, pero ello como una posibilidad remota, exigiendo que el acusado demuestre "con toda probabilidad" tal influencia y señalando, en su Exposición de Motivos, que la información hostil de los medios de comunicación puede tener una influencia negativa en un procedimiento penal concreto "en casos excepcionales y poco comunes".

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los límites del derecho a informar libremente y la publicidad procesal en sus sentencias 56 y 57 de 19 de abril de 2004 y 159/2005, de 20 de junio, tratando de armonizar las siempre difíciles relaciones entre el derecho a la información y el principio de publicidad de las actuaciones judiciales.

Tal como declara el Alto Tribunal, nadie pone en duda que las audiencias públicas judiciales constituyen hoy una destacada e importante

f fuente de información, siendo uno de los motivos principales por los que en virtud del contenido de los derechos regulados en el art. 20.1 d) CE, reconociera la facultad de acceso a las mismas no sólo a los profesionales de la prensa escrita, sino que también extendió ese reconocimiento a los medios de comunicación audiovisual. Pero en aquellas mismas sentencias, el Tribunal Constitucional ya asumía como un riesgo potencial que la utilización de medios de captación y difusión visual puede afectar a otros derechos fundamentales así como a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos con mayor intensidad que el reportaje escrito, por lo que «en algunas circunstancias, la impresión de realidad que va asociada a la imagen visual podría favorecer especialmente el desarrollo de los que se han denominado "juicios paralelos", frente a los que la Constitución brinda un cierto grado de protección... en la medida en que pueden interferir el curso del proceso» [SSTC 56 y 57/2004, de 19 de abril (FJ 4.º en ambas)].

La cuestión ha sido tratada en numerosas ocasiones por este Tribunal, así decíamos en nuestra sentencia 587/2014, de 18 de julio, que "Poco queda del principio de publicidad como garantía constitucional frente a cualquier tentación de arbitrariedad. La publicidad procesal como conquista histórica del constitucionalismo liberal ha dado paso a la publicación del proceso.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia. En la STS 1394/2009, 25 de enero, decíamos que "... es innegable que todo proceso penal en el que los sujetos activos o pasivos tengan relevancia pública, genera un interés informativo cuya legitimidad está fuera de dudas y que, por mandato constitucional, goza de la protección reforzada que el art. 20 de la CE otorga al derecho de comunicar y recibir libremente información veraz. Sin embargo, no falta razón al recurrente cuando reacciona frente a un tratamiento mediático en el que la culpabilidad se da ya por declarada, sobre todo, a partir de una información construida mediante filtraciones debidamente dosificadas, que vulneran el secreto formal de las actuaciones. La garantía que ofrece el principio de publicidad deja paso así a un equívoco principio de publicación, en el que todo se difunde, desde el momento mismo del inicio de las investigaciones, sin que el acusado pueda defender su inocencia. (...) No

podemos olvidar, además, que en el proceso penal convergen intereses de muy diverso signo. Y no faltan casos en los que ese tratamiento informativo despliega una repercusión negativa que llega a ser igualmente intensa y alcanza a otros bienes jurídicos, recrudesciendo el daño inicialmente ocasionado por el delito".

Pero, concluíamos en la citada sentencia 587/2014, que "Sin embargo, hasta tanto surjan soluciones normativas que ajusten la publicidad del proceso a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, no cabe otra opción que analizar, en cada caso, si el juicio de autoría proclamado en la instancia ha tenido como fundamento el material probatorio generado en el plenario o, por el contrario, la percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación."

En nuestra Sentencia 4/2018, de 16 de enero, afirmábamos que "En uno y otro caso insistíamos -como ahora hacemos- en que lo verdaderamente decisivo es "... si el juicio de autoría proclamado en la instancia ha tenido como fundamento el material probatorio generado en el plenario o, por el contrario, la percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación".

El objeto de nuestro control casacional se limita a verificar si, como se dice en el motivo, la Audiencia o el Tribunal Superior de Justicia, se vieron sobrepasados por la presión mediática, y ello en el aspecto esencial que debe quedar extramuros del derecho de libertad de expresión: si las noticias del caso, las concentraciones de repulsa social y las manifestaciones del Ministro de Justicia, y en definitiva, el juicio paralelo, ha podido llegar a lesionar objetivamente la imparcialidad del Tribunal, de suerte que su decisión ya haya podido venir determinada por las noticias publicadas, con lo que el Tribunal aparecería como sustituto de la opinión pública y así acotado nuestro examen al citado extremo, hay que rechazar con toda claridad esa afirmación."

Con ello, podemos fijar las siguientes reglas básicas ante el alegato de la pérdida de imparcialidad del Tribunal ante el carácter mediático del juicio:

1.- No existe una presunción de parcialidad de un Jurado por la circunstancia del carácter mediático de un juicio.

2.- No existe una presunción de una especie de *carácter influenciable de los ciudadanos* como máxima categórica cuando el caso trasciende a la opinión pública.

3.- No existe duda de que la publicidad procesal es una conquista histórica del constitucionalismo liberal, que ha dado paso a la publicación del proceso.

4.- El derecho de participación ciudadana en la Administración de justicia que se materializa por la institución del jurado no puede quedar cercenado cuando se considere el derecho de la sociedad a recibir información de un proceso judicial y de los medios de comunicación a dar esa información. Todo ello, sin miedo a que sus opiniones puedan influir en el Tribunal, porque la prensa libre es lo que permite la continuidad de una sociedad democrática y la pervivencia de un Estado de derecho, frente a posturas maximalistas que pudieran restringir ese doble derecho antes enunciado de los ciudadanos a recibir la información y los medios de comunicación a darla.

5.- La imparcialidad del Tribunal del jurado no se ve mediatizada por la opinión o información de los medios de comunicación durante el desarrollo del proceso judicial. Las instrucciones del presidente del Jurado garantizan el mensaje de la alta función que los ciudadanos suben a los estrados en estos casos.

6.- No se puede producir un “*adelantamiento*” del momento en que la LO del Tribunal del Jurado fija para que se produzca la “incomunicación” del jurado por el alegato de que el carácter mediático del juicio determina la “parcialidad” segura del jurado, y, a sensu contrario, que el “juicio no mediático” garantiza la imparcialidad.

El recurrente construye una relación directa y un alegato de causa a efecto entre la causa relativa a los medios de comunicación que, según se deduce del submotivo, ejercieron una decisiva influencia en el jurado, sin que ello sea admisible por la circunstancia de que rechazaran los alegatos de la defensa, o asumieran las tesis de la acusación, y con la circunstancia de que muchos de los extremos cuestionados ya estaban resueltos de antemano en torno a que el recurrente abordó a la víctima, hecho incuestionable, y no otra persona.

El motivo se desestima.

b.- Falta de imparcialidad, objetividad y veracidad de los auxiliares y colaboradores del tribunal (médicos forenses y agentes de la guardia civil)

Se sostiene por el recurrente que *los médicos forenses y agentes de la Policía Judicial no fueron imparciales, viciando el proceso, lo que consideramos vulnerador del derecho a la tutela judicial efectiva.*

Pues bien, sobre ello se pronuncia el TSJ en el FD nº 3 de su sentencia señalando que:

“Lo cierto es que no se alcanza a comprender qué concreta norma de carácter procesal puede afectar a la objetividad, imparcialidad, veracidad y rigor de los peritos en la emisión de sus informes. Y no se alcanza a comprender porque lo que realmente está cuestionando la parte recurrente no es otra cosa que la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal a quo pretendiendo que se soslayan las conclusiones alcanzadas en las periciales practicadas. La posible emisión de un informe mendaz o de un testimonio no ajustado a la verdad no determina vicio alguno del procedimiento. Puede llegar a fundar la revisión de una sentencia firme (artículo 954.1, a) de la Ley de enjuiciamiento criminal) pero en su consideración estricta no entraña vicio o defecto procesal alguno ni, tampoco, puede configurar un elemento determinante de indefensión porque esta circunstancia solo es predicable de

actos procesales que tengan su génesis en actuaciones del órgano jurisdiccional, lo que no es el caso.

Pero es que, además, vuelve la parte recurrente a hacer supuesto de la cuestión. La falta de imparcialidad, rigor, y objetividad que predica la defensa de la actuación de los médicos forenses y policía judicial, la apoya en una valoración de la prueba, del contenido de su actuación en el proceso, que acoge determinada versión de los hechos. Solo es posible combatir aquella posición desde la atención a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en su caso (artículo 846 bis c, apartado e)), pero no por la vía de denunciar el quebranto de normas y garantías procesales que hayan causado indefensión.

El artículo 474 de la Ley de enjuiciamiento criminal que se dice infringido simplemente alude al procedimiento probatorio de contenido pericial y notoriamente sobre su estricto contenido ninguna objeción se hace (Antes de darse principio al acto pericial, todos los peritos, así los nombrados por el Juez como los que lo hubieren sido por las partes, prestarán juramento, conforme al artículo 434, de proceder bien y fielmente en sus operaciones y de no proponerse otro fin más que el de descubrir y declarar la verdad). Otro tanto puede decirse en relación con el mencionado en el recurso artículo 497 de la Ley orgánica del Poder Judicial, precepto que alude a las obligaciones de los funcionarios de la Administración de Justicia, pero que en modo alguno supone norma de contenido procesal ni determinante de garantía alguna del proceso más allá del sentido de la prueba en si misma considerada desde su valoración por el tribunal.

Los anteriores argumentos son extensibles a la actuación en el procedimiento de los agentes de la Guardia Civil (peritos informáticos).

Así pues estas alegaciones atinentes a la falta de imparcialidad, rigor y objetividad tanto de los médicos forenses como de los agentes de la Guardia Civil, peritos informáticos, al abrigo de la causa consignada en el apartado a)

del artículos 846 bis c) de la Ley de enjuiciamiento criminal, no puede prosperar”.

Se sostiene por el recurrente que el Sr. Fernández Liste, Jefe del equipo de forenses que practicó la autopsia al cadáver no fue imparcial por las conclusiones a las que llega, lo que se introduce por la vía de vulneración de derechos fundamentales, y no por presunción de inocencia. Pero, en cualquier caso, no puede afirmarse sin más esta parcialidad por la emisión de un informe que la parte entienda que le perjudique.

Los informes periciales, o las declaraciones de los agentes, podrán ser rebatidos en el plenario y ofrecida la versión de la parte en su informe, pero porque suponga una prueba una conclusión contraria a los intereses de la parte no puede suponerse categóricamente que el perito, o el testigo, no es imparcial y no declara conforme a lo que sabe o lo que conoce o vio. Lo mismo sostiene del forense Dr. Blanco Pampín.

La declaración de los peritos y los agentes policiales están sometidos a la valoración del jurado, y son las partes las que en sus turnos de informe y en su explicación al jurado los que informan acerca de la práctica de la prueba y su valoración, pero no puede sostenerse que las conclusiones de un perito en su informe, o las declaraciones de agentes policiales, son inexactas y tendenciosas a obtener una condena, presumiendo directamente su parcialidad por el contenido de sus exposiciones en el plenario, al entenderlas contrarias a sus intereses. Además, resultaría contrario a la razón una especie de confabulación de peritos y agentes policiales que entre todos estuviera dirigida a faltar a la verdad de lo realmente ocurrido y a emitir informes falsos y a efectuar declaraciones contrarias a lo que realmente saben y conocen de lo que ocurrió y/o de sus conclusiones. Nada más lejos de la realidad, debiendo considerarse el alegato como meramente defensivo en torno a la discrepancia de las conclusiones a las que llegaron y sus exposiciones en el plenario que quedaban alejadas de la tesis de la defensa, pero que no por ello debían ser parciales.

Todo el alegato gira, pues, sobre cuestiones atinentes a la presunción de inocencia, más que a las atinentes a vulneración de derechos fundamentales. Y no puede aceptarse el alegato relativo a que *el acusado no tiene recursos económicos para aportar una pericial de parte y poder combatir las hipótesis subjetivas de los forenses*, para, en base a ello sostener que el informe de los forenses fue parcial y, en consecuencia, el único que pudo tener en cuenta el jurado, ya que la no aportación de prueba pericial por la defensa no puede ir en demérito y duda de parcialidad con respecto a la prueba médico forense.

Lo mismo cabe decir de la declaración de los agentes de la guardia civil que actuaron como testigos y peritos, ya que, como mantenemos, no puede sostenerse una presunción de parcialidad global y absoluta de cada uno de los profesionales que, de forma objetiva, acuden y actúan en el proceso penal, sin tener ningún interés en exponer lo que no sea cierto, sino que, lejos de ello, explicar lo que han investigado y el resultado de esta investigación. Que el resultado de la misma y su exposición en el juicio oral se vea contemplado desde el punto de vista de la defensa contrario a sus intereses no puede convertir en parcial el testimonio de los agentes policiales que actúan como peritos y testigos. Y entrando en el terreno de su impugnación por la vía de la vulneración de derechos fundamentales resulta obvia su desestimación sin mayor dato que la oposición del recurrente a la exposición y conclusiones de los agentes policiales. Se apunta que en base a lo que expusieron en el juicio oral respecto al trayecto del móvil de la víctima fue “reinventado” en el juicio oral, cuando es una explicación técnica valorada por el jurado, y, no por ello, sometida a juicio por la defensa como parcial, por entender ser contraria a sus intereses.

El motivo se desestima.

c.- La motivación de la sentencia.

Sostiene el recurrente que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, causando indefensión al acusado. Y lo mantiene en relación a

determinada prueba que entiende que se debía haber valorado de forma distinta a lo que finalmente se recogió en la sentencia, pero ello no supone vulneración de la tutela judicial efectiva, sino que entra en el terreno de la valoración de la prueba, cuyo examen ya fue llevado a cabo por el Jurado, expuesto y razonado por el Magistrado Presidente en la sentencia y analizado por el TSJ en su proceso de análisis de la racionalidad de la valoración probatoria, por lo que no puede sostenerse que existe vulneración de la tutela judicial efectiva por llevarse a cabo una valoración de la prueba distinta a la que sostiene la defensa.

Hay que recordar que la motivación de una resolución judicial tiene que ver con la respuesta dada en derecho con los puntos que son objeto de la pretensión, bien sea ésta directa, o por vía impugnativa. Viene a constituirse como “el derecho a conocer” el postulante las razones de la respuesta judicial”.

Se trata de un derecho a saber por qué el órgano judicial estima o desestima una pretensión, sin que la extensión de la motivación sea un derecho del recurrente, o la mayor explicación al aserto que explicita el Tribunal ante el tema suscitado ante el mismo.

La mejor doctrina apunta con acierto que este derecho del recurrente ante una impugnación de una resolución judicial en relación a la necesidad de que ésta sea motivada constituye el medio donde se exteriorizan las razones o argumentos de que se vale el órgano jurisdiccional, para decidir sobre la necesidad, o no, de privar o restringir la libertad de una persona, u otros derechos.

Estas razones que sirven para conocer si se condena o absuelve a una persona por la comisión de unos hechos delictivos, o si se le otorga un derecho que postula o reclama, o se opone a una decisión del juez o tribunal, no son caprichosas, sino que han de estar fundadas y sustentadas en el ordenamiento jurídico, y por tanto en la ley. De ahí, que la motivación de las resoluciones judiciales, sea concebido como un derecho subjetivo del justiciable incluido dentro del concepto de tutela judicial efectiva de jueces y

tribunales (art. 24.1CE), y se defina de forma negativa por oposición al concepto de arbitrariedad (art. 9.3 CE), que es la frontera que no se debe rebasar al constituir la línea infranqueable que da luz a la legalidad.

Ahora bien, no cabe confundir este derecho subjetivo a la motivación con que ésta sea en la extensión, o en la forma que pretende el recurrente, ya que éste no tiene un derecho a que el juez motive en la medida que él reclama, sino que la motivación es la explicación fundada en derecho, pero no tiene que ser en el derecho que reclama quien impugna. Por ello, en ocasiones se confunde este derecho subjetivo con un derecho a que se motive en el esqueleto estructural o forma que pretende el recurrente.

La motivación de las resoluciones judiciales, no es un concepto unidireccional u homogéneo. Se trata de un derecho a la motivación de las resoluciones judiciales recogido en el art. 120.3 CE como parte esencial del Estado de Derecho, pero en ocasiones se produce un subjetivismo exacerbado acerca de cómo pretende el recurrente que tenga que ser la motivación, sobre todo cuando es contraria a sus pedimentos, con lo que llega a confundirse ausencia o carencia de motivación con la propia desestimación de aquellos.

La motivación también está relacionada con la publicidad de la respuesta judicial, en el sentido de que la notificación de la respuesta que se da en estos casos a una reclamación debe venir acompañada con una explicación racional, que, hasta podría ser sucinta, pero explicativa en grado de "suficiencia" dando respuesta a lo que la parte reclama o cuestiona.

La motivación también viene a constituirse como el por qué de lo resuelto. Las razones expuestas en la resolución judicial, pero dadas con arreglo a derecho, no tienen que alcanzar la forma externa que pretenda el recurrente, por lo que la comprensión del que reclama no puede ampararse en un alegato de falta de motivación, sino que es el juez el que bajo los razonamientos jurídicos oportunos y aplicables al caso da respuesta a la pretensión, pero no con la forma que desea el recurrente, sino bajo el límite de

que se adecúe a la razón del derecho, que es el norte de quien da respuesta jurídica a un problema de hecho planteado.

El derecho de la motivación judicial no es el derecho a la tutela particularizada de la respuesta que pretende el recurrente, a no confundir con la tutela judicial efectiva que viene relacionada con el derecho a la motivación judicial, pero no que se le dé la respuesta que pretende el recurrente.

En este caso, el recurrente sostiene que se debían haber valorado de forma diferente determinadas pruebas, pero ello no entra en el terreno de la tutela judicial efectiva, sino en presunción de inocencia, y existencia de suficiente prueba de cargo para condenar, y, relacionado con ello, con la motivación, pero en el grado de la “suficiente exigida al Tribunal”, sobre lo que ya se ha pronunciado el TSJ en su sentencia ante el mismo motivo suscitado.

No cabe en esta sede la “*reinterpretación*” de lo llevado a cabo por dos Tribunales que ya lo han hecho anteriormente, bajo el “paraguas” de “defecto de motivación”, cuando ésta se lleva a cabo de forma contraria a los intereses y posición de la defensa en el juicio oral. Y más aún, cuando el resultado de los hechos probados es el que consta, -y antes se ha referido-, y que es el resultado de la prueba practicada que, obviamente, no coincide con los postulados del recurrente, pretendiendo *atraer a su terreno* en sede casacional lo que él entiende que ocurrió y cómo ocurrió, lo que no entra en el terreno de la tutela judicial efectiva, sino en la particular visión de sus conclusiones sobre la prueba.

Exponemos lo que al respecto señala el TSJ en sus FD 7º y 8º en torno a la motivación de la sentencia destacando o añadiendo en la estructura de la motivación del TSJ aquellos elementos que es preciso destacar en el análisis de este punto, y, así, se apunta que:

“Sostiene la defensa del Sr. Abuín que la sentencia se apoya en un veredicto que esta insuficientemente motivado. ... La motivación del veredicto, por consiguiente, se ciñe a la expresión de los elementos de convicción que

llevan a tener por ciertas determinadas proposiciones, con las razones que, desde aquellos, llevan a la conclusión alcanzada.

...Sobre la base anterior, la recurrente dice ignorar “cuáles son las razones que han conducido al Jurado a considerar probado los hechos que constituyen los delitos por los que fue condenado el acusado, y las pruebas concretas en que se basa”. Tras esta genérica alusión pormenoriza la recurrente en cada uno de los delitos por los que se condena al Sr. Abuín por qué considera que no ha existido motivación.

Delito de detención ilegal y motivación:

Comenzando por el delito de detención ilegal, la primera precisión que cabe efectuar es que no se puede entrar en lo ya resuelto en relación con que se hubiera considerado prueba que fue declarada impertinente. Los hechos sobre los que considera que no ha existido motivación los concreta la defensa en aquellos que pueden entenderse fijados en el hecho primero modificado que tuvo por probado.

Basta la lectura del veredicto para rechazar que no esté suficientemente motivada la conclusión alcanzada por el Tribunal de Legos. El hecho primero modificado tiene la siguiente redacción:

“El acusado José Enrique Abuín Gey hacia las 2.40 horas del día 22/8/16 se hallaba en A Pobra do Caramiñal en las proximidades de la intersección entre el paseo Areal (también llamado allí paseo Marlés) y la rúa Venecia, en la cual hay unas naves industriales abandonadas y donde estaban estacionados vehículos en los que pernoctaban feriantes vinculados a las atracciones instaladas en la localidad por las fiestas, siendo un lugar poco iluminado y poco transitado en esos momentos. El acusado intercepta en la zona a Diana María Quer López-Pinel, de 18 años, que volvía caminando sola a su domicilio por el paseo Areal, la aturdió, la inmovilizó y la introdujo en el maletero del vehículo Alfa Romeo 9566-DYN en el que él había llegado hasta el lugar. En el coche la transportó desde A Pobra do Caramiñal a una nave

industrial abandonada sita en el lugar de Asados, Rianxo, donde llegaron hacia las 3.10 horas y donde ella siguió privada de libertad. Durante el trayecto el acusado arrojó al mar el teléfono de Diana cuando cruzaba el puente de Taragoña (Rianxo)”.

El Jurado da por ciertos aquellos hechos y menciona aquellas pruebas que le han servido para llegar a la conclusión alcanzada (folios 4016-4216; 4572-4669;1875-1948; 2724-2727; 3404-3426, 4532-4551; 3897- 3906; declaraciones del propio Sr. Abuín y de Francisco Manuel González); pero además de lo anterior detalla los porqués de la conclusión alcanzada. Cuestión distinta es que se compartan las conclusiones establecidas en los hechos probados.

Cierto es que no existe prueba pormenorizada de todas y cada una de las facetas que integran el relato asumido por el Tribunal pero ello deviene inevitable a la vista de las circunstancias concurrentes y a la necesidad de que el apoyo probatorio sea fundamentalmente indiciario.

1.- El posicionamiento del móvil.

Que el encuentro tiene lugar donde se tiene por cierto resulta, como se razona, del posicionamiento del móvil de Diana asumido por el Tribunal seguido por un desplazamiento errático hasta la parte central de la calle Venecia; que a continuación aparece un posicionamiento a mayor velocidad del que cabe inducir claramente que es porque se encontraba en el interior del vehículo en el que fue transportada a Asados.

Evidentemente y sentado que el desplazamiento fue contra la voluntad de Diana cabe razonablemente inducir que de algún modo fue inmovilizada y privada de su capacidad de solicitar auxilio. Todas esas cuestiones son fácilmente deducibles de los hechos incuestionables integrados fundamentalmente por los posicionamientos GPS, llamadas y mensajes de WhatsApp. Los detalles quedan en la posibilidad de colegir razonablemente una realidad que conforme un relato conforme a un principio de normalidad en

el devenir de las cosas. Ese relato que el Jurado asume es perfectamente deducible de los elementos de prueba que se ponen de manifiesto, y se detallan.

2.- La detención ilegal de la víctima.

Efectivamente, no hay prueba directa de que Diana fuera introducida en el maletero, pero tal extremo se puede fácilmente suscitar de una realidad insoslayable, y es que no era voluntad de Diana estar donde fatalmente se encontraba, en primer lugar; en segundo lugar que es igualmente fácilmente comprensible que el transporte de la víctima se hiciera de modo que resultara indetectable y resulta es su colocación en el maletero del vehículo es la forma en la que más sencillamente se consigue aquel propósito; en tercer lugar que, en todo caso, fuera en el maletero o en el interior del vehículo, en el habitáculo, en contra de su voluntad, la situación típica deviene idéntica. En definitiva, el Jurado asume un relato fáctico no solo compatible con las pruebas practicadas sino que razonablemente se induce de las mismas. Desde esta consideración no cabe duda alguna de que el veredicto cumple los cánones de motivación que es un plano general exigen los artículos 24 y 120.3 de la Constitución y en un plano particular derivan del artículo 61.1,d) de la LOTJ.

3.- La comisión de un previo delito contra la libertad sexual antes de matarla.

Otro tanto puede decirse de la motivación de la comisión de un delito contra la libertad sexual; se puede compartir o no el razonamiento, se puede considerar o no suficiente el dato o los datos de los que parte el Jurado para tener por cierta esa agresión, pero lo que, desde luego, no se puede reprochar es que no se haya plasmado el razonamiento que lleva a los jurados a dar por cierta esa versión de los hechos, además de los elementos probatorios que cimentan aquel. Y, desde luego, ese razonamiento que lleva a determinada conclusión, excluye la conclusión alternativa propuesta por la defensa porque lo que realmente introduce la representación del acusado al razonar este

submotivo no es otra cosa que la presentación de su alternativa fáctica y la necesidad de que sea esa la verdad que prevalezca, pero tal extremo no puede ser admitido en el entorno de la motivación de la resolución judicial; la presencia de posibilidades alternativas no afecta a la motivación de la solución acogida por el juzgador cuando la misma resulta de los elementos probatorios existentes en la causa y del razonamiento expresado en el veredicto.

En el desarrollo de este aspecto de la impugnación, reprocha la recurrente a los jurados que no abordaran adecuadamente otras alternativas que se les ofreció (que Diana M^a murió en Rúa Venencia, lo que explicaría la ubicación de la víctima en dicho lugar, las señales de GPS, el mantenimiento de la misma antena de telefonía y coordenadas de latitud y longitud en el período de tiempo comprendido entre las 02:43 y 02:46 horas, las avulsiones en las vértebras C2-C3-C4, la ausencia de lesiones en el cuerpo de la víctima., etc.), sin embargo lo cierto es que los jurados motivaron por qué asumieron una concreta versión de los hechos y no solo eso sino que también motivaron por qué rechazaron la versión del estrangulamiento en el lugar de Pobra de Caramiñal; sobre la alternativa atinente a una posible rotura del cuello resulta rechazable precisamente por haber tenido por cierta otra versión de los hechos de modo que implícitamente se razona los porqués de la conclusión alcanzada sin que sea posible admitir esa falta de motivación.

Respecto de los hechos que integrarían la comisión de un delito de contenido sexual el Jurado igualmente razona y plasma su criterio a la hora de tener por cierta la existencia de aquella circunstancia por más que no haya podido determinarse qué concreta afectación a la libertad sexual de Diana hubiera tenido lugar. Vuelve la recurrente a mezclar lo que sería motivación, o su falta, con acuerdo o asunción del contenido de la valoración de la prueba y acierto en la motivación. No existe contradicción en la motivación del veredicto y cualquier observador de esta decisión fácilmente colige la realidad de una agresión o abuso sexual, sin poder determinarse, pues no otro propósito se advirtió en el proceder del Sr. Abuin.

4.- Delito de asesinato.

Similar respuesta merece la objeción que efectúa la defensa a la motivación en relación con la existencia del delito de asesinato. La propia redacción del recurso en este concreto punto comienza exponiendo las razones que da el jurado para entender que la brida fue el arma homicida, reconociendo implícitamente la motivación de la conclusión alcanzada por más que no comparta la conclusión alcanzada. Por otra parte y en relación a la tesis del estrangulamiento en Pobra do Caramiñal, el Jurado se pronuncia sobre aquella cuestión no porque los medios de comunicación hubieran mantenido que esa era la tesis de la defensa sino porque les fue propuesta como cuestión integrante del objeto del veredicto y es que el Jurado se pronuncia sobre aquellas cuestiones o aspectos, exclusivamente, y ha motivado por qué acogió la tesis que se incorporaba en el apartado sexto modificado que no es otra que la de considerar que la muerte de Diana no tuvo lugar por desnucarse sino porque fue estrangulada y a esa conclusión se llega motivadamente.

Comienza este concreto reproche a la sentencia haciendo la recurrente unas consideraciones generales sobre su motivación cuya deficiencia, indica, arranca ya precisamente de la escasa o defectuosa motivación del veredicto. Así alude a lagunas de motivación y a la infracción del artículo 70.2 de la LOTJ en cuanto el Magistrado Presidente ha incorporado elementos probatorios incriminatorios que no fueron tenidos en cuenta por el Jurado para forjar su convicción, lo que, a juicio de la recurrente excede de su cometido.

Sobre el papel del Magistrado Presidente en la elaboración de la sentencia dictada en el ámbito del Tribunal del Jurado, en relación con el veredicto que le configura aquella y que es conformado por el colegio de legos, ha tenido ocasión de pronunciarse repetidamente la Sala 2ª del Tribunal Supremo y, ya anticipamos, no es la función que le encomienda la Ley asimilable a la que la recurrente parece indicar.

...Tras las anteriores consideraciones, la recurrente desciende a analizar la motivación de cada uno de los delitos que se contemplan en la

sentencia cuestionando la regularidad de aquella. Así, comenzando por el delito de detención ilegal razona que el Magistrado Presidente ha tenido en consideración elementos de prueba no recogidos por los legos en el veredicto, posibilidad que, conforme a lo razonado anteriormente, resulta legalmente admisible. Pero, además, tal situación no podrá ser encajada en un vicio de defectuosa o inexistente motivación, como parece pretender la recurrente, pues en realidad lo que se consigue es reforzar la motivación de la sentencia desde la consideración de los elementos tenidos en cuenta por el Tribunal de legos. Debemos añadir, en relación con este concreto aspecto, que lo que argumenta la recurrente más que una defectuosa motivación es el disenso con la motivación, extremo que ciertamente no es encajable en el genérico motivo de impugnación de la sentencia acogido en estos fundamentos jurídicos (artículo 846 bis c, apartado a)).

Y otro tanto puede decirse en relación con el delito “consistente en haber agredido sexualmente a Diana M^a. Quer López Pinel (AGRESIÓN SEXUAL)” al que literalmente se refiere la recurrente. En este concreto punto se vuelve a traer a colación cuestión ya resuelta cual es el acceso a prueba declarada impertinente. En el desarrollo lo que se muestra es la disconformidad con la motivación de la sentencia no que la misma no esté motivada y así se trae a colación la indebida apoyatura de aquella en determinada prueba documental que repetimos, afectará a algo distinto de la motivación de la resolución judicial.

Finalmente y en relación con los hechos constitutivos de un delito de asesinato afirma la recurrente que “la motivación de la sentencia es defectuosa por cuanto, entre otras cosas, parte de varios errores relevantes”.

Los errores se refieren a que la tesis defensiva no era el estrangulamiento sino una dislocación de vértebras con sección medular, motivo por el cual murió rápidamente por lesión neurológica, quedándole los ojos abiertos. Afirma que en la sentencia solo se descarta la tesis del estrangulamiento, no la del desnucamiento y que cuando se aborda este se hace desde una premisa equivocada cuál fue que la propia Diana se desnucó.

Volvemos a incidir en que *no se está ante una defectuosa motivación sino ante la discrepancia con la motivación pues la sentencia es formalmente correcta en este punto* y no es cierto que no se aborde la tesis de que Diana muriera por desnucación pues en el fundamento jurídico segundo, apartado 1.12 se aborda la cuestión del desnucamiento y no circunscrita a los elementos que pone de relieve la defensa atinentes a una maniobra de la propia víctima.

Por el contrario, la hipótesis del desnucamiento es rechazada no solo desde la posibilidad de que una maniobra de Diana se causara su propia muerte, sino que tampoco parece posible desde la consideración de la presión que pudiera haber ejercido el Sr. Abuin en el cuello de la víctima y, además, se trata de posibilidad que, en atención a la prueba pericial practicada, es rechazada y así se significó en la sentencia que “[...] la defensa suscitó, [...] la tesis del desnucamiento, según la cual, tal como pudo entenderse, el postulado estrangulamiento de la víctima con la mano por parte del acusado hubiera causado, ya sea por la fuerza directa de la presión con la mano, ya sea al provocar movimientos de máxima energía de la víctima con el cuello para desasirse, la dislocación de una de las vértebras y el desnucamiento o seccionamiento de la médula espinal y la muerte”.

Y se añade que los forenses “fueron tajantes en negar la verosimilitud de la tesis del desnucamiento, pues expresaron que ni existen evidencias de tal dislocación [...]; no hicieron equivalente la eventual fragmentación del bloque de las vértebras y la pretendida dislocación, como resulta obvio por sus afirmaciones ya referidas sobre la fragilidad de esta unión entre las vértebras por el tiempo que el cadáver estuvo en el agua; señalaron que sería prácticamente imposible que se produjera tal dislocación sin que a la vez se produjera una fractura vertebral, que no ocurrió; y entendieron que para la hipótesis propuesta sería preciso el desarrollo de una gran fuerza, superior a la que pueda ejercer una persona”.

En consecuencia, como claramente se puede apreciar, está la sentencia perfectamente razonada al excluir la tesis de la defensa en relación con el desnucamiento de la víctima, lo que permite rechazar el óbice ofrecido

por el recurso contra la sentencia pues, se reitera, más que una falta o defectuosa e insuficiente motivación lo que parece traslucirse en el alegato es simplemente una diferente apreciación sobre el acierto en la motivación”.

Con todo ello, debemos entender que no hay defecto de motivación de la sentencia, sino más bien “oposición del recurrente a cómo el Magistrado-Presidente ha desarrollado el inter deductivo del jurado hasta llegar a su convicción acerca de cómo ocurrieron los hechos”.

No puede construirse, así, la impugnación bajo la tesis de que una motivación contraria a la que esperaba la defensa supone una vulneración de la tutela judicial efectiva, ya que ni tan siquiera supone una vulneración de la presunción de inocencia, como más tarde se desarrolla.

Por ello, debemos destacar los siguientes aspectos en este punto:

1.- Lo importante en este caso es la “zona” en donde se produce el “abordamiento” del recurrente a la víctima, lo que no exige una mayor precisión respecto de la calle por donde venía, o el “punto exacto” donde el acto se produce. Lo relevante es que por el posicionamiento del teléfono móvil de la víctima se desprende dónde ésta es abordada y que al “moverse” de forma rápida se desprende que iba en el vehículo y acababa de ser introducida en el vehículo, desprendiéndose el recurrente del móvil y es lo que hace perder ya la señal.

Los hechos se producen donde se declara probado, pese a que sea otro el parecer del recurrente con un posicionamiento que no se declaró probado por exclusión del admitido.

2.- Es lógico deducir, como así concluye el Tribunal de Jurado y es ratificado por el TSJ, que de algún modo fue inmovilizada y privada de su capacidad de solicitar auxilio, y que todas esas cuestiones son fácilmente deducibles de los hechos incuestionables integrados fundamentalmente por los posicionamientos GPS, llamadas y mensajes de WhatsApp cuyas

conclusiones obtenidas por el jurado cuestiona el recurrente desde su legítimo derecho de defensa.

3.- Nótese que nos enfrentamos a una prueba de indicios que se van sumando para conectarlos entre sí y construir la conclusión y convicción que alcanza el Tribunal. No hay prueba directa del punto exacto por donde iba y dónde se produce el hecho, pero sí la zona en donde el mismo se produce, no pudiendo exigirse en casos como el que aquí nos ocupa de una exquisita concreción, y si no es así que no pueda considerarse probado el hecho. Además, es el propio acusado el que reconoce que el contacto se produce, aunque con una descripción del suceso distinta que va matizando. Las conclusiones se obtienen de la pericial y el punto fijado es el obtenido de la prueba practicada con la exactitud más o menos puntual que se desprende de la prueba llevada a cabo en cuanto al posicionamiento de la víctima y el recurrente cuando este le aborda.

4.- Fuera en el maletero, o en el interior del vehículo, en el habitáculo, en contra de su voluntad, la situación típica deviene idéntica, ya que lo cierto y verdad es que la introdujo en el vehículo y la retuvo contra su voluntad llevándola hasta la nave en donde ocurrieron los hechos y donde apareció el cadáver. Se trata de una conclusión que es razonable tal cual cómo se desarrollan los hechos. Aunque la explicación más razonable es que la introdujo en el maletero para evitar su huida o fuga, o que la viera alguien. Su propósito probado quedaba claro y era evidente, racional y lógica la inferencia alcanzada por el Tribunal.

5.- El Jurado se pronunció sobre aquellas cuestiones o aspectos, exclusivamente, que integraron el objeto del veredicto, y entender que el crimen ocurre en uno u otro lugar está dentro del proceso de convicción al que llega el Jurado, sin que ello pueda atacarse por la vía de la vulneración de la tutela judicial efectiva, ni planteando en sede casacional una nueva valoración de la prueba alejada de la sostenida por el jurado, argumentada por el Magistrado-Presidente según el pronunciamiento de aquél y examinado en su proceso de análisis por el TSJ.

6.- La muerte de Diana no tuvo lugar por desnucarse, sino porque fue estrangulada y a esa conclusión se llega motivadamente.

7.- Debe destacarse que la función del Magistrado-Presidente al redactar la sentencia no puede limitarse o restringirse a reflejar solo y exclusivamente lo mismo que el Jurado, sino que, teniendo por base las conclusiones expuestas por éstos a la hora de dar respuesta a cada una de las preguntas que conforman el veredicto es al Juez al que corresponde el proceso de motivación, y en esa función es cuando desarrolla la prueba que se ha practicado, y ha sido apreciada por el Jurado, y cuando se refleja la función del juez de llevar a cabo el deber de motivación, en el que puede y debe integrar la prueba que se ha practicado y que ha sido la base general para la conclusión a la que llega el Jurado, pero sin que el Magistrado-Presidente deba limitarse a la “sucinta explicación” que en cada punto del veredicto ha expuesto el jurado, ya que ello sería tanto como “confundir” el alcance de la misión del Jurado en su derecho-deber de participar en la Administración de Justicia y dar “explicación suficiente” acerca de qué pruebas le han llevado a su convicción, y otra bien distinta, pero complementaria, el papel del Magistrado-Presidente de “integrar” ese papel del Jurado con el proceso jurídico de razonar y plasmar en la sentencia el discurrir del jurado reflejado en el veredicto, pero con un enfoque jurídico que le permite la extensión al análisis global de la prueba practicada en el juicio oral.

8.- El acta de votación del veredicto constituye la base y punto de partida al Magistrado-Presidente. El veredicto contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. A partir de ahí, es función del Magistrado-Presidente redactar la sentencia, expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos.

9.- La hipótesis del desnucamiento es rechazada, no solo desde la posibilidad de que una maniobra de Diana se causara su propia muerte, sino que tampoco parece posible desde la consideración de la presión que pudiera haber ejercido el Sr. Abuín en el cuello de la víctima y, además, se trata de una posibilidad que, en atención a la prueba pericial practicada, es descartada. Los forenses “fueron tajantes en negar la verosimilitud de la tesis del desnucamiento, pues expresaron que no existen evidencias de tal dislocación; no hicieron equivalente la eventual fragmentación del bloque de las vértebras y la pretendida dislocación, como resulta obvio por sus afirmaciones ya referidas sobre la fragilidad de esta unión entre las vértebras por el tiempo que el cadáver estuvo en el agua; señalaron que sería prácticamente imposible que se produjera tal dislocación sin que a la vez se produjera una fractura vertebral, que no ocurrió; y entendieron que para la hipótesis propuesta sería preciso el desarrollo de una gran fuerza, superior a la que pueda ejercer una persona”. Todo ello es valoración de prueba, no vulneración de la tutela judicial efectiva, ni de la presunción de inocencia.

No hay defecto de motivación, sino distinta apreciación del recurrente y cómo debió enfocarse el resultado final de la sentencia.

El motivo se desestima.

2.- Por vulneración del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art.24.2 CE).

El recurrente entiende que, relacionado con todo lo anterior ya expuesto, existió “un prejuicio de culpabilidad que vició todo el proceso valorativo de la prueba en contra del acusado, que hasta la ausencia de evidencias objetivas de la realidad de los hechos imputados favoreció a la acusación, y los datos relevantes en favor de la defensa se despreciaron sin causa que lo justifique”.

Sin embargo, ya se ha expuesto que lo que el recurrente sostiene y alega es que la prueba que valora el Jurado y acepta no es la correcta, y que

se debió decantar por otra distinta que expone en su extenso recurso en cuanto a su visión acerca de cómo ocurrieron los hechos. Y ello no atenta al derecho al juez predeterminado por la Ley.

No puede estimarse este motivo, en tanto en cuanto hemos señalado, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 619/2006 de 5 Jun. 2006, Rec. 766/2005) que: “El derecho al Juez predeterminado por la Ley únicamente puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida o injustificadamente al órgano al que la Ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad, como señala la STC 35/2000 recogiendo lo ya expresado en la STC. 262/94 de 3.10.

...

En la Sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 1999 se declara que en modo alguno ha sido vulnerado el derecho al Juez predeterminado por la ley, en concordancia con la doctrina de la Sala, recordándose la sentencia de 20 de febrero de 1995 y del Tribunal Constitucional (cfr. Sentencias 64/1997, de 7 de abril, y 4/1990, de 18 de enero, en cuanto el derecho al Juez predeterminado por la ley «exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional». Y el mismo Tribunal Constitucional, en su Sentencia 193/1996, de 26 de noviembre, declara que el derecho al llamado juez legal comprende, entre otras consideraciones, la exclusión de las distintas modalidades del Juez «ad hoc», excepcional o especial, junto a la exigencia de la predeterminación del órgano judicial, predeterminación que debe tener por origen, una norma dotada de generalidad, y que debe haberse dictado con anterioridad al hecho motivador del proceso, respetando en todo, la reserva de ley en la materia (vid. STC 38/1991, con cita de otras muchas).

Y en la Sentencia también de esta Sala de 13 de enero de 1999 se declara que el conocimiento cierto con carácter previo a la iniciación de todo proceso penal de los órganos jurisdiccionales que han de intervenir en él es requisito necesario para dar satisfacción del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la CE) cuyo contenido esencial viene integrado por tres pilares básicos: la prohibición de instituir órganos jurisdiccionales a no ser por una ley en sentido estricto, pero no necesariamente mediante ley orgánica (STC 95/1988, de 26-5 y 101/1984, de 8-11; la prohibición de Tribunales especiales, y la posibilidad de determinar con absoluta certeza el órgano llamado a resolver sobre un hecho delictivo desde el momento de su comisión. Estos criterios de generalidad y anterioridad constituyen la garantía de la inexistencia de Jueces «ad hoc» (SSTC 199/1987, de 16-12 y 47/1983, de 31-5 y prohíben la aplicación retroactiva de normas modificadoras de la competencia. El concepto de Juez ordinario predeterminado por la ley, a que se refiere el art. 24.2 de la CE, guarda, según recogen las SSTC 75/1982, de 13-12 y 4/1990, de 18-1), una innegable conexión con las cuestiones de competencia y puede quedar vulnerado cuando un asunto se sustrae indebida o injustificadamente de la jurisdicción ordinaria y se atribuye a una jurisdicción especial. Cuando la disputa se centra en cuál debe ser el órgano jurisdiccional, al que, dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde al conocimiento de determinado asunto, la decisión que resuelve tal disputa, aunque pueda entenderse contraria a las normas procesales, no entraña por sí misma una vulneración del derecho constitucional garantizado.”

No puede, pues, tomando por base cuestiones que se refieren a valoración de prueba tenida en cuenta por el Tribunal alegarse y sostenerse este motivo de la vulneración del juez predeterminado por la ley, al referirse al tenido por competente, siendo ajeno el alegato expuesto a las consideraciones propias de esta queja impugnativa basada en este motivo.

El motivo se desestima.

3.- Por vulneración del derecho fundamental de defensa (art.24.2 CE).

Incide de nuevo el recurrente en la ausencia de imparcialidad del Tribunal y de sus auxiliares menoscaba correlativamente el derecho de defensa, y sobre ello no puede construirse este alegato, ya que parte de la tesis de que el tribunal había prejuzgado la culpabilidad contra él por las alegaciones precedentes de ser un juicio mediático, y que las pruebas tenidas en cuenta no son determinantes de la condena, o que no fue tenido en cuenta la posición de la defensa, o que se le obligó a destruir la creencia de que todo se centró en un móvil sexual, así como que la inferencia que sirve para construir la condena no es razonable ni suficiente. Pero ello no entra en el terreno del derecho de defensa, sino en el de la presunción de inocencia que luego se analiza.

Como se ha expuesto en reiteradas ocasiones por esta Sala y por la mejor doctrina en relación al derecho de defensa, este derecho protegido en el art. 24.2 de la Constitución Española constituye uno de los pilares fundamentales del proceso penal que posibilita que las partes hagan valer sus argumentos y participen en el proceso en su totalidad, con el fin de defender sus posiciones e influir así en la decisión del órgano judicial. A partir de dicha definición es fácil imaginar la multitud de garantías y derechos que a su vez emanan del mismo, algunos expresamente reconocidos en el mismo art. 24.2 CE como derechos fundamentales autónomos, aun cuando están estrechamente vinculados con el derecho de defensa, y otros como distintas garantías procesales cuyo fin último es posibilitar la defensa de las partes y que han sido identificadas por los tribunales como integrantes del mismo derecho.

Así, atendiendo a la complejidad en la conceptualización y delimitación práctica del derecho de defensa, serán múltiples las situaciones en las que se pueda ver afectado el mismo, así como numerosos los cauces para interponer recurso de amparo por vulneración de alguna de las garantías vinculadas con el derecho de defensa. Pero es preciso describir en qué medida ese derecho se vulnera, sin que el alegato de la imparcialidad del Tribunal pueda conectarse en este terreno por haber aceptado unos indicios en base al

proceso de inferencia y rechazado los expuestos por la defensa, así como que no consta, tras el examen de la causa, que esa vulneración se haya producido, más que una oposición del recurrente a aceptar como ciertos la forma en que se concluye que ocurren los hechos, o el proceso de inferencia llevado a cabo por el Jurado para aceptar en la votación y motivación del veredicto lo que luego constituyó el relato de hechos probados.

Así, se incide por la mejor doctrina que el derecho de defensa se traduce en el derecho de las partes a ser oídas en el proceso, lo que se plasma en la posibilidad de argumentar, alegar y probar, pudiendo tanto acusación como acusado aportar todos los hechos que estimen convenientes y los medios de prueba que se consideren pertinentes, para lo cual ambas partes deberán conocer todos los elementos de hecho y/o Derecho que puedan influir en la resolución del proceso a fin de poder rebatirlos y argumentar en su contra. Su máxima expresión es el derecho de toda persona imputada o acusada y de su defensa técnica de comparecer en el proceso para contestar eficazmente las acusaciones formuladas en su contra. Así, el derecho de defensa se encuentra inevitablemente vinculado con el principio de contradicción.

El derecho de defensa se encuentra inevitablemente vinculado con el principio de contradicción, entendido como la exigencia de que ambas partes dispongan de plenas facultades procesales para conformar la resolución que dictará el órgano jurisdiccional, el cual es, a su vez, una expresión del principio de igualdad de armas, que consiste en la atribución de derechos y deberes procesales a las partes que las sitúen en idéntica situación en la contienda judicial.

Respecto de las pruebas tenidas en cuenta por el Jurado esa contradicción ha existido; cuestión distinta es que la convicción y conclusión del tribunal haya sido distinta al alegato y forma de ver los hechos, sostenida por el recurrente. No hay concreción de exactitud y alcance de la infracción de este derecho en relación con extremos que, en el análisis ex post de la sentencia, puedan ser tenidos en cuenta como relevantes para admitir y

estimar una consecuencia anulatoria del alcance pretendido con este motivo, ya que los argumentos expuestos por el Tribunal son concluyentes en cuanto a la suma de indicios y los citados por el recurrente no relevantes para la alteración de esa convicción en el citado análisis ex post de la sentencia dictada en la instancia y tras el examen del TSJ ante el recurso de apelación. No hay infracción del derecho de defensa.

El motivo se desestima.

4.- Por vulneración del derecho fundamental a proceso justo con todas las garantías (art.24.2 CE).

Mantiene el recurrente el alegato reiterado de que la defensa entiende que a José Enrique se le privó de un proceso justo, limpio y libre de prejuicios, y que se le condenó antes de ser juzgado, así como que no tuvo un juicio garantista.

No puede admitirse que el recurrente no tuviera un juicio garantista, ya que insiste de nuevo en el proceso valorativo de la prueba. Además, respecto a la queja relativa a la admisión de la documental judicial del caso Vanesa y de la sentencia del caso Tania, fue resuelta por auto de cuestiones previas de fecha 14 de mayo de 2019, y destaca a este respecto el TSJ en su sentencia en el FD nº 5º que:

“En el escrito de calificación del Ministerio Fiscal se proponía en el punto 9 del apartado correspondiente como documental el atestado completo con reseña de los hechos y estudio del modus operandi del autor en los 3 hechos delictivos que se le imputan, con relación a Vanesa, Tania y Diana, más otras cuestiones que se contendrían en los folios 1875-2265; en similares términos la proposición de prueba de la acusación particular, apartado 2.38, atestado nº 280/2017, de fecha 01/01/2018, de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, con alusión a los folios 1875-2237.

La defensa, en el tercer otrosí de su escrito de calificación, interesó el testimonio de los folios 1875 a 2265 (atestado 280/2017). Como punto 10 el Ministerio Fiscal interesó testimonio de los folios 2267-2328 que se correspondían con el atestado instruido con relación a Tania Romero Vázquez; en similares términos por la acusación particular se interesaron en los apartados 2.39 y 2.40 de su proposición de prueba el testimonio de los folios 2267-2328.

La defensa lo incluyó en el tercer otrosí.

Cumple señalar que la defensa interesó algunos documentos englobados en los anteriores (4.1.11-f.1949-2009 y 4.1.12-f.2010-2067).

El auto de hechos justiciables contempla en el apartado G del fundamento jurídico segundo los razonamientos correspondientes a aquellas diligencias probatorias de carácter documental y, en síntesis, venía a indicar que *no se habría de permitir pruebas que habrían de tener a acreditar hechos correspondientes a otros procedimientos y que únicamente se permitiría la documentación correspondiente para acreditar el objeto de aquellos procesos*, su estado procesal, la supuesta intervención en los mismos del acusado y ello de forma actualizada; se añadía que era inviable considerar los procesos que se encontraran sobreseídos.

En el fundamento jurídico tercero y en relación con los extremos que ahora se analizan se declaró la impertinencia de los folios 1819 a 1833 y del 1839 al 1847, *permitiendo únicamente la aportación de resoluciones que integren la resolución recaída y el estado del proceso*; otro tanto sucedería en relación con las diligencias previas 91/05, seguidas en el Juzgado de Instrucción de Noia, *concluyendo el auto de hechos justiciables que solo se permitirían traer como prueba documental los testimonios que identifiquen el objeto del proceso, sus trámites fundamentales, esto es, el contenido de la denuncia, la declaración del acusado, la decisión sobre su prisión, el informe solicitando su libertad, auto de libertad e informe solicitando sobreseimiento*. Estos fueron los documentos admitidos en relación con los expedientes

judiciales cuya aportación cuestiona la defensa, con detalle de los folios que contienen aquellos extremos a cuyo contenido nos remitimos.

Como claramente se induce de la lectura del auto de hechos justiciables, no podía ser el juicio oral del presente procedimiento el lugar donde ventilar la posible comisión por parte del Sr. Abuín de otros delitos que no fueran los enjuiciados y en relación con los procedimientos en los que se seguían estos solo era posible atender a la situación procesal en la que se encontraban, de ahí que la queja de la defensa que articula este motivo carece de fundamento pues lo que invoca es la indebida aportación del auto de reapertura de las diligencias, demostrativo simplemente de la situación procesal en que aquellas se encontraban, objeto cuya acreditación fue admitida; no lo fueron aquellas cuestiones atinentes a la realidad o no de los hechos objeto de las diligencias, extremos sobre los que versan las pruebas que, según la defensa, fueron indebidamente rechazadas.

En definitiva, lo que se trata de exponer es que las pruebas que no le fueron admitidas a la defensa se apoyaban en el auto de hechos justiciables de 5 de junio de 2019, sobre el que la defensa no presentó oposición alguna a efectos de hacer valer su derecho, ex artículo 37, d) último párrafo, de la LOTJ.

En cuanto al segundo de los testimonios, el que se refiere al llamado caso Tania, no se está en este momento sino en la procedente admisión del mismo más allá del efecto que pudiera tener su contenido, efecto que, se reitera, puede ser analizado desde la consideración de la valoración de la prueba como elemento hábil para enervar la presunción de inocencia más no para cuestionar la procedente admisión de su contenido, de la documental propuesta. Con la admisión de aquella prueba no se conculca el principio de legalidad ni tampoco se quebranta la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables; lo que muestra la defensa es la indebida valoración de aquellos testimonios como elementos corroboradores de una inferencia lógica, cuestión que dista de poder ser incluida dentro de los vicios y defectos procesales para caer dentro de la valoración de la prueba y la

conculcación del derecho a la presunción de inocencia, extremos, como ya hemos reiterado, ajenos al contenido del motivo esgrimido por la defensa.”

Con ello, como ya se ha expuesto, no se hizo en este proceso el hecho de añadir un “juicio sobre otro juicio”, y simplemente se refirió a aportación de documental sin más, no teniendo ello un significado anulatorio de todo el proceso por admitirse esa aportación de documental, y sin valorar la corrección o incorrección de ello.

Lo que está claro es que las conductas previas de un acusado no pueden tener incidencia en el enjuiciamiento del proceso de que se trate, ya que ello no puede servir para prejuzgar la culpabilidad en modo alguno, al referirse a hechos ajenos que no están siendo objeto de enjuiciamiento. Y la convicción del Tribunal llegó por los extremos o indicios que se relacionan luego en cada delito.

Así, lo que hay que analizar en estos casos, y en sede casacional, es si haciendo abstracción de estos extremos el tribunal, en este caso, el Jurado ha contado con elementos de prueba suficientes para la condena y enervar, con ello, la presunción de inocencia, y ello es explicado con suficiencia por el Magistrado-Presidente en su sentencia y más tarde por el TSJ en virtud del recurso de apelación.

El recurrente incide en que nadie fue imparcial en el proceso y que no lo fueron los médicos forenses ni los agentes policiales que intervinieron el día del juicio, manteniendo una tesis inculpatoria, cuando los peritos y los testigos que declaran no lo hacen nunca prejuzgando la culpa, ya que no es su función, sino que la de los peritos es exponer su informe pericial acerca de cuál es su visión acerca de cómo ocurrieron los hechos desde el punto de vista de la ciencia y su leal saber y entender, y los testigos con respecto a lo que conocen por su intervención. Pero sin que su relato expositivo que se distancia de las posiciones de la defensa tenga que ser per se parcial, porque no asuma la tesis de la misma.

Por ello, no puede concluirse que el recurrente tuviera un juicio donde se le privó de las garantías necesarias y exigentes que deben ser observadas en el proceso penal.

El motivo se desestima.

5.- Por vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes (art.24.2 CE).

Insiste el recurrente en que: “La falta de imparcialidad, objetividad y veracidad de los médicos forenses y peritos informáticos ha menoscabado el derecho fundamental del acusado de utilizar los medios de prueba. Como ya se expuso en los apartados anteriores, que damos por reproducido, los médicos forenses analizaron lo que les interesó para sostener la hipótesis de estrangulamiento; incluso llegaron a manipular la brida y el pelo del cadáver, dejando de analizar aquello que consideraron irrelevante para su tesis, como el bloque de cuello encontrado en el fondo del pozo, pieza clave, ya no solo para verificar una dislocación vertebral, sino para descartar el estrangulamiento por falta de evidencias. Además, su prejuicio de culpabilidad, reconocido en su comparecencia ante el jurado, dificultó a la defensa la prueba de su tesis por su posicionamiento en contra del acusado”.

Nada consta, y así lo reseña con claridad el TSJ en su sentencia, que pueda hacer dudar de la profesionalidad de los médicos forenses en su actividad en el presente caso.

Respecto de la brida apunta el TSJ en el FD nº 6 que “Introduce la defensa la duda sobre qué brida fue la realmente utilizada, en su caso, para causar la muerte a Diana, habida cuenta de la diferente realidad de la brida que está troceada en tubos como pieza de convicción y que tiene un ancho de 5 mm de aquella que fue medida tras el levantamiento de cadáver y que tendría un ancho de 8 mm.... lo que realmente está cuestionando la defensa es el quebranto de la cadena de custodia dando a entender que la brida que

aparece como pieza de convicción pudiera no ser la misma que se consigna en la diligencia de autopsia y levantamiento de cadáver.

En este caso, la existencia de la brida aparece ya en la diligencia de levantamiento de cadáver, y en tal sentido se hace constar en la propia sentencia cuando se indica que el Jurado determina su existencia a través de la grabación de la diligencia del levantamiento del cadáver, donde se explicita que en el momento en que se extrae el cráneo, al que está unido el cabello de la víctima, enredado a este se encuentra la brida; se añade que nada obsta a tal conclusión el que en la diligencia de levantamiento redactada por el fedatario público no se hiciera constar la existencia de la brida; se adiciona que:

a.- Fue el Sr. Fernández Liste, forense que dirigió el levantamiento quien se hizo cargo de la brida desde el primer momento,

b.- Que su configuración era la de un círculo irregular y un largo extremo libre,

c.- Que sus dimensiones fueron explicitadas tanto en el informe de autopsia como en la declaración de los forenses que la llevaron a cabo,

d.- Que las dimensiones de la misma que se fijaron en la diligencia de autopsia se compadecen con las que resultan en el informe nº 18-00177 del Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (folios 2981-2985).

Es ahí, en el análisis de la brida donde se produce la indeseable situación ya puesta de manifiesto por el Magistrado Presidente en su auto resolutorio de las cuestiones previas planteadas pues por parte del Servicio aludido se hace constar que se procede al troceamiento de la brida en fragmentos de unos 3-4 cm que se lavan agrupados y que tiene por objeto el poder separar los restos biológicos que hubieran quedado adheridos a la misma. La brida aparece referenciada (folio 2981) como M18-00177-08, y es al

folio 3245 donde consta la remisión al Juzgado de 1ª Instancia e instrucción nº 1 de Ribeira de la muestra M18-00177.

La existencia de la brida en el procedimiento resulta incuestionable cuando tras la remisión por parte del Instituto Nacional de Toxicología de la muestra al Juzgado, lo que aconteció el 14 de febrero de 2018, se lleva a cabo la diligencia de medición por parte de la Sra. Letrada de la Administración de Justicia el 5 de octubre de 2018, ofreciendo resultados contradictorios con la medición inicialmente realizada por el agente J-45829-P.

Así pues resulta incuestionable la verificación de la cadena de custodia de este elemento de convicción de modo y manera que puede afirmarse la unicidad de la muestra sin que a ello afecte las diferencias que pudieran existir al medir el ancho de la misma pues se desconoce qué procedimientos e instrumentos se utilizaron para llevar a cabo una exacta medición de la misma. Otro tanto puede decirse en relación con el diámetro de la brida en la parte cerrada de la misma. Cuestiones que a falta de una medida rigurosa no permiten ponderar pretendidas contradicciones que, en cualquier caso, no revelan nada relevante. Lo relevante es la utilización de la brida, al margen de su exacta medida pero en el entorno de 5-8 mm, de incuestionable eficacia lesiva y sin que las circunstancias advertidas hayan determinado, no se practicó prueba alguna en tal sentido, qué tipo de consecuencia hubiera podido tener la supuesta diferencia en la magnitud del instrumento que según los hechos probados fue utilizado para dar muerte a Diana.”

Pues bien, es el recurrente el que reconoció no haber aportado pericial complementaria, pero ello no puede conllevar una duda de la corrección y profesionalidad llevada a cabo por los forenses que intervienen y la corrección en la cadena de custodia. La conclusión de que la brida encontrada fue la utilizada en los hechos por el recurrente es incuestionable, así como la convicción a la que llega el Tribunal a raíz de la exposición de los peritos y que la brida encontrada en el cuerpo de la víctima fue la analizada y la utilizada en la ejecución de los hechos.

Y en cuanto a la documental de hechos ajenos al caso es concluyente el TSJ al afirmar que “no puede afirmarse que el Tribunal de legos haya tenido a su disposición prueba que ha sido declarada impertinente, en concreto el atestado completo al que se refiere al fundamentar el veredicto como tampoco en momento alguno alude al modus operandi que se dice en relación con los hechos delictivos que han sido directa o indirectamente abordados en la causa.”

El motivo se desestima.

6.- Por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Sostiene el recurrente que “no existe prueba que demuestre la veracidad del relato fáctico en que se basa la condena, ni fundamento objetivo y razonable que descarte la tesis de la defensa” y que “entró ya condenado”.

Entiende que ha sido condenado por meras suposiciones o hipótesis y sospechas, pero no con prueba de cargo, pero debemos destacar que en casos como el aquí nos ocupa resulta evidente que no puede exigirse siempre y en cualquier caso una prueba directa, ya que son muchos los supuestos de crímenes en los que la prueba concurrente es indiciaria, y en estos casos es necesario acudir al examen del proceso de plasmación que el Tribunal ha fijado en su sentencia de los indicios concluyentes que suman para la enervación de la presunción de inocencia, y que, al mismo tiempo, no son desvirtuados por los contraindicios aportados por la defensa.

No obstante, en este caso nos encontramos con un dato adicional, como es el relativo a que el TSJ ya ha examinado este mismo motivo con relación al recurso de apelación, como ya hemos reseñado en el FD nº 1 de la presente sentencia, y ha analizado la racionalidad del proceso de valoración probatoria, y, con ello, si existe prueba de cargo, por lo que el examen valorativo ya se ha llevado a cabo conforme se ha explicado.

Además, y frente a la queja de que no hay prueba de cargo, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia ", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).

2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.

3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.

4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.

5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente

6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005).

Y dado que se alega que no ha habido “prueba de cargo” señalar que la doctrina apunta que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre;

267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo).

Pues bien, hecha esta precisión se debe indicar que el recurrente efectúa los siguientes pronunciamientos impugnativos:

a.- Invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia en el delito de detención ilegal.

b.- Invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia en la motivación sexual del comportamiento del recurrente entendiendo que la versión de la Defensa es razonable.

c.- Invoca vulneración de la presunción de inocencia acerca de la indeterminación de los actos de contenido sexual de los que fue víctima Diana, sobre la desnudez y lastrado del cadáver, sobre el estrangulamiento utilizando una brida (sin determinar y cuya ubicación fue alterada por los forenses que realizaron la autopsia).

d.- Ataca la conclusión sobre el asesinato con el propósito de ocultar la comisión de un delito contra la libertad sexual; sobre el hundimiento del cuerpo de Diana.

e.- Reclama la apreciación de la confesión como circunstancia atenuante con la condición de muy cualificada.

La función encomendada al Jurado acerca de la exposición sucinta de hechos y las razones que le llevan a su convicción

Antes de incidir de forma pormenorizada en cada uno de los delitos por los que se ha condenado y la queja impugnativa en cada uno de los casos es preciso indicar y recordar un dato relevante que debe ser tenido en cuenta en este caso en relación al alcance de lo que el recurrente exige al jurado más allá de su estricta función y es la comparación entre los términos recogidos en

la dicción del art. 61.1,d) LOTJ (elementos de convicción y sucinta explicación de las razones) y la exigencia de motivación de la sentencia, ya que ésta última es del Magistrado-Presidente y aquella del jurado, aunque ello no debe restar a la consideración de que el veredicto “debe ser motivado” mínimamente con esa sucinta explicación, pero teniendo en cuenta que la exigencia de la actividad del jurado es de una plasmación de “mínimos” y “suficiencia relevante” en la plasmación de su votación y reconocimiento de qué elementos de convicción le llevan a ese resultado votado en cada punto (con exclusión de los contradictorios) y qué razones lo producen.

Ahora bien, todo ello debe ser llevado a cabo con un relato sucinto, lo que incide en los límites de “exigibilidad” al jurado por su condición de no profesional; de ahí siempre la necesidad de destacar la importancia que tiene en estos casos la función del Magistrado-Presidente acerca de las instrucciones a dirigir al jurado explicándoles en qué consiste su función desde un primer momento para conseguir el éxito del desarrollo del juicio, aspecto éste fundamental y sobre el que sería preciso, incluso, una protocolización de actuaciones para conseguir en los juicios de jurado una homologación de instrucciones del Magistrado-Presidente que dar a los jurados para el buen éxito de su función. En este caso, sin embargo, no se apreció incorrección alguna.

Además, del resultado ofrecido en cuanto a la función del jurado y el desarrollo del proceso plasmado en lo que se le debe exigir la explicación ha sido *suficiente para haber conocido la real función que debían desempeñar*.

Respecto al alcance de las exigencias al jurado en su función hemos considerado que:

1.- El jurado especifique los elementos probatorios de cargo que sustentan su convicción para entender que el veredicto está fundamentado, sin que se precise un análisis específico y pormenorizado de los motivos concretos por los que, por ejemplo, un testigo es considerado fiable y creíble para el jurado (STS 139/2015 de 9 de marzo).

2.- Ello se satisface con la expresión, de forma comprensible, de las razones de la decisión, aunque sea al nivel de un profano en derecho (STS 652/2014 de 10 de octubre).

3.- La menor exigencia que se impone al jurado respecto de los tribunales técnicos viene impuesta: (STS 151/2014 de 4 de marzo)

1) por el carácter lego del jurado y

2) por ser una decisión adoptada por un colegio muy amplio y redactada sin concurrencia de un ponente —como sucede en los órganos colegiados profesionales— y es que las razones de la convicción de cada uno de los jurados pueden ser parcialmente divergentes, algunos pueden haber puesto el acento en una fuente de prueba a la que otro da menos crédito, obtenido su convicción a través de un razonamiento parcialmente diferente o unos pueden haber despreciado un dato incriminatorio que, para otros, es decisivo.

4.- Como hemos señalado en reiteradas resoluciones y recuerda la mejor doctrina, también, se han apuntado tres posibles interpretaciones del art. 61.1.d) en orden al nivel de justificación exigible al tribunal del jurado (STS 487/2008 de 17 de julio).

a.- La primera sería pretender una descripción detallada, minuciosa y crítica de la interioridad del proceso psicológico que conduce a dar por probados o no los hechos que se plasman en el objeto del veredicto, opción propia de juristas profesionales, que sobrepasa los niveles de conocimiento, preparación y diligencia exigible a los jueces legos.

b.- La segunda, una posición minimalista, estaría al conjunto de las pruebas practicadas, sin entrar en otras precisiones, limitándose a declarar probados unos hechos y no probados otros de los propuestos, opción insuficiente porque sólo expresaría que el jurado no se ha conducido

irracionalmente, ni ha atentado contra el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

c.- La tercera, que es la preferible, sería la de una tesis razonable intermedia, en la que el jurado, en la concatenación de los hechos objeto del veredicto, individualiza las pruebas y cualesquiera otros elementos de convicción cuyo impacto psicológico le persuade o induce a admitir o rehusar la versión histórica de los acontecimientos.

5.- El deber de explicación o motivación tiene un doble aspecto a tener en cuenta:

a.- Un aspecto negativo, no puede exigirse a los ciudadanos que emitan el veredicto con el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que un juez profesional (STS 694/2014 de 20 de octubre, STS 467/2015 de 20 de julio) y

b.- Otro positivo, debe ser lo suficientemente explícita para que el magistrado-presidente pueda cumplir con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone el art. 70.2 LOTJ, completando aquellos aspectos que lo precisen (SSTS 816/2008, de 2 de diciembre; 300/2012, de 3 de mayo; 72/2014, de 29 de enero; 454/2014, de 10 de junio).

Sobre este deber de motivación hemos señalado en Sentencia 536/2018 de 8 Nov. 2018, Rec. 10176/2018 que «al Jurado ha de exigírsele siempre capacidad decisoria entre una solución de culpabilidad o no culpabilidad, decisión que necesita un grado explicativo o razonador para evitar previsibles fallos sorprendentes por tenerse que ceñir sin más a las preguntas que se le efectúan, colocándole «en insoportables incomodidades para expresar su opinión», y, por el contrario, al poder y deber hacer razonamientos, se completa la expresión de su voluntad eludiendo la contestación con simples monosílabos, aunque, eso sí, tales razonamientos o motivaciones de los argumentos decisorios «en modo alguno requieren especial artificio», amén de que el Jurado, como dice la Sentencia de esta

Sala de 30 de mayo de 1998, en todo caso, tiene la posibilidad de instar el asesoramiento necesario. En conclusión, esta necesidad de motivación, aunque sea breve y sin expresar conceptos jurídicos que a las personas legas no les debe ser exigible, no es más que la obligación que a toda sentencia exige el artículo 120.3 de la Constitución, por muchas diferencias que puedan hallarse entre las técnicas judiciales y las populares.»

Por ello, una de las cuestiones más importantes que es preciso explicar al jurado cuando se les va a dar el objeto del veredicto es que «deben motivarlo», pudiendo añadirse las siguientes precisiones:

a. No puede exigirse a los ciudadanos que emitan el veredicto el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que un juez profesional. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 130/2016 de 23 Feb. 2016, Rec. 1283/2015).

b. La motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida, pues contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que el colegio decisorio ha admitido o rechazado determinados hechos como probados.

c. La suficiencia de la motivación del objeto del veredicto:

Señala la sentencia antes citada que la suficiencia de la motivación de una resolución judicial, no puede ser apreciada «a priori» con criterios generales, sino que es preciso examinar las circunstancias concurrentes en cada caso, y aunque el deber constitucional de motivarlas, no exige —dicen las Sentencias de esta Sala de 8 de octubre, 30 de mayo y 11 de marzo de 1998— que el órgano judicial exponga exhaustivamente todos los razonamientos que sustentan la resolución, puesto que una motivación concisa puede ser suficiente y no deja de ser una motivación, al cumplir con el precepto del artículo 61 d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, que

obliga a los jurados a una «sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados».

d. El carácter «sucinto» de la motivación:

La expresión «sucinta» a que se refiere la LOTJ en el art. 61.1 d), debe interpretarse como breve o compendioso, aunque debe ser siempre suficiente, concepto jurídico indeterminado que servirá para valorar:

1. Si la explicación que se deja expuesta en dicho Acta, es bastante para conocer los elementos fácticos de la prueba desplegada ante los Jurados.

2. Elementos que sirvieron para reforzar su convicción acerca de la certeza de la ocurrencia de los hechos enjuiciados tal y como se declararon probados.

3. Que sea consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento y que no sea fruto de la arbitrariedad.

4. Explicando las razones en que se apoya para adoptar su decisión.

5. Debiendo indicarse en qué declaraciones testificales, documentales o periciales apoyaron su convicción.

6. Ello debe servir para realizar un juicio sobre su razonabilidad y controlar así que se enervó correctamente el principio constitucional a la presunción de inocencia, que proclama el art. 24 de nuestra Carta magna.

7.- Ello supone que no es necesario reseñar todos los medios de prueba tomados en consideración ni detallar todo el itinerario mental recorrido para llegar a la decisión.

8.- Basta con la expresión de forma sintética de las pruebas que han determinado la convicción, de manera que posteriormente pueda controlarse la

razonabilidad de esas conclusiones y la suficiencia de las pruebas tomadas en consideración para fundar la responsabilidad penal (STS 72/2014 de 29 de enero y STS 151/2014 de 4 de marzo).

9.- La explicación de «las razones» puede ser sucinta, o sea, breve, pero debe producirse sin dejar duda de que las mismas existen como tales y están dotadas de seriedad suficiente

6.- Las particularidades de la prueba indiciaria. En estos casos es importante que, una vez que el jurado ha fijado esos elementos de convicción, que, en casos como el presente, se sustentan en prueba indiciaria el Magistrado-Presidente cumpla con su función motivadora de la sentencia enlazando esos indicios, ya que, como hemos señalado en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 532/2019, de 4 de noviembre, de la doctrina de esta sala pueden fijarse una serie de reglas o principios para entender concurrente la prueba indiciaria como suficiente para dictar una sentencia condenatoria.

Y, así, es preciso destacar las características de esta prueba que se nutre de la concatenación y unión de indicios que por sí solos no servirían para condenar, pero sí la suma de ellos y que llevan al Tribunal a la convicción de la autoría.

Y ello se admite por esta Sala, porque somos conscientes de que en muchos supuestos, como el presente caso, no existe prueba directa, pero sí una realidad de la suma de varios indicios que determinan que la única forma de entender el hecho es por la autoría del acusado, cuya presunción de inocencia queda enervada, no por una o varias pruebas directas, sino por varios indicios con entidad y peso suficiente como para concluir la convicción de la autoría.

La doctrina científica ha venido definiendo la prueba indiciaria o circunstancial «como la que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos, indicios, que no son los constitutivos de delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en

el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar».

Se ha expuesto, también, por la doctrina que la prueba indiciaria es la suma enlazada y no desvirtuada de una serie de datos; datos base, que a través de ellos, permiten al Juez arribar el hecho consecuencia por medio de un explícito juicio de inferencia fundado en un razonamiento lógico-inductivo en el que la solidez de los indicios avalan la solidez de la conclusión, siempre en los términos propios de la certeza judicial y que se puede concretar en la fórmula sacramental que emplea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; “certeza más allá de toda duda razonable”.

Así, la estructura de la prueba de indicios requiere, al menos dos elementos fundamentales:

a.- La exigencia de un hecho o indicio base, que debe estar plenamente acreditado y

b.- El juicio deductivo o de inferencia, donde el órgano jurisdiccional, a partir del hecho o indicio base, extrae la consecuencia de la realización del hecho punible por parte del acusado, al quedar convencido, a través de un discurso lógico y racional, de su culpabilidad.

Y esto es lo que se exige en casos como el presente, en donde la relación concatenada de elementos de convicción han sido expuestos por el jurado en su veredicto, llevados a la sentencia motivada por el Magistrado-Presidente, y más tarde, como aquí se ha llevado a cabo, analizada la racionalidad de esa valoración probatoria por el TSJ en su sentencia.

Se desarrollan de forma sistemática ante cada alegato del recurrente cuáles fueron esos datos indiciarios tenidos en cuenta por el tribunal para la condena.

Efectuadas estas precisiones necesarias para comprender y analizar el alcance de lo que en este caso decidió y resolvió el jurado y la forma en que lo hizo, que es lo que subyace al escrito impugnatorio, es preciso desglosar los aspectos de la impugnación, a saber:

a.- Presunción de inocencia en el delito de detención ilegal

Sobre ello se ha pronunciado con detalle el TSJ en su sentencia señalando en el FD nº 10 lo que se expone realizando un desglose sistemático de la prueba tenida en cuenta para clarificar en esta sede casacional que no existe la pretendida vulneración en relación con este delito por el que ha sido condenado el recurrente:

“El primer apartado que aborda la recurrente es el referente al “acecho”, término que en momento alguno es utilizado en la sentencia más allá de la referencia al relato de hechos que la acusación particular desarrolla en su escrito de calificación provisional.

Se construye el recurso plasmando los hechos que han sido declarados probados en relación con el concreto aspecto que se quiere cuestionar, a continuación se expone el razonamiento de la sentencia para justificar el relato anterior.

El paso siguiente es afirmar que no existe ninguna prueba que de que la víctima se encontrara a la altura de la intersección del paseo del Areal con la Rúa Venecia cuando se produce la aparición de José Enrique Abuín Gey llamándola desde su coche, causa de que Diana modificara su rumbo hacia la zona donde están aparcados los feriantes; tampoco existe prueba de que Diana se encontrara a las 2:40 en la intersección del Paseo Areal y la Rúa Venecia ni de que el acusado se encontrara a las 2:40 h en la intersección del Paseo Areal y la Rúa Venecia, o en sus proximidades. El devenir discursivo del recurso concluye en este punto ofreciendo una realidad distinta de la asumida por el jurado desde la consideración de determinadas pruebas.

Comenzando por lo indicado en la sentencia en este concreto punto, el jurado ubica a Diana en la intersección del paseo Areal con la rúa Venecia cuando se encuentra con el acusado y lo justifica porque <<el rumbo de la víctima se modifica hacia la zona donde están aparcados los feriantes>> y brinda como razones de ello que <<el desplazamiento errático de su móvil entre las 2:42:25 y 2:43:56 hacia la parte central de la calle Venecia coincide con su último intento de llamar a Zaira. Cinco segundos después de esto (2:44:01) tenemos el último posicionamiento en esa zona>> y señala que este cambio de rumbo coincide <<con la aparición de José Enrique Abuín Gey llamándola desde su coche (Pensamos que es el acusado al que se refiere Diana en sus WhatsApp con Capullo: “Me estoy acojinando un gitano me estaba llamando” y “Morena ven aquí”)>>. Lo que el jurado viene a indicar es que las erráticas ubicaciones del móvil traen causa de alguna circunstancia especial o imprevista y tal evento lo asocian a la aparición del Sr. Abuín, conclusión que, en modo alguno, puede considerarse absurda o alejada de la razón.

No existe otra causa que pudiera haber provocado aquella reacción deambulatoria de Diana y no se puede obviar que no existe prueba directa de los hechos, no hay testigos de modo que solo desde la inducción que parte de los datos objetivos que se ponen de manifiesto es posible la construcción de un relato de ahí que los jurados lleguen a formular una hipótesis, luego confirmada pues no cabe otra posibilidad, que en todo caso reflejan una conminación o un sometimiento a otra voluntad distinta de la propia y de ahí que se exprese en la sentencia, sobre la base del razonamiento del jurado, que <<probablemente el acusado persigue (en el caso de que Diana estuviera escapando de José Enrique) o lleva agarrada a Diana desde la intersección a la parte media de la calle Venecia>>.

Además de lo anterior, se indica en la sentencia que el jurado se apoya en la intervención en el plenario de los agentes del GATO, quienes ubican a Diana más o menos a las 2.42,55 en aquella zona cuando envía un mensaje de texto y es a partir de ese momento cuando se producen varias conexiones GPS (2,43,32, 2,43,45 y 2,44,01) y “que según los técnicos (manifestación en

3,12,15 del día 20) fueron muchas y muy rápidas, señalando como eventos que pueden generar que se lance una posición GPS, además de una mala posición del terminal o de los satélites, una manipulación errática del móvil o que algo obstruya físicamente la cobertura, como un cuerpo o un vehículo que se interponga entre el móvil y la señal”.

Desde esa consideración, parece razonable sostener que Diana llegó hasta la intersección del paseo Areal con la rúa Venecia cuando algo le sucedió. Y se añade que según los técnicos, irrefutablemente, se sitúa a Diana en las proximidades de aquella esquina a las 2, 44,16. Se valora, además, una llamada que es considerada, razonablemente, como de petición de ayuda a las 2,43,57, o incluso como una llamada fortuita a la vista de que el móvil había contactado previamente con el número de Zaida, fruto de una desordenada manipulación del terminal, razonablemente achacable, añadimos, a una situación excepcional.

La posición de la defensa se apoya fundamentalmente en la consideración de que el encuentro de José Enrique y Diana tuvo lugar a las 2,40 aproximadamente en las inmediaciones de la rúa Venecia con el paseo Areal, extremo que considera imposible en atención a las consideraciones que se plasman en el recurso, abonando la tesis de que Diana se introdujo en el callejón Anxo Rei Ballesteros. La interpretación que hace la recurrente de la sentencia no se ajusta a lo que en ella se indica. Ciertamente es que a las 2, 40,20 existe un WhatsApp en el que se manifiesta por Diana que “Me estoy acojinando un gitano me estaba llamando”, mensaje dirigido a su amigo Jorge Gutiérrez. Pero en ningún momento en la declaración de hechos probados se dice que en ese momento estuviera Diana ya en aquella intersección. La declaración de hechos probados refiere que a las 2,40 el que se encontraba en aquel lugar era José Enrique, lo que no se cuestiona por la defensa en su recurso.

Los hechos probados comienzan de la manera siguiente: “El acusado José Enrique Abuín Gey hacia las 2.40 horas del día 22/8/16 se hallaba en A

Pobra do Caramiñal en las proximidades de la intersección entre el paseo Areal (también llamado allí paseo Marlés) y la rúa Venecia [...]”.

En el relato de hechos probados se significa que el encuentro se produce según los hechos declarados probados sin indicar el momento exacto si bien se ubica el lugar, necesariamente, en aquel punto. Y esa es la tesis que acoge el jurado que viene a establecer el instante fatídico no en aquel momento 2,40 sino más tarde de ahí que el otro mensaje por WhatsApp ciertamente relevante, emitido a las 02:42:55 con el texto “morena ven aquí”, tuvo que tener lugar en aquel lugar porque, como se señala en la sentencia, es fiable una ubicación por GPS que se produce a las 2,42,25 y se ubica a cierta distancia hacia el sur respecto del paseo Marlés, ya sobrepasado el cruce con el tramo sur de la calle Venecia, y, posteriormente, las localizaciones que tienen lugar a las 2,43,32 y 2,43,45 y se ubican en la zona media de la calle Venecia, inmediatas a ésta, y a la altura aproximada de la zona donde concluyen las naves; a las 2,43,57 se produce un intento de llamada telefónica de la víctima a su amiga ZAIRA mientras que la siguiente ubicación geográfica fiable es por GPS, se produce a las 2,44,01 y se ubica con cierta separación hacia el interior respecto de la rúa Venecia, a la altura de su confluencia con el paseo Marlés, como si Diana volviera sobre sus pasos, lo que no encaja sino con la presencia de circunstancias excepcionales, a las que alude la sentencia cuando indica que “estas anomalías derivadas del posicionamiento del móvil son coherentes por entero con la tesis de que la víctima hubiera sido abordada con violencia, agarrada o arrastrada antes de ser introducida en el vehículo del acusado”. En realidad este es el razonamiento seguido por el Jurado descartando la tesis de la defensa sobre que Diana se introdujera en el callejón Anxo Rei donde se encontró con José Enrique, razonamiento que aparece lógico y en plena armonía con la prueba realizada, tal y como se describe en la sentencia.

Pero, además, debemos añadir como aspecto lógico que se deriva de las pruebas puestas de manifiesto, la posición de la defensa no es otra que considerar que Diana se encuentra a José Enrique en la intersección del callejón Anxo Rei con la rúa Venecia, lugar en el que se desarrollarían los

fatales acontecimientos; de seguir esa tesis quedaría sin explicación razonable la inequívoca ubicación del móvil de Diana en la intersección de la rúa Venecia con el paseo Areal, más al sur, así como la errática dirección del terminal hacia el Norte, lo que supondría asumir que la joven habría vuelto sobre sus pasos y en dirección opuesta al lugar al que se dirigía, situación que no tiene mucha explicación; súmese a lo anterior la exclusión de la posibilidad de que Diana se hubiera adentrado por el callejón de conformidad con lo indicado por los peritos y asumido por el jurado cuando señala que “Las células de red que dan cobertura al móvil de Diana en los minutos anteriores hacen incompatible la versión de la defensa y que la víctima se hubiera introducido por el callejón en vez de recorrer todo el paseo Areal”, así como el error de la recurrente cuando señala que las señales erráticas del móvil se producen a las 2,40 cuando en la sentencia tal situación tiene lugar a partir de las 2,42 para excluir la posición de la recurrente o cuando menos sostener la razonabilidad de la acogida por el Jurado.

En todo caso, como ya se indicó, no es este el lugar donde verificar una nueva valoración probatoria más allá de la eventual consideración de que las conclusiones alcanzadas en la sentencia apelada pudieran ser razonables o, incluso, se reitera, existieran otras versiones igualmente admisibles, -lo que en este caso no se comparte el absoluto- de modo y manera que ajustándose la conclusión de la sentencia al desarrollo de las pruebas practicadas en una razonable interpretación de las mismas, no cabe sino rechazar el alegato de la defensa atinente a la falta de pruebas de los hechos a los que se contrae este apartado de la impugnación.

Sobre el hecho de que fuera el acusado la persona a la que se refiere Diana cuando alude a un gitano que la llama o que se estaba “acojinando”, se trata de un detalle que en cualquier caso el devenir de los acontecimientos permite considerar, en una inducción razonable, que pudiera ser el acusado el que de algún modo provocó aquel sentimiento de temor y preocupación que se desprende del contenido de los mensajes.

Señala la recurrente que no existe prueba alguna de que el acusado persiguiera o llevara agarrada a Diana desde la intersección a la parte media de la calle Venecia. No podemos compartir esa afirmación cuando la sentencia detalla que son las señales erráticas del móvil a partir de las 2,42 las que pueden razonablemente interpretarse de la manera anterior, así se dice en el apartado 2.4 in fine en el análisis del delito de detención ilegal.

Denuncia la recurrente que no hay prueba alguna que muestre que el acusado amordazara -o aturdiera- a la víctima antes de meterla en su maletero en contra de su voluntad, ni tampoco que la introdujera en el maletero de su vehículo. Al margen de que se trata de detalles que simplemente tratan de conformar un relato fáctico y que no implican consecuencias típicas de alguna repercusión, la propia sentencia detalla que no existen pruebas directas de aquellos extremos sino que se trata de razonables deducciones. Así, si se parte de la base de que Diana fue transportada con vida y en contra de su voluntad desde Pobra do Caramiñal hasta la nave de Asados, extremo que en posteriores razonamientos será objeto de análisis, cabe razonablemente entender que fue introducida en el maletero, lugar donde el acusado se aseguraba un trayecto ajeno a cualquier percepción de la situación por parte de terceras personas así como la certeza del éxito de su propósito al resultar razonablemente inviable escapatoria alguna o al menos sin que conste tal posibilidad. En cuanto a que fuera o no amordazada o aturdida simplemente es una inferencia que tiende a mostrar una manera de actuar dirigida a evitar incidentes en aquella actuación de llevar a Diana a la nave de Asados así como a facilitar su introducción en el vehículo. Se trata, por consiguiente, de simples inferencias, razonables desde luego, en relación con el modo de actuar del acusado que bien por prueba directa o por prueba indiciaria han quedado determinadas.

Sobre el siguiente punto del recurso, referente a que el desplazamiento errático de su móvil entre las 2:42:25 y 2:43:56 hacia la parte central de la calle Venecia coincide con su último intento de llamar a Zaira, la recurrente viene a sostener que existe discrepancia entre lo mantenido por el Magistrado Presidente y lo sostenido por el Jurado. No existe tal contradicción. La defensa

realiza una lectura de la motivación del veredicto que no se ajusta a la realidad. Da a entender que el desvío de la trayectoria hacia la calle Venecia desde el entronque con esta de paseo Areal fue voluntaria. Esa conclusión no es la que se extrae de la página 8/9 del veredicto. Esa modificación de la trayectoria coincide con la presencia de José Enrique, razona el jurado.

Se habla de coincidencia entre el desplazamiento errático del terminal y la llamada a Zaira, pero no se puede inducir de lo anterior esa voluntaria deambulación de Diana por aquel lugar pues sería tanto asumir que Diana volvió a dirigirse hacia el norte sin ningún motivo para ello y hacia una dirección que no aparece definida ni razonable, añadimos. De ahí que el Magistrado Presidente, interpretando aquella situación de manera razonable, no se olvide de que ya estaba presente José Enrique, aluda a la compatibilidad de ese errático posicionamiento del móvil con “eventos que pueden generar que se lance una posición GPS, además de una mala posición del terminal o de los satélites, una manipulación errática del móvil o que algo obstruya físicamente la cobertura, como un cuerpo o un vehículo que se interponga entre el móvil y la señal” añadiendo que se trata de “datos empíricos que son perfectamente compatibles con una situación en la que la víctima, manipulando su móvil como llevaba haciéndolo todo el camino, es atacada por un desconocido y ante ello manipula de forma desordenada su móvil, provocando la acción física de otra persona y los propios movimientos de la víctima esta sucesión rápida de posicionamientos, todos ellos en una zona no lejana de la intersección (debe recordarse el dato aportado por los técnicos antes señalado en A.2.4.11, según el cual a las 2,44,16 el móvil “irrefutablemente” estaba en la zona próxima a tal esquina)”.

Por otra parte los posicionamientos pueden ser erráticos a pesar de estar ubicados en la rúa Venecia y no puede atenderse a la tesis de la defensa, contraria a lo admitido por el jurado, porque la posición de Diana en la rúa Venecia no viene desde el callejón Anxo Rei sino desde el cruce de la primera con el paseo Areal, como ya se razonó anteriormente.

Sobre la llamada a Zaira, la sentencia la interpreta de una manera, como petición de auxilio o incluso fortuita pero desde luego no puede admitirse la tesis de la defensa de que el encuentro con José Enrique fue inmediatamente posterior a la llamada a Zaira porque resulta acreditado que cinco segundos después de la llamada el móvil de Diana se mueve a gran velocidad lo que supone que, de seguir la tesis de la defensa, en cinco segundos se produce el encuentro y Diana comienza a ser transportada en el vehículo, según la defensa ya sin vida, lo que desde luego no parece razonable. Si lo es, por el contrario, la posición acogida por el tribunal de legos. Finalmente indicar, como se señala en la sentencia, que desde los datos GPS, todas las posiciones del móvil de Diana “se sitúan desde la zona media de ese tramo de la rúa Venecia hacia el sur, ninguno hacia la esquina norte de ese tramo donde confluye el callejón) son absolutamente compatibles con la ubicación del teléfono de la víctima aseverada por los peritos y hacen, cuando menos, mucho menos probable -es más, si se aplica con la herramienta geográfica antes aludida la distancia de precisión del posicionamiento GPS de las 2,42,25 puede comprobarse que no llega hasta la zona del callejón- que la víctima hubiera pasado por el callejón”.

Pues bien, expuesta la conclusión del TSJ hay que apuntar que con todo ello, las conclusiones a las que llega el Tribunal con respecto a la admisión del delito de detención ilegal son coherentes, lógicas y están basadas en prueba practicada en el juicio oral, sin que pueda admitirse el alegato del recurrente con respecto a la parcialidad de peritos y testigos que intervinieron en el juicio oral.

Así, lo que se le debe exigir al jurado no es la similar motivación que se requiere de un Tribunal profesional, pero sí la plasmación y “ubicación” de cuáles han sido los datos que permiten construir su exigente “sucinta motivación” basado en los hechos que consideran probados.

Así, con respecto a este delito se recogen como datos e indicios relevantes que sostienen la votación a favor del delito de detención ilegal del jurado los siguientes:

1.- Ubicación de Diana: El jurado ubica a Diana en la intersección del paseo Areal con la rúa Venecia cuando se encuentra con el acusado.

2.- Justificación de su ubicación: Lo justifica porque el rumbo de la víctima se modifica hacia la zona donde están aparcados los feriantes y brinda como razones de ello que el desplazamiento errático de su móvil entre las 2:42:25 y 2:43:56 hacia la parte central de la calle Venecia coincide con su último intento de llamar a Zaira.

3.- Aparición del recurrente: Cinco segundos después de esto (2:44:01) tenemos el último posicionamiento en esa zona y señala que este cambio de rumbo coincide con la aparición de José Enrique Abuín Gey llamándola desde su coche (Pensamos que es el acusado al que se refiere Diana en sus WhatsApp con Capullo: “Me estoy acojinando un gitano me estaba llamando” y “Morena ven aquí”).

4.- Conclusión razonable del jurado: Lo que el jurado viene a indicar es que las erráticas ubicaciones del móvil traen causa de alguna circunstancia especial o imprevista y tal evento lo asocian a la aparición del Sr. Abuin, conclusión que, en modo alguno, puede considerarse absurda o alejada de la razón.

5.- La reacción deambulatoria de los movimientos de Diana están relacionados con la aparición del recurrente y su introducción en el vehículo.

No existe otra causa que pudiera haber provocado aquella reacción deambulatoria de Diana.

6.- Admisibilidad de la inferencia deductiva extraída de los movimientos citados:

Es lógico que se exprese en la sentencia, sobre la base del razonamiento del jurado, que <<probablemente el acusado persigue (en el

caso de que Diana estuviera escapando de José Enrique) o lleva agarrada a Diana desde la intersección a la parte media de la calle Venecia>>.

7.- La declaración de los agentes del GATO.

Ubican a Diana más o menos a las 2.42,55 en aquella zona cuando envía un mensaje de texto y es a partir de ese momento cuando se producen varias conexiones GPS (2,43,32, 2,43,45 y 2,44,01) y “que según los técnicos (manifestación en 3,12,15 del día 20) fueron muchas y muy rápidas, señalando como eventos que pueden generar que se lance una posición GPS, además de una mala posición del terminal o de los satélites, una manipulación errática del móvil o que algo obstruya físicamente la cobertura, como un cuerpo o un vehículo que se interponga entre el móvil y la señal.

8.- Diana estaba donde se declara probado a la luz de la prueba practicada.

Diana llegó hasta la intersección del paseo Areal con la rúa Venecia cuando algo le sucedió. Y se añade que según los técnicos, irrefutablemente, se sitúa a Diana en las proximidades de aquella esquina a las 2, 44,16. Se valora, además, una llamada que es considerada, razonablemente, como de petición de ayuda a las 2,43,57, o incluso como una llamada fortuita a la vista de que el móvil había contactado previamente con el número de Zaida.

9.- Quien estaba a las 2:40 en el lugar era el acusado José Enrique Abuín Gey, que hacia las 2.40 horas del día 22/8/16 se hallaba en A Pobra do Caramiñal en las proximidades de la intersección entre el paseo Areal (también llamado allí paseo Marlés) y la rúa Venecia.

10.- Circunstancias excepcionales provocaron los cambios finales de localización. Diana fue abordada por el recurrente es lo que concluye el jurado por la inferencia relacionada con la prueba practicada.

El otro mensaje por WhatsApp ciertamente relevante, emitido a las 02:42:55 con el texto “morena ven aquí”, tuvo que tener lugar en aquel lugar porque, como se señala en la sentencia, es fiable una ubicación por GPS que se produce a las 2,42,25 y se ubica a cierta distancia hacia el sur respecto del paseo Marlés, ya sobrepasado el cruce con el tramo sur de la calle Venecia, y, posteriormente, las localizaciones que tienen lugar a las 2,43,32 y 2,43,45 y se ubican en la zona media de la calle Venecia, inmediatas a ésta, y a la altura aproximada de la zona donde concluyen las naves; a las 2,43,57 se produce un intento de llamada telefónica de la víctima a su amiga ZAIRA mientras que la siguiente ubicación geográfica fiable es por GPS, se produce a las 2,44,01 y se ubica con cierta separación hacia el interior respecto de la rúa Venecia, a la altura de su confluencia con el paseo Marlés, como si Diana volviera sobre sus pasos, lo que no encaja sino con la presencia de circunstancias excepcionales...

“...Estas anomalías derivadas del posicionamiento del móvil son coherentes por entero con la tesis de que la víctima hubiera sido abordada con violencia, agarrada o arrastrada antes de ser introducida en el vehículo del acusado”. En realidad este es el razonamiento seguido por el Jurado descartando la tesis de la defensa sobre que Diana se introdujera en el callejón Anxo Rei donde se encontró con José Enrique”.

11.- En el proceso de análisis de la conclusión del Tribunal el TSJ descarta el alegato del recurrente de estar ubicado en otro lugar, por la inequívoca ubicación del móvil de Diana en la intersección de la rúa Venecia con el paseo Areal, más al sur, así como la errática dirección del terminal hacia el Norte, lo que supondría asumir que la joven habría vuelto sobre sus pasos y en dirección opuesta al lugar al que se dirigía, situación que no tiene mucha explicación.

12.- La prueba pericial corrobora esta versión.

Los peritos y asumido por el jurado cuando señala que “Las células de red que dan cobertura al móvil de Diana en los minutos anteriores hacen

incompatible la versión de la defensa y que la víctima se hubiera introducido por el callejón en vez de recorrer todo el paseo Areal”, así como el error de la recurrente cuando señala que las señales erráticas del móvil se producen a las 2,40 cuando en la sentencia tal situación tiene lugar a partir de las 2,42 para excluir la posición de la recurrente o cuando menos sostener la razonabilidad de la acogida por el Jurado.

13.- La referencia de los mensajes a que un gitano le estaba “acojinando”.

El hecho de que fuera el acusado la persona a la que se refiere Diana cuando alude a un gitano que la llama o que se estaba “acojinando”, se trata de un detalle que en cualquier caso el devenir de los acontecimientos permite considerar, en una inducción razonable, que pudiera ser el acusado el que de algún modo provocó aquel sentimiento de temor y preocupación que se desprende del contenido de los mensajes.

14.- Existe prueba de que el acusado persiguiera o llevara agarrada a Diana desde la intersección a la parte media de la calle Venecia.

La sentencia detalla que son las señales erráticas del móvil a partir de las 2,42 las que pueden razonablemente interpretarse de la manera anterior, así se dice en el apartado 2.4 in fine en el análisis del delito de detención ilegal.

15.- Se parte de la base de que Diana fue transportada con vida y en contra de su voluntad desde Pobra do Caramiñal hasta la nave de Asados.

El hecho de que fuera introducida en el maletero o en la parte de atrás del vehículo es una inferencia lógica residenciable en evitar que escapara, pero en una u otra circunstancia no quita ni añade nada más a la condena por este delito.

El jurado se inclina porque la introduce en el maletero, lugar donde el acusado se aseguraba un trayecto ajeno a cualquier percepción de la situación por parte de terceras personas así como la certeza del éxito de su propósito al resultar razonablemente inviable escapatoria alguna o al menos sin que conste tal posibilidad. En cuanto a que fuera o no amordazada o aturdida simplemente es una inferencia que tiende a mostrar una manera de actuar dirigida a evitar incidentes en aquella actuación de llevar a Diana a la nave de Asados así como a facilitar su introducción en el vehículo. Se trata, por consiguiente, de simples inferencias, razonables desde luego, en relación con el modo de actuar del acusado que bien por prueba directa o por prueba indiciaria han quedado determinadas.

Existe razonabilidad de la inferencia.

16.- La modificación final de la trayectoria coincide con la presencia de José Enrique, razona el jurado. No se entiende que ese movimiento fuera voluntario pese a la posición de la defensa que es descartada por el Jurado en base a la prueba ya expuesta.

17.- La llamada a Zaira y la insostenibilidad de la tesis de la defensa.

Sobre la llamada a Zaira, la sentencia la interpreta de una manera, como petición de auxilio o incluso fortuita pero desde luego no puede admitirse la tesis de la defensa de que el encuentro con José Enrique fue inmediatamente posterior a la llamada a Zaira porque resulta acreditado que cinco segundos después de la llamada el móvil de Diana se mueve a gran velocidad lo que supone que, de seguir la tesis de la defensa, en cinco segundos se produce el encuentro y Diana comienza a ser transportada en el vehículo, según la defensa ya sin vida, lo que desde luego no parece razonable.

Existe prueba suficiente y de cargo expuesta por el Tribunal con respecto a la comisión del delito de detención ilegal. No puede admitirse el alcance de las exigencias de la defensa con respecto a sostener otra versión

que ya es rechazada por el jurado al mantener la tesis acerca de dónde y cómo ocurrieron los hechos en base a una explicación que no es arbitraria, sino obtenida de las pruebas ya referidas y que dan lugar a una redacción de los hechos probados en consonancia con las explicaciones antes referidas.

Las alegaciones del recurrente de que no se aceptó la forma que expone acerca de cómo entendió que ocurrieron los hechos no supone una vulneración de la presunción de inocencia, ya que hemos expuesto que la prueba existe, hay una sucinta exposición de los hechos en el veredicto y la cita de los elementos que le sirven de apoyo, la sentencia está suficientemente motivada y el TSJ ha procedido al extenso y detallado análisis de la racionalidad de esa valoración, por lo que frente a ello el recurrente sostenga otra versión no altera en esta sede casacional el análisis de lo que se ha llevado a cabo con la oportuna “suficiencia” exigida en estos casos.

La aceptación de la tesis de la acusación conlleva la desestimación acerca de cómo alega el recurrente que ocurrieron los hechos en cuanto al recorrido que mantiene que se siguió contrario al que sostiene la sentencia, pero porque, precisamente, ese alegato expositivo en cuanto a su versión es desestimado por la aceptación de la tesis acerca del recorrido que llevó la víctima y cuándo y dónde es abordada. Pretender el recurrente que se acepte su tesis en sede casacional frente a lo anteriormente expuesto y la suficiencia valorativa debe conllevar a la desestimación.

Además, que los testigos que cita el recurrente en relación a una persona que expusiera la frase similar a la reflejada en los Whatsapp media hora antes no altera el relato de los hechos declarados probados, por la suficiente explicación dada por el Tribunal acerca del posicionamiento de la víctima y que su encuentro lo fue con el recurrente, ya que, al fin y al cabo, es él quien se la lleva a la zona donde luego fue hallada muerta al cabo del tiempo al ubicarlo así el recurrente.

La convicción del jurado no está basada en suposiciones, sino en la prueba que se ha expuesto y se refleja, pese a que el recurrente disienta de

ella. Con respecto a que el recurrente introdujo a la víctima en el vehículo resulta una conclusión lógica como se ha explicado, también, por los movimientos, y la circunstancia de si fue, o no amordazada no quita ni aporta nada más que la evidencia de que fue reducida de forma forzada para luego ser llevada contra su voluntad al lugar donde luego apareció muerta. Además, esos movimientos del móvil evidencian que por la rapidez de los hechos los actos propios del crimen fueron llevados en el lugar donde aparece muerta, y no en el momento en el que el recurrente la aborda y se la lleva a otro lugar, por lo que la conclusión del tribunal es lógica, coherente y se ajusta a la prueba que discute el recurrente, lo que arroja la conclusión de que la víctima fue introducida viva en el vehículo y que luego acabó con su vida en otro lugar.

La inferencia a la que llega el Tribunal es correcta, y está suficientemente razonada. Y como hemos señalado, que fuera introducida en el maletero es la conclusión lógica para evitar que fuera detectada por alguien, y, además, para evitar sus movimientos o vías de escape, dado el fin que perseguía el recurrente y que se concluye en la sentencia.

La prueba practicada consistente en los informes periciales policiales, reconstrucción virtual del desplazamiento de Diana, informe policial de reconstrucción de los hechos, la declaración de Francisco Manuel González respecto del móvil y la del propio acusado y su versión, así como la intervención de los peritos en el juicio dan como consecuencia una conclusión razonable, probada y coherente por el propio proceso deductivo de la inferencia.

Se desestima este motivo.

b.- Presunción de inocencia en la motivación sexual del comportamiento del recurrente entendiéndose que la versión de la Defensa es razonable.

Señala el recurrente que no hay prueba concluyente de la motivación sexual y que no se puede rechazar la sustracción de gasoil que justifica, según el recurrente, la versión de la defensa y descartar un móvil sexual.

Señala, así, el TSJ en su sentencia de forma motivada en el FD nº 11 que:

“Cuestiona la recurrente la afirmación que se contiene en la sentencia sobre que Diana fue abordada por el acusado y transportada a la nave con la intención de atacarla sexualmente, extremo expresamente reconocido en los hechos que han sido declarados probados.

Se dice en el recurso que el Jurado descarta que José Enrique estuviera robando gasoil, que Diana apareciera en el lugar donde dice la defensa que fue abordada y que la actuación del acusado, por consiguiente, no era impedir que Diana le delatase por haberle sorprendido robando el combustible.

Se descarta un móvil económico en la actuación del acusado y sentada su plena capacidad mental el jurado considera que no fue sino una motivación sexual la que llevó al acusado a la realización de las acciones que se consideran probadas. A juicio de la defensa no hay prueba de estos extremos.

La construcción del recurso en este concreto aspecto la lleva a cabo la letrada del acusado dividiendo el desarrollo en tres apartados.

En el primero se afirma que del “hecho de que el Jurado considere no probada la sustracción de gasoil en Rúa Venecia, de ninguna manera puede provocar que se tenga por probado un móvil sexual”;

El segundo vuelve a contener una alegación que se proyecta sobre la ubicación de Diana a las 02:40 en la intersección del paseo del Areal y rúa Venecia, extremo que carece de prueba alguna;

En tercer lugar se cuestiona la afirmación del Jurado de que “ni para para robar gasoil ni para robar las pertenencias a Diana era necesario trasladarla a la nave”.

El móvil sexual lo deduce el colegio de legos al descartar la versión del acusado de que estaba robando gasoil;

También se rechaza que Diana apareciera en el lugar que la defensa ubica como del encuentro entre la víctima y su agresor;

Se rechaza que el móvil del agresor fuera impedir la delación de Diana;

Se rechaza que la intención de José Enrique fuera robar a Diana porque las pertenencias de esta no fueron objeto de aprehensión por el acusado;

Se añade que de ser cierta alguna de las versiones anteriores no tendría sentido el traslado de Diana a la nave de Asados.

Finalmente se añade a lo anterior que la inexistencia en el acusado de alguna circunstancia que afectara a sus facultades mentales determina que no puede ser otra la intención del acusado que aquella consistente en dirigir contra la víctima actos de contenido sexual.

En realidad carece de importancia en este momento y analizando los concretos motivos del recurso entrar en la determinación del móvil del acusado.

Esta posición se apoya en que lo verdaderamente relevante para apreciar el móvil, de todo punto inocuo, será el contenido del conjunto de los hechos probados de modo que si se llega a admitir la realización de actos que atentaron contra la libertad sexual de Diana resultaría indudable que el móvil de aquel ilícito traslado, abarcaba aquella intención.

El móvil se identifica por los hechos finalmente acaecidos de modo que si se tiene por cierta la comisión de un delito contra la libertad sexual de la víctima es innegable que el móvil tenía aquel contenido; en definitiva, el móvil

se induce desde el resultado producido por la acción que se valora. Las cuestiones atinentes al móvil de José Enrique cuando trasladada a Diana a la nave de Asados, concluyendo, deberán ser derivadas de si se considera o no cometido delito contra la libertad sexual de la víctima, extremo que, siguiendo el orden establecido en el propio recurso, será analizado en fundamentos posteriores.

Sí podemos anticipar, partiendo de que, como se indicó anteriormente, no se está en el análisis del motivo realizando una nueva valoración de la prueba practicada en el plenario, como parece pretender la recurrente, sino determinando, en primer lugar, si las conclusiones fácticas a las que llega el jurado, y la sentencia, se ajustan a cánones de razón y, en segundo lugar, de que es incuestionable que los motivos que llevan a una persona a realizar determinados actos quedan ínsitos en su conciencia de modo que solo a través de los actos realmente exteriorizados, induciendo un significado de los mismos, es posible llegar a fijar aquella motivación en términos de certeza más allá de toda duda razonable, será en el análisis de la prueba indiciaria tomada en consideración cuando se valore aquella conclusión fáctica cuestionada por la defensa.

En cualquier caso debe ponerse de relieve que la defensa no cuestiona tanto el razonamiento del jurado como los elementos en los que se asienta ese razonamiento, las premisas de las que parte el Tribunal para llegar a las conclusiones que alcanza.

La sentencia desarrolla este punto añadiendo, a si puede entenderse, la realidad de la realización de actos de naturaleza sexual que se desprendería del hecho de que el cadáver apareciera desnudo.

Se afirma igualmente que “el único posible atractivo o interés racional que para el acusado puede tener la nave como lugar a donde trasladar a la víctima viva es el que deriva de su aislamiento y abandono, es decir, de ser un lugar donde sus actos no serían percibidos por terceros y donde podría continuar la sujeción de la víctima a sus propósitos”.

Sobre la inexistencia de otras alternativas motivacionales la sentencia afirma que “un examen racional de otras posibles motivaciones alternativas no permite vislumbrar ninguna otra dotada de una mínima solidez y verosimilitud que pueda oponerse a la conclusión expresada por el jurado”. La prueba del comportamiento del acusado que permite fijar esta, como se anticipó, tiene una evidente naturaleza indiciaria de modo que será en el análisis de esta cuestión cuando se aborde definitivamente la motivación que guió al acusado.

Siguiendo con el razonamiento de la recurrente, se puede anticipar que el hecho de que no se considerara probada la sustracción del gasoil por parte de José Enrique, de por sí no revela el móvil de la detención pero, sin embargo, puede configurar un elemento corroborador de la inferencia realizada por el Tribunal desde otros indicios ...

Y lo cierto es que el Tribunal rechaza el robo del gasoil por no haberse acreditado el mismo sin que por la defensa se planteen razonamientos que lleven a cuestionar aquella conclusión por absurda.

Simplemente se ofrecen datos sobre la posibilidad de que, efectivamente, el acusado pudiera haber robado gasoil pues había, según manifiesta, camiones estacionados, la rúa Venecia se encontraba ocupada en sus dos terceras partes hacia el sur por los feriantes, se trata de una zona tranquila y la sustracción de 25 litros de gasoil sería prácticamente indetectable.

Evidentemente de estas consideraciones no puede tenerse por cierta la sustracción de gasoil pues no hay dato alguno, más allá de la simple y llana confesión del acusado de que eso hubiera sido así; por otra parte se detalla en la sentencia el descarte de un elemento corroborador de la sustracción cual sería el testimonio de su esposa y así se indica que “Cierto es, por otra parte, que él había dicho en su casa que iba a robar gasoil, pero también lo es que la declaración del testigo SOMOZA (a partir de 1,29,30 de la sesión del día 13) refleja que el acusado daba ante su mujer este tipo de excusas cuando salía

con él a hacer otras cosas, por lo que tal manifestación no es indicio fiable de que efectivamente el acusado se hubiera dedicado a robar gasoil esa noche”.

Apurando el argumento, no es posible deducir que el acusado estuviera robando gasoil por el hecho de que alguna vez lo hubiera hecho o que existiera posibilidad de hacerlo.

Con arreglo a lo anterior no puede tildarse de absurdo, ilógico o arbitrario el razonamiento del Tribunal para excluir la versión del acusado sobre el robo de gasoil, conclusión inserta en los hechos declarados probados que, por consiguiente, debe mantenerse.

Sobre que Diana se encontrara a las 2.40 en la intersección del paseo del Areal y rúa Venecia ya se razonó en el fundamento décimo acerca de tal extremo.

En el apartado A.2.3 del recurso, alude la defensa a que el jurado considera probado que el móvil sexual porque ni para robar gasoil ni para robar las pertenencias a Diana era necesario trasladarla a la nave. En el desarrollo de este alegato se vuelve a incidir en el trayecto de Diana por el paseo del Areal tomando el callejón Anxo Rei, tesis que se ha descartado conforme a lo anteriormente argumentado en el entendimiento de que las conclusiones a las que llega el Tribunal son razonables y razonadas.”

No puede tildarse, pues, de arbitraria la conclusión a la que llega el Tribunal de la intencionalidad netamente de carácter sexual del recurrente, y, así es explicado por el Tribunal, desprendiéndose del análisis de la sentencia del TSJ una explicación racional, tras su examen del propio recurso de apelación ante este mismo motivo. Y así se puede concluir con coherencia como datos de inferencia que:

1.- El móvil sexual lo deduce el Jurado al descartar la versión del acusado de que estaba robando gasoil.

2.- También se rechaza que Diana apareciera en el lugar que la defensa ubica como del encuentro entre la víctima y su agresor.

3.- Se rechaza que el móvil del agresor fuera impedir la delación de Diana.

4.- Se rechaza que la intención de José Enrique fuera robar a Diana porque las pertenencias de esta no fueron objeto de aprehensión por el acusado.

5.- Se añade que de ser cierta alguna de las versiones anteriores no tendría sentido el traslado de Diana a la nave de Asados.

6.- Se añade que la inexistencia en el acusado de alguna circunstancia que afectara a sus facultades mentales determina que no puede ser otra la intención del acusado que aquella consistente en dirigir contra la víctima actos de contenido sexual.

7.- Carece de importancia en este momento y analizando los concretos motivos del recurso entrar en la determinación del móvil del acusado.

8.- Esta posición se apoya en que lo verdaderamente relevante para apreciar el móvil, de todo punto inocuo, será el contenido del conjunto de los hechos probados de modo que si se llega a admitir la realización de actos que atentaron contra la libertad sexual de Diana resultaría indudable que el móvil de aquel ilícito traslado, abarcaba aquella intención.

9.- El móvil se identifica por los hechos finalmente acaecidos de modo que si se tiene por cierta la comisión de un delito contra la libertad sexual de la víctima es innegable que el móvil tenía aquel contenido; en definitiva, el móvil se induce desde el resultado producido por la acción que se valora.

10.- Puede entenderse, la realidad de la realización de actos de naturaleza sexual que se desprendería del hecho de que el cadáver apareciera desnudo.

11.- Se afirma igualmente que “el único posible atractivo o interés racional que para el acusado puede tener la nave como lugar a donde trasladar a la víctima viva es el que deriva de su aislamiento y abandono, es decir, de ser un lugar donde sus actos no serían percibidos por terceros y donde podría continuar la sujeción de la víctima a sus propósitos.

12.- Un examen racional de otras posibles motivaciones alternativas no permite vislumbrar ninguna otra dotada de una mínima solidez y verosimilitud que pueda oponerse a la conclusión expresada por el jurado”. La prueba del comportamiento del acusado que permite fijar la conclusión alcanzada tiene una evidente naturaleza indiciaria.

13.- La declaración del testigo SOMOZA (a partir de 1,29,30 de la sesión del día 13) refleja que el acusado daba ante su mujer este tipo de excusas cuando salía con él a hacer otras cosas, por lo que tal manifestación no es indicio fiable de que efectivamente el acusado se hubiera dedicado a robar gasoil esa noche”.

Podemos, en consecuencia, entender que existe suficiente razonamiento acerca de este extremo en orden a concluir un dato relevante, pero más que nada para la construcción posterior de la tesis del asesinato en relación con un previo delito contra la libertad sexual.

El motivo se desestima.

c.- Presunción de inocencia acerca de la indeterminación de los actos de contenido sexual de los que fue víctima Diana, sobre la desnudez y lastrado del cadáver, sobre el estrangulamiento utilizando una brida (sin determinar y cuya ubicación fue alterada por los forenses que realizaron la autopsia)

Señala el recurrente que “Para justificar que no se ha vulnerado la presunción de inocencia, el Tribunal apela al razonamiento de que Diana M^a estaba a las 2:43 en la parte central de Rúa Venencia cuando intenta llamar a Zayra y no pudo ir cadáver porque la tesis del desnucamiento fue rechazada y para matarla por estrangulamiento precisa de más tiempo. Tal razonamiento no es compatible con la presunción de inocencia que no consiente, conforme consolidada doctrina, que se presuman contra reo ninguno de los elementos fácticos del tipo delictivo. Por ello, el suponer que fue agredida sexualmente porque se supone que estaba viva al no haberse demostrado el desnucamiento en Rúa Venencia es contrario a la presunción de inocencia.”

Pues bien, sobre el primer extremo señala el TSJ en el FD nº 12º que:

a.- actos de contenido sexual de los que fue víctima Diana y muerte llevada a cabo en la nave.

Es preciso partir de la base de que el Tribunal considera probado que Diana es introducida con vida en el vehículo y que el objetivo era sexual, como ya se ha expuesto. Pero el argumento del Tribunal de que Diana no fallece en el momento en el que es abordada es coherente y está argumentado por el TSJ, a saber:

“Comienza el alegato la defensa aludiendo a la circunstancia de que la sentencia aborda primeramente la tesis exculpatoria como si partiera de una presunción de culpabilidad; se añade que la tesis inculpativa solo se basa en suposiciones y que se ha invertido la carga de la prueba de modo que es a la defensa a la que se le atribuye la necesidad de probar la inocencia del acusado. En definitiva, se determina que no existen pruebas del delito de contenido sexual más allá de meras suposiciones.

Parte la recurrente del análisis de la posición de la sentencia atinente a la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado que pudiera ser considerada verosímil. Entra la defensa en consideraciones sobre que la

víctima estuviera viva cuando fue trasladada desde Pobra do Caramiñal hasta la nave de Asados. Afirma que no hay ninguna prueba de que esto fuera así.

No es cierto que la sentencia se apoye en meras conjeturas y suposiciones para afirmar que Diana estuviera viva cuando fue trasladada a la nave de Asados. En el apartado 1.11.7 de la sentencia se expresa cuál fue el razonamiento del Jurado del que inferir aquella situación.

Se dice que <<El desplazamiento errático de su móvil entre las 2:42:25 y 2:43:56 hacia la parte central de la calle Venecia coincide con su último intento de llamar a Zaira. Cinco segundos después de esto (2:44:01) tenemos el último posicionamiento en esa zona. A partir de ese momento el móvil de Diana empieza a desplazarse a mayor velocidad, a las 2:47:13 se le sitúa en la carretera DP-6706 a la altura del nº11>>.

Si se parte de que a las 2:44:01 Diana estaba viva por haber realizado una llamada con el móvil a su amiga Zaira y que a partir de ese momento comienza a desplazarse a mucha velocidad habría que admitir, de seguir la tesis de la defensa, que la muerte de Diana se produjo de manera instantánea en ese momento, posición que encajaría con la teoría del desnucamiento.

Sucede sin embargo que no es ese el hecho que se ha declarado probado, es más, la premisa de que Diana murió por aquella causa ha sido expresamente rechazada.

Se ha tenido por cierto que Diana falleció a causa de un estrangulamiento causado con una brida. No es posible atender al estrangulamiento con la mano llevado a cabo por el acusado cogiendo por el cuello a Diana porque habría una incoherencia temporal al llevar aquella maniobra un tiempo considerable, incompatible con la llamada y desplazamiento rápido en vehículo que se produce prácticamente sin solución de continuidad.

Simplemente cabe acudir al contenido de *la sentencia para expresar que de manera ejemplar suministra un razonamiento que aleja cualquier duda sobre la vida de Diana en el momento en que fue trasladada desde Pobra do Caramiñal hasta Asados.*

La sentencia detalla de manera modélica el razonamiento que lleva a considerar que la muerte no se produjo con una maniobra con las manos efectuada por José Enrique en el cuello de Diana.

El punto 1.11.2 de la sentencia, analizando la prueba pericial médica, viene a determinar que el espacio de tiempo que dijo el acusado emplear en aquella maniobra es incompatible con un estrangulamiento pues lo único que habría conseguido es la pérdida de conciencia de Diana al provocar una hipoxia secundaria a la ausencia de sangre en el cerebro, pero que para producir el fallecimiento es preciso continuar con la compresión unos minutos más a fin de que la hipoxia cerebral provoque unos daños irreversibles que desemboquen en la muerte; detalla la sentencia que en la comparecencia de los peritos el Dr. Fernández Liste llegó a afirmar que con el estrangulamiento, según la tesis del acusado (añadimos que la tesis del desnucamiento también ha quedado cumplidamente descartada) tendría dos etapas:

a.- Una primera con pérdida de conciencia de la víctima a los 20 o 30 segundos.

b.- Más unos minutos de compresión hasta llegar a la muerte, que se situaron en cinco.

Pues bien, en el apartado 1.11.7 de la sentencia y con la rúbrica de “Integración de datos médico-legales y tecnológicos”, se razona que la posibilidad anterior es incompatible con la ubicación del terminal de Diana y su utilización pues si se parte de la realidad de un intento de llamada de la víctima a las 2:43:56 por parte de Diana a su amiga Zaira, que el Jurado estima probado, es posible inferir razonablemente, que la víctima se encontraba viva. Si aparece el móvil de Diana a las 2:47:13 en un lugar distante al que

necesariamente hubo de ser trasladada en coche, resulta imposible que el acusado hubiera dado muerte a Diana en aquel momento y lugar.

Esta cuestión aparece, se reitera, perfectamente razonada en la sentencia y desde luego desvirtúa el alegato atinente a la inexistencia de prueba de que Diana hubiera sido introducida en el vehículo aún con vida. Agotando las posibilidades, la sentencia llega a fijar el último momento en el que sin absolutamente ninguna duda Diana hizo una utilización del móvil con plena conciencia y voluntad, el envío de un WhatsApp a su amigo con el texto “morena ven aquí”, este tuvo lugar a las 2:42:55, absolutamente, se reitera, incompatible con la posibilidad planteada por la defensa.

Así pues no cabe sostener la inexistencia de prueba acerca de que Diana se encontrara con vida cuando fue introducida en el vehículo. No es por tanto la mera suposición la que determina el hecho probado de que Diana fue trasladada con vida a la nave de Asados.

Añádase a todo lo anterior el que la sentencia rechaza expresamente la posibilidad de que el estrangulamiento se hubiera producido con la mano, contingencia en cierto modo excluida también por la defensa. Así pues, descartada la posibilidad del desnucamiento y la de un posible estrangulamiento con la mano, solo resta aquella que el Jurado da por probada que es la que se apoya en la utilización de la brida y sentado el escaso lapso temporal existente entre la llamada de Diana a su amiga, o envío del mensaje de texto, y el movimiento rápido en el interior de un vehículo solo cabe atender, como posibilidad más sólida, a que Diana se encontraba viva cuando fue trasladada, conclusión, como se aprecia, perfectamente razonada y ajustada al contenido de las pruebas practicadas”.

Con ello, y ante el planteamiento del análisis del TSJ, resulta evidente que Diana fue asesinada más tarde y no en el lugar donde se encuentra con el recurrente.

Hay datos concluyentes ya argumentados que se sistematizan:

1.- El desplazamiento errático de su móvil entre las 2:42:25 y 2:43:56 hacia la parte central de la calle Venecia *coincide con su último intento de llamar a Zaira.*

Es decir, que lejos de lo que pretende el recurrente resulta lógico entender que Diana tratara de llamar a una amiga, aunque en ese momento se encontrara lejos, para pedir ayuda ante lo que estaba presenciando.

2.- Cinco segundos después de esto (2:44:01) tenemos el último posicionamiento en esa zona.

Transcurrido ese intento es cuando se produce el hecho o en ese instante se estaba produciendo.

3.- A partir de ese momento el móvil de Diana empieza a desplazarse a mayor velocidad, a las 2:47:13 se le sitúa en la carretera DP-6706 a la altura del nº11>>.

Resulta lógica la conclusión que la rapidez del movimiento impida concluir que la muerte se produjo allí en ese lugar y que la introdujera viva en el coche, maletero, posiblemente, para evitar que pudiera escapar, o la viera alguien si la ubicaba en el asiento trasero.

4.- Se ha tenido por cierto que Diana falleció a causa de un estrangulamiento causado con una brida.

No es posible atender al estrangulamiento con la mano llevado a cabo por el acusado cogiendo por el cuello a Diana porque habría una incoherencia temporal al llevar aquella maniobra un tiempo considerable, incompatible con la llamada y desplazamiento rápido en vehículo que se produce prácticamente sin solución de continuidad.

La conclusión es evidente. Diana no muere en ese instante. La inferencia es razonable. La rapidez con que todo ocurre y la prueba de que muere al ser estrangulada con la brida, lleva el escenario de la muerte a la nave donde su cuerpo aparece, y no otro que el móvil sexual era el objetivo del recurrente.

5.- La sentencia suministra un razonamiento que aleja cualquier duda sobre la vida de Diana en el momento en que fue trasladada desde Pobra do Caramiñal hasta Asados. La sentencia detalla de manera modélica el *razonamiento que lleva a considerar que la muerte no se produjo con una maniobra con las manos efectuada por José Enrique en el cuello de Diana.*

Conclusión:

El punto 1.11.2 de la sentencia, analizando la prueba pericial médica, viene a determinar que el espacio de tiempo que dijo el acusado emplear en aquella maniobra es incompatible con un estrangulamiento pues lo único que habría conseguido es la pérdida de conciencia de Diana al provocar una hipoxia secundaria a la ausencia de sangre en el cerebro, pero que para producir el fallecimiento es preciso continuar con la compresión unos minutos más a fin de que la hipoxia cerebral provoque unos daños irreversibles que desemboquen en la muerte.

Resulta, así, imposible el argumento de la defensa del desnucamiento, y que Diana estaba viva cuando fue introducida en el vehículo. No pudo morir en ese momento, sino más tarde.

6.- Si se parte de la realidad de un intento de llamada de la víctima a las 2:43:56 por parte de Diana a su amiga Zaira, que el Jurado estima probado, es posible inferir razonablemente, que la víctima se encontraba viva.

Si aparece el móvil de Diana a las 2:47:13 en un lugar distante al que necesariamente hubo de ser trasladada en coche, resulta imposible que el acusado hubiera dado muerte a Diana en aquel momento y lugar.

7.- Descartada la posibilidad del desnucamiento y la de un posible estrangulamiento con la mano, solo resta aquella que el Jurado da por probada que es la que se apoya en la utilización de la brida, y sentado el escaso lapso temporal existente entre la llamada de Diana a su amiga, o envío del mensaje de texto, y el movimiento rápido en el interior de un vehículo solo cabe atender, como posibilidad más sólida, a que Diana se encontraba viva cuando fue trasladada, conclusión, como se aprecia, perfectamente razonada y ajustada al contenido de las pruebas practicadas.

Se añade en el FD nº 14 de la sentencia del TSJ que:

“La sentencia expone los elementos que llevan al Jurado a determinar la realidad de un delito contra la libertad sexual y son los siguientes:

a) el hecho de que el acusado no se hubiera quedado con las pertenencias de Diana (móvil, bolso,...) y

b) el hecho de que el cadáver apareciera en el pozo desnudo por completo, sin ropa interior.

Pero implícitamente se añaden más circunstancias, así

c) Que el traslado de Diana tuvo lugar cuando aún se encontraba con vida;

d) Que la muerte le fue causada en la nave de Asados utilizando una brida de plástico;

e) Que el traslado de Diana fue contra su voluntad;

f) Que el acusado tiene conservadas todas sus facultades mentales;

g) Que el traslado se realiza a una nave que se encuentra aislada y abandonada.

h) No se atisba otra posibilidad, otro móvil distinto de aquel de naturaleza sexual sin que, por otra parte, la versión del acusado se haya admitido.

Ya se ha analizado la circunstancia de que Diana estuviera viva cuando fue trasladada desde Pobra do Caramiñal; tampoco se cuestiona por la defensa la realidad de que las pertenencias de Diana no hubieran sido sustraídas, lo que excluye cualquier motivación económica en la actuación de José Enrique; el hecho de que el cadáver estuviera desnudo es circunstancia que igualmente está fuera de toda duda y merece ser destacado, como se argumentó anteriormente, que en contra de lo sostenido por el acusado las bragas de Diana estaban en el fondo del pozo; lo mismo que la afectación de las facultades mentales de José Enrique que pudiera justificar una motivación alejada de lo que podríamos considerar “convencional”.

Estamos ante plurales hechos que han sido debidamente acreditados y de cuya realidad no existe duda alguna.

Desde la consideración anterior no cabe sino atender a la racionalidad de la inferencia desde el acogimiento de la certeza de los hechos probados de naturaleza indiciaria.

Es posible razonablemente presumir, hasta alcanzar una conclusión de certeza más allá de toda duda razonable, que el traslado de una joven hasta un lugar apartado y solitario, con nulas posibilidades de que terceras personas pudieran observar la actuación del agente, sin una motivación ajustada a un ilícito contra la propiedad ni con atisbo de cualquier otra posibilidad que de manera razonable pudiera aventurarse, sin previas relaciones entre la víctima y su agresor y acabando la víctima desnuda, obedezca a una finalidad de atentar contra su libertad sexual. Y así se plasma en la sentencia el razonamiento de manera muy expresiva cuando se descartan las hipótesis

expuestas por la defensa y se afirma en contraposición que “[...], la necesaria integración entre los datos probatorios para calibrar su poder demostrativo lleva a apreciar que frente a la absoluta coherencia y lo directo y simple de la inferencia entre la desnudez y la realización de actos de contenido sexual que el jurado apreció, [...]”.

No cabe duda de que el razonamiento se ajusta a normales reglas de experiencia que proyectan la forma en que de ordinario se producen determinados acontecimientos.

La conclusión alcanzada, el móvil de naturaleza sexual que acompañó al proceder de José Enrique, resulta ajustado a esa normal experiencia pero, además, se corrobora por la ausencia de cualquier otra motivación, una vez descartada la tesis de que Diana fue trasladada ya sin vida a la nave de Asados y es que, como se dijo anteriormente, el rechazo de la coartada integra un elemento corroborador de la inferencia a la que llegan los jurados.”

Se añade por el TSJ que:

“Para dar cumplida respuesta al contenido de la alegación de la defensa, que la existencia de fuerza física a la que alude la sentencia en el relato de hechos probados no puede ser sino una inferencia lógica e incuestionable de la falta de consentimiento de Diana de la que se ha partido en todo momento.

Es esta una premisa mayor del razonamiento y así se deduce del traslado involuntario que de modo inequívoco ha quedado fijado en la sentencia cuando se señala que “La hipótesis de que la víctima hubiera consentido este traslado, que se hubiera prestado voluntariamente a acompañar al acusado en el viaje en coche y luego a la nave es rechazada por el jurado.

Tal hipótesis resulta, en primer lugar (como la hipótesis de muerte por estrangulamiento con la brida en A Pobra), ajena a los términos en que las

partes han planteado la discusión fáctica; en segundo término, está frontalmente contradicha por el hecho, no discutido, de que el acusado hubiera tirado el teléfono de la víctima al mar, lo que es simplemente absurdo que hubiera ocurrido contando con la voluntad de la víctima y revela necesariamente que durante el traslado la víctima estaba sojuzgada por el acusado; por último, que la víctima decidiera, avanzada la noche, irse voluntariamente con una persona desconocida y radicalmente ajena a sus circunstancias personales a un lugar desconocido, aislado, sin iluminación y lleno de porquería es de una inverosimilitud absoluta”. Razonamientos los anteriores plenamente razonables y ajustados a elementales principios de lógica y razón.

En cuanto a los actos de naturaleza sexual llevados a cabo, que no necesariamente habrían de integrar un supuesto de violación, devienen inexcusables a la vista de lo razonado anteriormente, el móvil perseguido por el acusado y la posibilidad real de consumación de su propósito.

Se trata de inferencias lógicas desde los hechos inequívocos que han sido puestos de manifiesto como ya se argumentó. No se trata de condena arbitraria, ni se vulnera el principio acusatorio ni el derecho a la presunción de inocencia pues los hechos se fijan sobre la base de la prueba indiciaria, han sido objeto de acusación y la no fijación de los concretos actos de naturaleza sexual realizados no impiden que puedan tenerse por ciertos pues lo único exigido es la realización de actos atentatorios a la libertad sexual y este extremo aparece ineludible conforme a lo argumentado.

Por otra parte no es preciso, a los efectos de lo indicado en el artículo 140.1,2º del Código Penal, que se determine de manera exacta y precisa la conducta atentatoria contra la libertad sexual bastando la certeza, más allá de toda duda razonable, de la comisión de alguno de los tipos previstos en los artículos 178 y siguientes y es evidente que, sentado el móvil sexual que guiaba a José Enrique para trasladar a Diana a la nave de Asados, atendiendo la desnudez en que quedó esta y demás indicios valorados, se debe admitir la

certeza de la comisión de alguno de los tipos delictivos de los artículos 178 y siguientes, sin necesidad de concretar acto alguno.

En tal sentido la sentencia acoge el razonamiento del Jurado cuando indica que “En consecuencia, el jurado, siguiendo el criterio interpretativo pro reo ya reiterado, ha descartado el delito de violación, en sus diversos grados de perfección, pero considera que las circunstancias concurrentes que se dan por probadas llevan a la conclusión de que el acusado cometió actos de contenido sexual que no se han podido precisar, que quería realizar y que las circunstancias por él buscadas o provocadas le permitían realizar y cuya perpetración es coherente con la desnudez de la víctima”.

Frente al anterior resultado, la defensa insiste en que no se ha acreditado la existencia de concretos actos atentatorios a la libertad sexual, que no hay signos de agresión sexual. Es cierto que no ha existido la concreta prueba directa de aquellos actos atentatorios contra la libertad sexual pero sí indiciariamente se ha verificado, y con sumo detalle y concreción, la realización de actos de contenido sexual, sin que sea preciso la exacta configuración de los cometidos, reiteramos. Adviértase que el Jurado no asume la tesis de la agresión sexual, sino que admite la realización de actos de contenido sexual en contra de la voluntad de la víctima, en cualquier caso encajables en alguno de los tipos de los artículos 178 y siguientes del Código Penal pero cuya exacta tipificación no ha sido posible verificar.

Por todo ello, podemos y debemos destacar las siguientes conclusiones que, como datos indiciarios, pueden extraerse del proceso motivador de la sentencia y del análisis llevado a cabo por el TSJ , en orden a concluir que:

- 1.- El acusado no se hubiera quedado con las pertenencias de Diana (móvil, bolso,...).
- 2.- El cadáver apareciera en el pozo desnudo por completo, sin ropa interior.
- 3.- El traslado de Diana tuvo lugar cuando aún se encontraba con vida.

- 4.- La muerte le fue causada en la nave de Asados utilizando una brida de plástico.
- 5.- El traslado de Diana fue contra su voluntad.
- 6.- El acusado tiene conservadas todas sus facultades mentales.
- 7.- El traslado se realiza a una nave que se encuentra aislada y abandonada.
- 8.- Las bragas de Diana se encontraron en el pozo. No estaban en el cuerpo de la víctima.
- 9.- Existencia de una inferencia lógica y razonable por el Jurado:
 - a.- El traslado de una joven hasta un lugar apartado y solitario
 - b.- Nulas posibilidades de que terceras personas pudieran observar la actuación del agente
 - c.- No hay motivación ajustada a un ilícito contra la propiedad ni con atisbo de cualquier otra posibilidad que de manera razonable pudiera aventurarse
 - d.- No hay previas relaciones entre la víctima y su agresor
 - e.- La víctima aparece muerta y desnuda
 - f.- Las bragas de la víctima aparecen en el pozo.
 - g.- Es evidente que todo ello obedezca a una finalidad de atentar contra su libertad sexual.

h.- La existencia de fuerza física a la que alude la sentencia en el relato de hechos probados no puede ser sino una inferencia lógica e incuestionable de la falta de consentimiento de Diana de la que se ha partido en todo momento.

i.- La hipótesis de que la víctima hubiera consentido este traslado, que se hubiera prestado voluntariamente a acompañar al acusado en el viaje en coche y luego a la nave es rechazada por el jurado.

j.- El acusado tiró el teléfono de la víctima al mar, lo que es simplemente absurdo que hubiera ocurrido contando con la voluntad de la víctima y revela necesariamente que durante el traslado la víctima estaba sojuzgada por el acusado.

k.- Que la víctima decidiera, avanzada la noche, irse voluntariamente con una persona desconocida y radicalmente ajena a sus circunstancias personales a un lugar desconocido, aislado, sin iluminación y lleno de porquería es de una inverosimilitud absoluta.

l.- No es preciso describir el concreto acto contra la libertad sexual. La inferencia que se obtiene es evidente y el art. 140.1.2º CP solo exige la comisión previa de un delito contra la libertad sexual, lo que se infiere de la prueba practicada.

ll.- Se trata de inferencias lógicas desde los hechos inequívocos que han sido puestos de manifiesto como ya se argumentó. No se trata de condena arbitraria, ni se vulnera el principio acusatorio ni el derecho a la presunción de inocencia.

m.- El acusado cometió actos de contenido sexual que no se han podido precisar, que quería realizar y que las circunstancias por él buscadas o provocadas le permitían realizar y cuya perpetración es coherente con la desnudez de la víctima

n.- El Jurado no asume la tesis de la agresión sexual sino que admite la realización de actos de contenido sexual en contra de la voluntad de la víctima, en cualquier caso encajables en alguno de los tipos de los artículos 178 y siguientes del Código Penal. Pero es irrelevante su mejor y mayor determinación a los efectos del art. 140.1.2º CP.

Podemos entender, en consecuencia, que las máximas de experiencia llevan a la convicción de la forma en que se desarrollaron los hechos, que el móvil era de contenido sexual, que la introdujo en el vehículo viva, y que la finalidad de llevarla a la nave era atentar contra la libertad sexual de Diana. No otro fue, o pudo ser, el objetivo, tal cual se ha expuesto. Apareció tiempo después desnuda en el pozo y con las bragas en el mismo. En modo alguno murió desnucada como se sostiene y en el primer lugar de encuentro.

La coherencia argumentativa del TSJ analizando la prueba tenida en cuenta por el Jurado y la sucinta exposición y razonamiento deductivo son suficientes a los efectos de enervar la presunción de inocencia.

Al final, el resultado del proceso valorativo llevado a cabo por el Tribunal descansa, también, en las máximas de experiencia, como mecánica operativa para llevar a cabo el proceso deductivo que permite llegar al Tribunal a una conclusión basado en la recogida de datos expuestos en el juicio que por un proceso intelectual le permiten seguir un iter discursivo que desemboca en la conclusión a la que llega.

Por ello, resulta de interés y necesidad en este caso fijar esta vía de utilizar las máximas de experiencia en casos como el que aquí nos ocupa, por lo que debemos desarrollar la doctrina de esta Sala y del TC que la apoyan. Veamos.

a.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1179/2001 de 20 Jul. 2001, Rec. 491/2000

Puede examinarse en un recurso que las conclusiones a las que llega el Tribunal no son lógicas, y lo que habrá que comprobar es si las “máximas de experiencia” permiten llegar a otra conclusión. Por ello, dependerá de la “motivación del Tribunal” y cómo ha explicado por qué ha llegado a estas conclusiones y no otras. No se trata de comparar cuáles son las “máximas de experiencia” del recurrente comparadas con las del Tribunal, sino si el engarce preciso y coherente de unos indicios con otros permite llegar a esa conclusión. La impugnación podrá venir por el carácter insostenible de esa conclusión a la que llega el Tribunal en razón a la *lógica y coherencia de cómo ha explicado que se desarrollaron los acontecimientos*.

“En el ámbito del control casacional en relación a la prueba indiciaria se satisface con la verificación de que las conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora sean lógicas y ajustadas a las máximas de experiencia, aunque cupieran otras igualmente lógicas --STC de 4 Jun. 2001-).”

b.- Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 124/2001 de 4 Jun. 2001, Rec. 4703/1997

Doctrina del TC sobre el derecho a la presunción de inocencia y su plasmación en la sentencia incluyendo la “lógica y la experiencia” como modelo de facilitar la conclusividad del juez o Tribunal.

“Doctrina sobre el derecho a la presunción de inocencia, concebida como regla de juicio, que en esta vertiente y en sede constitucional entraña el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica (como hemos dicho, con unas u otras palabras, en las SSTC 174/1985, de 17 Dic., FJ 2; 109/1986, de 24 Sep., FJ 1; 63/1993, de 1 Mar., FJ 5; 81/1998, de 2 Abr., FJ 3; 189/1998, de 29 Sep., FJ 2; 220/1998, de 17 Dic., FJ 3; 111/1999, de 14 Jun., FJ 2; 33/2000, de 14 Feb., FFJJ 4 y 5, y 126/2000, de 16 May., FJ 12) que toda Sentencia condenatoria:

a) debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal;

b) tal sustento ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la Ley y a la Constitución;

c) practicados normalmente en el acto del juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles;

d) *valorada, y debidamente motivada, por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia.*

También hemos declarado constantemente que la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (SSTC 252/1994, de 19 Sep., FJ 5; 35/1995, de 6 Feb., FJ 3, y 68/2001, de 17 Mar., FJ 5)."

En este escenario, el TC fija el criterio de lo que denomina "*la regla de experiencia*", y esta regla está engarzada con la motivación acerca de la conclusión a la que se llega y su coherencia y lógica por el proceso deductivo.

De esta manera, la irracionalidad del discurso motivador que lleva al juez o Tribunal a una conclusión condenatoria puede ser la base del recurso.

Señala, así, el TC que:

"Nuestra doctrina, partiendo de que en la prueba de indicios lo característico es que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que *permite llegar a éste a través de una regla de experiencia (que consiste en que el sentido común implica que la realización acreditada de un hecho comporta su consecuencia)* ha girado generalmente sobre la razonabilidad de este engarce, aunque afirmando también la necesidad absoluta de que el hecho base o indicio esté acreditado (SSTC 189/1998, 220/1998).

En suma, la especialidad de las presunciones como método probatorio reside en que, en el proceso penal, la acreditación de la conducta punible, es decir de los presupuestos fácticos que configuran la conducta típica y de la participación en ellos del acusado, se produce no a través de la valoración de un medio de prueba directo, sino de la acreditación de otra afirmación de hecho de la que puede desprenderse, en un proceso de razonamiento lógico, tales presupuestos. Si, con carácter general, hemos mantenido que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia puede producirse tanto cuando no existan pruebas de cargo válidas, como cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o cuando el discurso motivador sea irrazonable por ilógico o insuficiente, cuando se trata de la denominada prueba de indicios, la exigencia de razonabilidad del iter discursivo del Tribunal cobra una especial trascendencia pues, en estos casos, por aplicación de nuestra doctrina, es preciso analizar, desde el límite enunciado al principio, tanto que el hecho base ha resultado probado, como que el razonamiento (en definitiva el engarce entre el hecho acreditado y el hecho presumido) es coherente, lógico y racional. Esta es la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas. Aquélla implica una verdadera manera de acreditar un hecho delictivo y la participación que en él tuvo el recurrente. Éstas no son sino suposiciones que no logran desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia.”

Concluye el TC con respecto al tema que ahora es objeto de análisis que:

“Para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicita el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o, como sostuvimos en la STC 169/1986, de 22 Dic. (FJ 2), en una «comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes.»

Y dentro de la temática que estamos tratando es relevante la conclusión que, finalmente, se cita acerca de que:

“Con arreglo a criterios comunes de experiencia, no puede inferirse...”

Esta es una expresión base que puede articularse en un recurso centrado en combatir la “máxima de experiencia” alcanzada por el juez o Tribunal. Así, el recurrente condenado plasmará que la inferencia no puede llevar a la conclusión de la condena por no ser ese el *criterios comunes de experiencia* de que si esos son los indicios la conclusión no puede ser a la que se llega.

c.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 343/2014 de 30 Abr. 2014, Rec. 1115/2013

De todos modos, la clave a va a estar situada en el proceso motivador del juez o Tribunal, y en su explicación acerca de por qué alcanza esa conclusión. Otra puede ser la que exponga el recurrente, pero a la hora de impugnar el contenido de la sentencia la queja no puede girar sobre la conclusión alcanzada, sino más sobre el proceso motivador expuesto por el juez o tribunal, y si con arreglo a los parámetros de la *experiencia, reglas de la lógica y principios científicos* se sostiene esa conclusión y la motivación que expone.

Con respecto a los principios científicos se basa en el terreno de la ciencia y las conclusiones que de ello se extrae y que pueden tener su base en la prueba pericial expuesta y explicada científicamente y la valoración que de ello haga el juez o Tribunal.

“El ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, *es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios*

científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena”.

Añade esta sentencia sobre las “máximas de experiencia” que:

Hay que recordar que por tales " máximas de experiencia " o reglas de vida, también llamados estándares por el derecho anglosajón deben de entenderse:

a.- *Juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto a decidir en el proceso, juicios que han sido adquiridos mediante la experiencia, pero que son autónomos de los casos singulares de cuya observación se infieren .*

b.- *La máxima de experiencia representa una inducción, una conclusión obtenida de los casos particulares y de percepciones singulares.*

c.- *Las máximas de experiencia son un juicio inductivo obtenido de las conclusiones de una serie de hechos aislados y análogos que obviamente no garantizan urbe et orbi la verdad de la conclusión alcanzada en el caso concreto enjuiciado. Obtenidas del examen de una serie de hechos, tales "máximas de experiencia" ya no son hechos , sino reglas o normas complementarias utilizables por el Juez.*

El origen de tales máximas de experiencia es doble:

a.- En unas ocasiones es la propia Ley la que se remite a ellas, como ocurre con los conceptos de buena fe, diligencia de un buen padre de familia, la noción de temeridad, moral u orden público, o el principio de la sana crítica, y así lo podemos verificar en el art. 384 de la LECivil , cuando se nos dice que el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica o el art. 386 en el que en relación a las prevenciones judiciales se exige un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

b.-En otras ocasiones es el propio Juez el que debe aplicarlas para completar su juicio en relación al caso concreto como ocurre con los usos provenientes de la técnica de los usos de la vida social, del comercio o de la industria, como puede ocurrir con la exigencia de que el engaño de la estafa sea "bastante" .

En definitiva, *las máximas de experiencia como reglas o normas complementadoras deben ser tenidas en cuenta en el enjuiciamiento y reforzar o corroborar la conclusión alcanzada en el caso enjuiciado, conclusión o juicio de certeza que se inserta en el mundo de las certezas razonables, no absolutas y por ello deben estar sostenidas por un convincente armazón probatorio que la justifique, alcanzando el canon de "certeza más allá de toda duda razonable",* que, recordemos, es el canon exigible tanto por la jurisprudencia del TEDH, del Tribunal Constitucional y de esta propia Sala.”

d.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1074/2004 de 18 Oct. 2004, Rec. 717/2002

“Las conclusiones obtenidas a través de la prueba directa e indiciaria son contundentes y con respaldo en una pluralidad de elementos probatorios, interrelacionados entre sí, que se refuerzan recíprocamente y justifican la convicción de la Sala de instancia, que es razonable, sensata y acorde con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.”

Con ello, se requiere una interrelación entre los elementos probatorios y que de esa conectividad se llegue a una conclusión tenida por habitual en la experiencia judicial habida ante casos similares. La cuestión es que esta “experiencia” puede ser, y de suyo lo es, modificable por el paso del tiempo, ya que las circunstancias de la lógica en el proceso deductivo pueden cambiar con este.

Hay que valorar y evaluar, por otro lado, qué es lo que se entiende por *razonable, sensata y acorde con las reglas de la lógica*, y quién y cómo debe

enmarcar los parámetros para entender lo que es lógico y lo que no lo es, lo que nos llevará a exigir un adecuado proceso motivador que nos despierte que la conclusión a la que se llega es la “previsible” ante las circunstancias que concurren en el caso concreto.

El problema nos viene ante la determinación abstracta de lo que es en ese momento “la máxima de experiencia”, y si se puede producir un cambio de esa “máxima de experiencia” si el transcurso del tiempo permite llegar a otra conclusión por la adaptación de la respuesta judicial y su conclusión a un tiempo en el que esas “máximas” pueden ser otras distintas que aquellas otras que se tuvieron en cuenta cuando se resolvió caso semejante, pero en época pretérita.

Por ello, nos enfrentamos ante un concepto jurídico indeterminado que es moldeable por el transcurso del tiempo, y que tiene su clave en que lo que es lógico en un momento temporal o adecuado a las “máximas de experiencia” de ese momento puede no serlo en otro posterior, lo mismo que ocurre con la lógica. Lo relevante será, pues, la motivación del Tribunal acerca de por qué, - y aquí está la clave- con esos elementos probatorios en sus manos, el juez o tribunal llegó a esa conclusión y no a otra distinta.

e.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 253/2009 de 11 Mar. 2009, Rec. 369/2008

“Es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados, mediante prueba de la llamada directa, y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.”

En esta sentencia se incide en la motivación como pieza clave en el engranaje de la respuesta ante la interpretación de las “máximas de experiencia”. Además, se añade el concepto de la “fiabilidad” de la máxima de

experiencia, lo que queda enlazada esta acepción con que se motive por qué se llega a esa conclusión, precisamente para hacerla “fiable”.

En la misma línea, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 913/2012 de 14 Nov. 2012, Rec. 10264/2012:

“Las alegaciones de la parte recurrente sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constanding siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011, entre otras).”

También, en Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 762/2013 de 14 Oct. 2013, Rec. 10118/2013.

f.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 608/2013 de 17 Jul. 2013, Rec. 1589/2012

“Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminatorio, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.”

Con ello, acudimos a lo que ya hemos comentado en tanto en cuanto que no puede acudir, a la hora de analizar lo que es, y cómo se interpreta la

máxima de experiencia, a conceptos o interpretaciones puramente subjetivas del juez o Tribunal, sino que se hace preciso una apreciación objetivable de los mismos que por la generalidad de las personas se hubiera llegado a una conclusión semejante, y en el momento temporal a que se llega a esa conclusión.

g.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 46/2012 de 1 Feb. 2012, Rec. 11498/2011

En esta sentencia se toma en cuenta la “máxima de experiencia” para poder valorar un dictamen pericial, añadiendo de forma excepcional el concepto del “sentido común”, que puede asociarse al anterior.

“El Tribunal es, por tanto, libre a la hora de valorar los dictámenes periciales; únicamente está limitado por las reglas de la sana crítica -que no se hallan recogidas en precepto alguno, pero que, en definitiva, están constituidas por las *exigencias de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia y, en último término, el sentido común*- las cuáles, lógicamente, le imponen la necesidad de tomar en consideración, entre otros extremos, la dificultad de la materia sobre la que verse el dictamen, la preparación técnica de los peritos, su especialización, el origen de la elección del perito, su buena fe, las características técnicas del dictamen, la firmeza de los principios y leyes científicas aplicados, los antecedentes del informe (reconocimientos, períodos de observación, pruebas técnicas realizadas, número y calidad de los dictámenes obrantes en los autos, concordancia o disconformidad entre ellos, resultado de la valoración de las otras pruebas practicadas, las propias observaciones del Tribunal, etc.); debiendo éste, finalmente, exponer en su sentencia las razones que le han impulsado a aceptar o no las conclusiones de la pericia (STS. 1102/2007 de 21.12)”.

Las conclusiones que se han alcanzado en cada caso dimanar del resultado de la pluralidad de los indicios conectados que se citan, pero, también, de una máxima de experiencia que permita el proceso conclusivo de entender que los hechos ocurrieron tal cual consta en los hechos probados, en

un proceso de inferencia lógico, coherente y suficientemente explicado en cada caso.

Por otro lado, como ya se ha hecho referencia, no es relevante la referencia que se hace constar en el recurso acerca de los datos relativos a otros hechos como los que se citan en relación a otras mujeres, ya que se expone que no es relevante y determinante de la condena y se prescinde de ello para sostener la suficiencia de la prueba tenida en cuenta por el Tribunal para llegar a la convicción del móvil de contenido sexual y de la realización de actos de contenido sexual.

El motivo se desestima.

b.- Sobre la desnudez y lastrado del cadáver

Sostiene el recurrente que “La desnudez es compatible con la tesis de la defensa de que Diana fue cadáver y le sacó la ropa para que no quedaran vestigios.”

Pues bien, frente a la tesis del recurrente resulta irrelevante el estado de la nave, o que se pudiera andar o no, o su luminosidad. Lo cierto y verdad es que fue el lugar elegido, y, posiblemente, ya lo tendría previsto cuando concluyera la detención de una mujer, que en este caso fue Diana.

Y sí que es cierto, pese a que el recurrente sostenga lo contrario, que el hecho del abandono y del aislamiento de la nave, hace presumir al Tribunal que la llevó allí para “continuar la sujeción de la víctima a sus propósitos”.

Pues bien, destaca al respecto el TSJ en el FD nº 13 que:

“La sentencia destaca la desnudez como un elemento indiciario de sustancial relevancia para tener por acreditada la realidad de un acto contra la libertad sexual de la víctima. Y destaca igualmente que la braga de Diana

apareciera en el interior del pozo, contradiciendo lo indicado por el acusado quien afirmó que desnudó a Diana pero que no le quitó la braga.

Evidentemente que el cadáver estuviera totalmente desnudo contradice la manifestación y el propósito expresado por el acusado: ni la braga habría estado en contacto con el vehículo ni el acusado dejó aquella en el cuerpo de Diana, lo que necesariamente lleva a afirmar, que José Enrique quitó la braga a Diana.

El Jurado acoge una versión de los hechos razonable, como indica la sentencia; la versión del acusado no se compadece con su inicial manifestación de que no le quitó la braga a Diana y no cabe duda alguna que el hecho de que no tuviera puesta la braga refuerza la convicción de un ataque a la libertad sexual de Diana, amén de no ser necesaria para los fines perseguidos por el acusado al quitar la ropa que vestía Diana.

Sobre la contingencia de que la braga cayera de forma fortuita al pozo se trata de una posibilidad, simplemente eso, pero tal circunstancia no ha sido asumida por el Jurado y el razonamiento que expone el Jurado es razonable y lógico; José Enrique desnudó por completo a Diana y tal extremo, se reitera, contradice su posición justificadora de la retirada de la ropa a Diana. Pero la posición definitiva que este concreto aspecto merece la ofrece certeramente la sentencia.

El resto del alegato se centra en fijar el momento en que el cadáver fue lastrado y si había luz para darse cuenta de que el cadáver no tenía la braga. Son posiciones defensivas que en modo alguno contradicen la racionalidad de la valoración que lleva a cabo el Jurado de la circunstancia de que el acusado quitara la braga a Diana no de modo fortuito y que, por consiguiente, desde esa lógica y racionalidad, debe ser respetada.”

En consecuencia, se puede concluir que:

1.- Ni la braga habría estado en contacto con el vehículo ni el acusado dejó aquella en el cuerpo de Diana, lo que necesariamente lleva a afirmar, que José Enrique quitó la braga a Diana.

2.- No cabe duda alguna que el hecho de que no tuviera puesta la braga refuerza la convicción de un ataque a la libertad sexual de Diana, amén de no ser necesaria para los fines perseguidos por el acusado al quitar la ropa que vestía Diana.

3.- José Enrique desnudó por completo a Diana y tal extremo, se reitera, contradice su posición justificadora de la retirada de la ropa a Diana. Pero la posición definitiva que este concreto aspecto merece la ofrece certeramente la sentencia.

4.- Con respecto al hecho de que el cadáver fue lastrado y si había luz para darse cuenta de que el cadáver no tenía la braga no se trata de extremos relevantes que puedan alterar la convicción o conclusión a la que llega el Tribunal.

5.- El jurado no acepta la tesis de la defensa de que José Enrique no desnudó a una persona viva, sino a un cadáver para ocultar vestigios.

Lo que el recurrente entiende que es una opción más verosímil en el planteamiento que formula no puede aceptarse en esta sede casacional cuando la motivación del jurado es correcta y razonada y, también, lo es el efectuado por el TSJ en su sentencia, ya que en esta sede no puede procederse a un juicio de comparación entre lo que postula el recurrente y el resultado final expuesto en la sentencia si esta es coherente, lógica racional y está correctamente valorada la prueba.

Es el mismo planteamiento que ha hecho al comienzo de su exposición en el recurso el recurrente cuando hace referencia a que la sentencia no tiene motivación, pretendiendo postular una motivación subjetivista en su recurso al

objeto de mantener los postulados que sostiene en cuanto a la forma en que ocurrieron los hechos.

No obstante la convicción del jurado no ha sido la misma en cuanto a la forma de acaecimiento de los hechos que postula el recurrente, sino la que plasma en los hechos probados el Magistrado-Presidente tras las respuestas que da el jurado en el veredicto aceptado por unanimidad.

El motivo se desestima

c.- Sobre el estrangulamiento utilizando una brida.

Vuelve a insistir en este punto el recurrente en la falta de imparcialidad, objetividad y veracidad de los médicos forenses que practicaron la autopsia, así como pone en duda la pieza de convicción consistente en la brida asegurando que “no existió cadena de custodia”, y que las mediciones de la misma no concuerdan; añade que la ubicación de la brida en el cadáver no se corresponde con la sostenida por los forenses, siendo manipulada por ellos; que la fractura de hioides no es prueba inequívoca del estrangulamiento; que las avulsiones cervicales tampoco; que la causa del fallecimiento de Diana fue el desnucamiento (traumatismo cervical con dislocación de vértebras) y por tanto fue debido a un daño neurológico.

Pues bien, dedica el TSJ el FD nº 15 a tratar y analizar el presente apartado del recurso señalando al respecto que:

“En primer lugar, se discrepa del informe de autopsia de 18 de marzo de 2018 por cuanto éste da a entender “que el cráneo estaba separado de la región torácica en el interior del pozo y que una brida cerrada -con un diámetro de 9 cm y un extremo libre de 47 cm- se encontró enredada en el pelo a una distancia altamente sugestiva de haber sido situada en la región cervical, conteniendo gran parte de pelo de unos 30 cm de longitud, sin restos biológicos de la víctima ni del acusado por estar lavada al encontrarse suelta en el agua durante tiempo”.

A juicio de la defensa es este un dato sustancial para determinar si la brida fue colocada o no en el cuello de la víctima para ser estrangulada.

Pues bien, en este concreto punto el jurado admite la tesis de la defensa y así en el fundamento jurídico segundo, apartado 1.1. se dice, recogiendo el veredicto, que “Entiende el Jurado que la brida fue el arma homicida por varios motivos.

En primer lugar la brida aparece en el vídeo del levantamiento del cadáver enredado en el cabello de la víctima con una gran parte de pelo dentro de la circunferencia de la brida.

Aunque cuando sacaron el cadáver el cuerpo estaba separado de la cabeza, según las declaraciones del primer buzo y el vídeo en el que meten la cámara en el pozo (antes del levantamiento entendemos que el cuerpo estaba completo”. Y la sentencia, como no podía ser de otro modo, admite esa realidad, la unión de la cabeza al tronco cuando se lleva a cabo el levantamiento del cadáver, con alusión a las declaraciones del buceador B-87311-U quien declaró de forma clara y terminante que percibió que el cadáver tenía unida la cabeza al cuerpo, pero es que, además, el médico forense Sr. FERNÁNDEZ LISTE, dio por cierta que esa fue la información que se le suministró cuando se procedió al levantamiento.

Por añadidura, en la sentencia se recoge que en la “comparecencia del primer equipo forense se señaló que esta hipótesis de la unión entre cabeza y cuerpo era materialmente posible coincidiendo los técnicos en que sería una unión muy frágil y que resulta normal y esperable que se rompiera por los movimientos producidos por la actuación de los buzos”.

Si bien también se consideró posible la hipótesis alternativa. Añade la sentencia que el visionado de las imágenes del levantamiento permite igualmente suponer que la cabeza estaría unida al tronco antes de procederse al mismo; y se concluye afirmando que se negó que las maniobras en el

cuerpo hubieran podido generar el desplazamiento de la brida dentro del pozo. No parece que los forenses tuvieran intención de ocultar ese dato como parece sospechar la recurrente.

En segundo lugar cuestiona la recurrente una pretendida contradicción del Dr. Fernández Liste acerca de la emergencia de un trozo de cuero cabelludo. Nada en la sentencia se dice acerca de este detalle de modo que su consideración deviene inocua.

En tercer lugar la recurrente dedica gran esfuerzo para razonar la ubicación del pelo en el que estaba enredada la brida cuando se produce el levantamiento del cadáver. Es también indiferente que se diga que la brida se encontraba o no, en el momento de llevar a cabo la autopsia, en la región occipital o cervical. Evidentemente la exposición de las distintas partes del cadáver en el momento en que se lleva a cabo la autopsia no determinan que esa era la posición de las mismas en el instante inmediatamente anterior al levantamiento del cadáver.

La sentencia da por cierta la unión del cuero cabelludo al cráneo sobre la base de las declaraciones no solo del Sr. Fernández Liste sino también de los forenses que intervinieron en la autopsia y así se indica que “[...] el jurado menciona concretamente lo que constituye la base fiable y determinante de la respuesta a tal cuestión: El extremo antes citado del informe de autopsia (“EXAMEN EXTERNO-2”, folio 3959) que expresamente refiere esta unión entre cráneo y cabello, lo que fue reiterado en varias ocasiones de la comparecencia de los forenses que asistieron al levantamiento (1,02,30 ó 1,07,10 del día 21, por ejemplo)”.

Las apreciaciones de la recurrente acerca del lugar exacto donde se encontraba el pelo y la brida en el momento del levantamiento se antojan indiferentes pues es razonable considerar movimientos en las partes del cadáver que desde luego no pueden ser consideradas como determinantes sobre la exacta ubicación de aquellos en el pozo y, tampoco es razonable, que la colocación de aquellos restos en la diligencia de autopsia o en el

levantamiento del cadáver puedan ser considerados como base para desvirtuar el informe forense, como parece pretender la defensa.

Conviene traer a colación cuál ha sido la argumentación de la sentencia para considerar la brida como arma homicida.

No se cuestiona la existencia de la misma en el momento en que se procede al levantamiento del cadáver, extremo sobre el que se pronuncia la sentencia al indicar “El jurado menciona la evidencia de su existencia a través de la grabación del momento del levantamiento del cadáver, [...] en la que en el minuto 11,20 del pozo donde fue hallado el cadáver se extrae el cráneo, al que está unido el cabello, enredado con el cual está la brida”; además se razona sobre la defectuosa, por no exhaustiva, configuración del acta de levantamiento que omitió referencia a la presencia de la brida. Sobre la configuración con la que apareció la brida al emerger del pozo se dice que fue el Dr. Fernández Liste el que se hizo cargo de la brida desde el primer momento, que la misma emergió cerrada, configurando un círculo irregular y un largo extremo libre, precisándose en el informe de autopsia (“EXAMEN EXTERNO-2”, folio 3959) y en la declaración de sus autores en la sesión del día 21, sus dimensiones (9 cms. de diámetro aproximado de ese círculo y 47 cms. de longitud del extremo libre desde el cierre), lo que es coherente con la dimensión de “unos 70 cm” que consta en el dictamen nº 18-00177 del Servicio de Biología del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (folios 2981-2985), como un elemental cálculo permite comprobar”.

Se hace alusión al informe de autopsia donde se refiere que la brida estaba enredada en el pelo -quizás habría que invertir los términos y señalar que era el pelo el que estaría enredado en la brida- y se añade, con referencia a las manifestaciones del Dr. Blanco Pampín que se aprecia con referencia a la foto “C Fotografías levantamiento y autopsia>Forense>Fotografías>Fotos autopsia>P1020304” que la brida rodea una buena parte de la mata de cabello de la víctima en consonancia con las apreciaciones de los forenses presentes en la diligencia de levantamiento del cadáver.

Es muy relevante la alusión que hace la sentencia a la presencia de cabellos unidos a la zona de cierre o corredera de la brida, extremo que el jurado llega a interpretar como que en el cierre de la brida quedaron atrapados pelos, posición de la que difiere la recurrente pero que desde luego, asumida por el Jurado, adquiere una capital importancia sobre la utilización de la brida y el cierre atrapando cabellos de Diana.

Aborda la sentencia la tesis de la defensa, que parece ahora reproducir, cuestionando la unión del pelo al cráneo sobre la base de la interpretación de diversas fotografías, zanjando la sentencia la cuestión aludiendo a que el pelo estaba enredado en el cráneo por la zona de la cara -lo que es cierto, como se ve con nitidez en la grabación- y que no estaba sujeto por cuero cabelludo a la nuca, pero esta interpretación de las imágenes no fue compartida por los técnicos, ni es algo que las mismas revelen necesariamente a un observador imparcial, habiendo explicado el Dr. FERNÁNDEZ LISTE que efectivamente no hay una imagen que recoja con nitidez esta unión entre cabello y cráneo a través del cuero cabelludo de la zona occipital, pero que así era, como reiteró en todo momento.

La sentencia razona igualmente sobre la base del testimonio del buceador B-87311- U, que el cabello se encontraba unido al cráneo a través del cuero cabelludo y si bien tal afirmación puede tener contradictorios testimonios, la sentencia concluye que el jurado se ha basado en el contenido de la prueba técnica médica, verdadero basamento de las conclusiones alcanzadas y cuyo rigor no puede ser cuestionado con argumentos apoyados en impresiones derivadas del visionado de fotografías al margen de otros dictámenes de naturaleza igualmente técnica, inexistentes en el devenir procesal de la causa.

En definitiva, resulta intrascendente que la brida se encontrara en la región cervical porque tal dato resulta de imposible verificación una vez manipulado el cadáver en la diligencia de levantamiento y es lo cierto que tal argumento no es el que ha sido acogido por el Tribunal sino que existía pelo adherido a partes blandas en la región cervical, cuestión diferente. Por otro

lado el que la muerte de Diana se causara con la brida resulta de los informes médico forenses, “tanto inicial de autopsia, obrante al folio 3958 y siguientes, emitido por forenses del Instituto de Medicina Legal de Galicia (IMELGA); el complementario de 5/10/18, al folio 4511, elaborado por ese primer equipo de forenses (Sres. FERNÁNDEZ LISTE, MONTEAGUDO y SERRULLA) que había realizado la autopsia; y el de 29/10/18 elaborado (folio 4532) a requerimiento judicial por un segundo equipo conformado por el jefe del Servicio de Patología del IMELGA Sr. BLANCO PAMPIN, por otros forenses que colaboraron en el informe y por un matemático”.

En las conclusiones alcanzadas se determina el estrangulamiento con la brida como probable causa de la muerte, posición ajustada al contenido de la prueba, precisamente el único aspecto que a la Sala le compete determinar, el ajuste del razonamiento del Jurado y conclusiones alcanzadas por la sentencia a la prueba practicada, lo que expresamente podemos afirmar.

Sobre la ausencia de la brida, aspecto que vuelve a exhibir la recurrente, ya nos hemos pronunciado ut supra.

Otro aspecto que destaca la defensa es el atinente a la ausencia de restos biológicos en la brida pero tal cuestión obtuvo cumplida respuesta en la sentencia sobre la base de la prueba practicada y en tal sentido se dice en la sentencia que “Las respuestas de los médicos forenses (ejemplo, minutos 43 y 1,56,35 del día 21) fueron uniformes en mantener que las posibilidades de obtención de ADN eran ínfimas -en ese objeto o también, por ejemplo, respecto de hipotéticos restos del acusado, y concretamente semen, en el cuerpo de la víctima- dado el efecto de lavado que produjo el agua durante muchos meses y que respecto de la presencia de ADN de la víctima en su braga -lo que consideraron un tanto inesperado- explicaron que era muchísimo más probable que se encontrara allí ADN de ella que de una tercera persona, en la hipótesis de que este ADN ajeno hubiera llegado a existir.

Es decir, que estamos ante un dato inexpresivo, neutro, que nada demuestra ni refuta respecto del uso de la brida, lo que es extensible a la ausencia de ADN del acusado en cualquiera de las muestras analizadas”.

La respuesta dada a la alegación efectuada por la defensa es razonable y se ajusta a la prueba practicada por más que las circunstancias puestas de manifiesto por la recurrente pudieran ser igualmente ponderables, pero como se dijo anteriormente no se está en esta fase procesal en la posición de reinterpretar la prueba practicada sino simplemente en la verificación de que lo realizado por el Tribunal se ajusta a cánones de razón y en tal sentido la respuesta es positiva. La contestación dada por el tribunal es razonable desde la consideración de la prueba practicada que, a juicio de la Sala, resulta adecuadamente ponderada.

Y es que, en definitiva y poniendo de relieve todo lo que late en el recurso, la interpretación de la prueba corresponde al Tribunal de legos, no a esta Sala, y no es posible reinterpretar la valoración de la prueba sino solo, reiteramos por enésima vez, enjuiciar el juicio que sobre aquella ha desarrollado el Tribunal en términos de razón y lógica.

En relación al dato de que la fractura del hueso hioides no es prueba del estrangulamiento tampoco es cuestión que la sentencia haya ponderado más allá de considerar que simplemente es coherente con el mismo cuando ha sido causado con la brida. En el punto 1.9 de la sentencia se razona sobre la fractura del hueso hioides y se afirma que la circunferencia que presentaba la brida sería incompatible con la integridad de ese hueso, sobre la base del informe emitido por el Sr. Blanco Pampín; y que la fractura del hioides es compatible con una presión en el cuello aunque no puede diagnosticarse que esa haya sido la causa de la muerte. De lo anterior se deduce que si bien puede romperse el hioides sin estrangular no es menos cierto que su ruptura puede derivar de una maniobra de estrangulamiento, lo que se ha tenido por cierto a la vista de lo razonado en la sentencia, conclusión perfectamente razonable y ajustada al contenido de la prueba.

En cuanto a la avulsión de las vértebras, efectivamente el jurado descarta la tesis de los médicos forenses pero la sentencia concluye que es un dato neutro que ni afirma ni niega la realidad de la colocación de la brida.

La construcción del recurso continúa exponiendo la tesis de la defensa que vuelve a incidir en el dato de que la muerte se produjo en Pobra de Caramiñal en la forma que se ha indicado, por desnucamiento.

Debemos reiterar que no estamos en este caso en la tesitura de elegir entre dos o más versiones de los hechos, lo que compete al Tribunal de legos, sino en verificar la racionalidad de la solución alcanzada.

Es más, aunque nos llegara a parecer más razonable la tesis de la defensa, posibilidad que solo admitimos a efectos dialécticos, no podríamos alterar al parecer del Jurado cuando el mismo se asienta en postulados de razón y lógica. Sentado lo anterior resulta, por consiguiente, inaceptable ponderar la tesis de la defensa cuando la que ha ofrecido el Tribunal se acomoda al contenido de la prueba practicada desde postulados de lógica y razón. En cualquier caso resulta muy aventurado discernir sobre la tesis de la defensa cuando la misma no se apoya en prueba pericial médica sino que se fundamenta en datos que, en opinión de los facultativos, llevan precisamente a admitir como cierta la posición contraria.”

Por todo ello, la explicación verosímil y alternativa que postura el recurrente no entra en el marco del recurso de casación, ya que supone una opción que plantea de carácter personalísimo y en base a los contraindicios que él mismo ha referido en su recurso, pero sin que ello tenga la virtualidad de alterar el resultado valorativo de la prueba efectuada en este caso el tribunal del Jurado.

Con respecto al estrangulamiento con la brida, que es un hecho probado basado en la valoración de la prueba que hace el jurado, es motivado y reflejado por el Magistrado-Presidente en su sentencia y es analizado el proceso de racionalidad la valoración de la prueba por el TSJ, lo cual es una

conclusión que cuestiona de igual manera el recurrente, pero lo hace poniendo en duda, del mismo modo, la conclusión a la que llega el médico forense, lo cual supone una visión subjetivista de cómo ocurrieron los hechos en contra de lo que constituye el informe pericial, siendo irrelevante que la parte recurrente no hubiese podido aportar una prueba pericial contradictoria con el informe que desarrolla el médico forense, cuya conclusión fue elemento decisivo para la convicción a la que llega el jurado.

No existe constancia alguna, pese a lo expuesto por el recurrente, de que se hubiera vulnerado la cadena de custodia respecto de la brida, y frente a la posición del recurrente, la brida que se encuentra es la misma que fue utilizada, sin que exista una diversidad que provoque la duda acerca de que fue la empleada por el recurrente para perpetrar el crimen de Diana.

Cuestiona, así, el recurrente de forma extensa en su recurso todo lo relativo a la causa de la muerte y la utilización de la brida, así como el resultado del informe de autopsia y el informe forense emitido en el juicio oral, no existiendo, en base al contenido de su recurso, datos relevantes que permitan alterar el resultado de la valoración de la prueba, ya que en esta sede de casación no se puede proceder a una revaloración de la prueba, sino al examen de la analizada por el TSJ en su sentencia en el proceso de análisis de la racionalidad de la valoración probatoria.

Por todo ello, las conclusiones que podemos extraer en este punto serían las siguientes:

1.- La brida fue analizada por el forense y relatado en su informe expuesto en el juicio oral, no admitiéndose la queja del recurrente respecto de la misma, ya que se pudo interrogar al perito sobre los extremos que se entendían necesarios, y es el propio recurrente el que admitió no haber aportado prueba pericial complementarias, que en cualquier caso ya constaba en la judicial, no existiendo dato alguno que permita hacer dudar de la honradez profesional de los peritos, pese a haberlo alegado el recurrente reiteradamente. No hay manipulación de las pruebas respecto de la brida.

No hay constancia de ello y se analiza lo que se encontró.

2.- La brida aparece en el vídeo del levantamiento del cadáver enredado en el cabello de la víctima con una gran parte de pelo dentro de la circunferencia de la brida.

No puede cuestionarse la regularidad de la cadena de custodia respecto de la brida, aspecto analizado en la sentencia, ya que no hay datos que evidencien la duda de una alteración en la misma y que la analizada fue la encontrada. Lo cierto y verdad es que se encontró una brida en relación al cuerpo de la víctima y los forenses lo relacionan con la forma y modo en que pudo perpetrarse el estrangulamiento.

Se trata de una conclusión ajustada a la prueba practicada, pese al distinto parecer del recurrente.

3.- La sentencia admite la unión de la cabeza al tronco cuando se lleva a cabo el levantamiento del cadáver, con alusión a las declaraciones del buceador B-87311-U quien declaró de forma clara y terminante que percibió que el cadáver tenía unida la cabeza al cuerpo.

4.- El médico forense Sr. FERNÁNDEZ LISTE, dio por cierta que esa fue la información que se le suministró cuando se procedió al levantamiento.

5.- La unión entre cabeza y cuerpo era materialmente posible coincidiendo los técnicos en que sería una unión muy frágil y que resulta normal y esperable que se rompiera por los movimientos producidos por la actuación de los buzos.

6.- Se negó que las maniobras en el cuerpo hubieran podido generar el desplazamiento de la brida dentro del pozo. No parece que los forenses tuvieran intención de ocultar ese dato como parece sospechar la recurrente.

7.- Resulta indiferente que se diga que la brida se encontraba o no, en el momento de llevar a cabo la autopsia, en la región occipital o cervical. Evidentemente la exposición de las distintas partes del cadáver en el momento en que se lleva a cabo la autopsia no determinan que esa era la posición de las mismas en el instante inmediatamente anterior al levantamiento del cadáver.

8.- Unión del cuero cabelludo al cráneo sobre la base de las declaraciones no solo del Sr. Fernández Liste, sino también de los forenses que intervinieron en la autopsia.

9.- Las apreciaciones de la recurrente acerca del lugar exacto donde se encontraba el pelo y la brida en el momento del levantamiento se antojan indiferentes, pues es razonable considerar movimientos en las partes del cadáver que desde luego no pueden ser consideradas como determinantes sobre la exacta ubicación de aquellos en el pozo.

10.- Es muy relevante la alusión que hace la sentencia a la presencia de cabellos unidos a la zona de cierre o corredera de la brida, extremo que el jurado llega a interpretar como que en el cierre de la brida quedaron atrapados pelos.

11.- La sentencia razona igualmente sobre la base del testimonio del buceador B-87311- U, que el cabello se encontraba unido al cráneo a través del cuero cabelludo y si bien tal afirmación puede tener contradictorios testimonios, la sentencia concluye que el jurado se ha basado en el contenido de la prueba técnica médica

12.- Resulta intrascendente que la brida se encontrara en la región cervical, porque tal dato resulta de imposible verificación una vez manipulado el cadáver en la diligencia de levantamiento.

13.- En las conclusiones alcanzadas se determina el estrangulamiento con la brida como probable causa de la muerte.

14.- Sobre la ausencia de restos biológicos en la brida Las respuestas de los médicos forenses (ejemplo, minutos 43 y 1,56,35 del día 21) fueron uniformes en mantener que las posibilidades de obtención de ADN eran ínfimas -en ese objeto o también, por ejemplo, respecto de hipotéticos restos del acusado, y concretamente semen, en el cuerpo de la víctima- dado el efecto de lavado que produjo el agua durante muchos meses y que respecto de la presencia de ADN de la víctima en su braga -lo que consideraron un tanto inesperado- explicaron que era muchísimo más probable que se encontrara allí ADN de ella que de una tercera persona, en la hipótesis de que este ADN ajeno hubiera llegado a existir.

15.- En relación al dato de que la fractura del hueso hioides no es prueba del estrangulamiento, si bien puede romperse el hioides sin estrangular no es menos cierto que su ruptura puede derivar de una maniobra de estrangulamiento, lo que se ha tenido por cierto a la vista de lo razonado en la sentencia, conclusión perfectamente razonable y ajustada al contenido de la prueba. La circunferencia que presentaba la brida sería incompatible con la integridad de ese hueso, sobre la base del informe emitido por el Sr. Blanco Pampín. La oposición del recurrente a este hecho queda contrarrestada con la conclusión a la que llega el jurado extraído de la pericial.

16.- El jurado rechazó la tesis de la defensa de que la muerte se produjo en Pobra de Caramiñal por desnucamiento. La conclusión obtenida y reflejada en los hechos probados es coherente con la prueba practicada, pese a que el recurrente construya una teoría sosteniendo dudas e incompatibilidades sobre las conclusiones alcanzadas en torno a que la brida no tenía restos biológicos, que la brida nunca estuvo en el cuello de Diana, y que estaba suelta en el agua, intentando sostener una ajenidad de la misma a los hechos investigados.

17.- Razón tiene el TSJ cuando afirma que “no estamos en este caso en la tesitura de elegir entre dos o más versiones de los hechos, lo que compete al Tribunal de legos, sino en verificar la racionalidad de la solución

alcanzada”. Esa es la función de la apelación, que ha llevado a tal efecto con precisión, y sin que en sede casacional se pueda ahora optar por una revisión de las conclusiones valorativas, que es lo que se pretende ahora en el recurso al cuestionar el recurrente todo lo relativo a la brida y la convicción acerca de la causa de la muerte y la vía utilizada para acabar con la vida de Diana.

El recurrente sostiene que el alegato que sostiene como prueba de descargo no se valoró en torno a la brida, pero las alegaciones son extremos que se contraponen a la conclusión a la que llega el Tribunal, y, como tal, no es prueba de descargo, sino la versión que expone el recurrente alternativa, u opuesta a la tenida en cuenta por el Tribunal del Jurado, el cual, ante la posición al respecto de cómo se encontró la brida, y la instrumentalización de la misma en relación con el crimen, supone, por sí mismo, desvirtuar el alegato del recurrente que mantiene una tesis contraria respecto a la relación entre la brida y la muerte de Diana, ya que plantea una desconexión que no fue admitida por el jurado, sin que ello suponga vulneración alguna.

Lejos de lo que propone el recurrente en su recurso no se ha invertido la carga de la prueba obligando al acusado a demostrar su inocencia, sino que la prueba practicada ha sido admitida por el jurado como convincente y concluyente, precisamente para tener por enervada la presunción de inocencia, sin que la oposición del recurrente a esta conclusión en cada uno de los extremos declarados probados, y que difieren de la tesis que sostiene el recurrente, suponga vulneración alguna.

Pretender en sede casacional una revisión de la valoración probatoria excede del contenido y alcance de este medio impugnatorio, cuando en el análisis de la sentencia del TSJ, que es la objeto del recurso, se aprecia una motivación suficiente y adecuada en torno a los extremos ya analizados. Y no se trata de que se haya llevado a cabo un análisis parcial de la prueba, sino que se han tenido en cuenta todas las aportadas, aunque la conclusión obtenida dista del planteamiento expositivo del recurrente, que es el que ahora pretende sostener en la misma línea que en sede de apelación, sin que sea argumento que desvirtúe lo declarado probado que el acusado no tenga

recursos económicos para pagar un perito de parte, como se alega en el recurso.

Tanto la cuestión que alega de las fracturas por avulsión de las vértebras del cuello (C1 y C2-C3-C4), como la del hioides, que sostiene el recurrente no suponen argumentos que alteren la convicción del jurado, ya que se incide, de nuevo, en revalorar la prueba. Sobre la base de la alegada dislocación de las vértebras del cuello, el recurrente sostiene que la muerte fue antes de llevarla a la nave, y que no puede descartarse la tesis de la dislocación con daños medular que justifica una muerte repentina. Pero no fue esa la conclusión a la que llega el jurado basada en la prueba de signo contrario que fue tomada en cuenta por el jurado, pese a que el recurrente haya cuestionado la pericial forense.

Es preciso reseñar, también, que con relación a la prueba de descargo que cita el recurrente es preciso recordar que este análisis se realiza por los Tribunales en muchos casos en *el juicio de comparación*. Se trata, así, de llevar a cabo un proceso de *comparación de la prueba de cargo de la acusación y la descargo de la defensa* como si se tratara de un *campo de juego* donde están reflejadas las herramientas que harán decantar la balanza hacia uno u otro lado. Y tras este proceso de “comparación”, el Tribunal lleva a cabo la convicción final de cuál es la prueba que le convence acerca de lo que realmente ocurrió, lo que no tiene que significar que “no se tenga en cuenta”, la prueba de la otra parte, sino que no tiene el rango real, eficaz y efectivo de descargo. Por ello, en ocasiones no se ha exigido que “toda la prueba de descargo” sea examinada, si de alguna manera, con respecto a alguna declaración testifical o pericial, como aquí ocurre, existe explicación suficiente de que el juez o Tribunal considera que los hechos ocurrieron como los declara probados ante la conclusión a la que llega por la prueba que cita, aunque algunos elementos probatorios aportados por la defensa pudieran arrojar lo contrario, pero esta versión no llega a convencerle de que los hechos ocurrieron como se sostiene por los testigos cuyos testimonio no se tiene en cuenta, o documentos que no alteran el proceso mental del juez o Tribunal respecto a aquellos en los que basa su sentencia.

Tiene señalado con reiteración esta Sala del Tribunal Supremo que su papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal a quo. Tampoco se puede desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por quien recurre, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba, (SSTS 399/2013, 8 de mayo; 790/2009, 8 de julio, 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril) o, en palabras contenidas en otros precedentes, siempre que esas alternativas a la hipótesis que justificó la condena no sean susceptibles de ser calificadas como razonables. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables (cfr. SSTS 848/2999, 27 de julio; 784/2009, 14 de julio y 625/2008, 21 de octubre).

Así pues, la línea de la defensa ante un recurso no podría ir por una “sustitución” de la prueba de descargo por la de cargo, sino por la irrazonabilidad del proceso llevado a cabo el Tribunal, o la ausencia absoluta de motivación acerca de la prueba de la defensa, a no confundir con que algún argumento de la sentencia sirva para entender destruido el alcance probatorio de una determinada prueba de descargo que se entiende rechazada por una determinada motivación reflejada en la sentencia.

Se han desestimado, por otro lado, los contraindicios de la defensa en los supuestos en los que han sido planteados en cada caso

Los contraindicios se configuran como la prueba de descargo que ofrece la defensa en los casos de prueba indiciaria sustentada por la acusación.

El contraindicio supone desvirtuar la eficacia probatoria de cada indicio probando determinado extremo que haga que el indicio sea incompatible con el contraindicio. Por ejemplo, el acusado no estaba en el lugar donde señala el indicio. Resulta imposible que fuera el autor del delito.

Si el indicio tiene la virtud de sumar los que son concurrentes para fundar la condena, el contraindicio los resta para que se incumpla el requisito de esta «pluralidad de los indicios» con los que sustentan la condena.

El contraindicio es la contrahipótesis alternativa favorable a la defensa (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 690/2013 de 24 de julio de 2013, Rec. 47/2013).

Si el contraindicio tiene la fuerza de abrir una importante grieta en la estructura racional de la hipótesis fáctica del Ministerio Público, habrá que restar ese indicio en el que la acusación quería sostener (junto con otros) la petición de condena.

Sin embargo, en este caso el contraindicio no ha producido ese efecto de restar la indiciaria concurrente.

Con todo ello, y lejos de lo que sostiene el recurrente no se ha tratado de una sentencia de meras sospechas o conjeturas, sino que ambos Tribunales han cumplido lo que se les exige en estos casos, circunscrito a una explicación razonada y racional acerca de los indicios que concurren y el “poder” de los mismos para poder tener capacidad enervadora de la presunción de inocencia.

Lo que se exige es argumentación suficiente y fijación y citación de los elementos indiciarios que concurren, así como la explicación de que por su suma y conjunción permite alcanzar el rango en el derecho probatorio de prueba suficiente constituida por la relación encadenada de los indicios que en este caso determinan la condena, siendo papel del Magistrado-Presidente explicar en la sentencia que esa concurrencia de indicios determina la

convicción del Tribunal del jurado que les lleva a la admisión de cada uno de los puntos que han sido sometidos a su deliberación y que han votado en sentido favorable a la condena.

Con ello, frente a la queja del recurrente, los indicios sí se citan y han sido expuestos en cada caso, tanto los considerados por el Tribunal del Jurado, como el proceso de valoración del TSJ de la racionalidad llevada a cabo por la sentencia recurrida en apelación; aspectos ambos que se han relacionado y relatado con detalle, como hemos expuesto en la numeración que se relaciona en cada caso en la presente sentencia.

El motivo se desestima.

d.- Asesinato con el propósito de ocultar la comisión de un delito contra la libertad sexual; sobre el hundimiento del cuerpo de Diana

Se lleva a cabo un alegato genérico, que no ataca las inferencias lógicas, en relación a que no se está de acuerdo con el propósito del recurrente de acabar con la vida de Diana para ocultar un delito contra la libertad sexual, pero elaborando un breve pronunciamiento genérico de oposición a esta conclusión del Tribunal.

Sobre ello, señala el TSJ en el FD nº 17º de la sentencia que:

“La sentencia parte de modo inequívoco de que José Enrique causó la muerte a Diana tras haber realizado sobre ella actos de contenido sexual, conforme a lo argumentado. La justificación de tal proceder deviene ineludible al no existir otra motivación, al no aflorar otra justificación para dar muerte a Diana de la manera en que obró, ocultando posteriormente el cadáver en un medio en el que ciertamente la presencia de restos que pudieran delatarle resultaban anulados.

Buena prueba de lo anterior es la actuación posterior de lastrar el cuerpo para que no emergiera, signo evidente de un natural propósito de

ocultar su reprobable acción. De ahí que resulte una inferencia lógica y natural que la muerte de Diana tuviera su causa en la necesidad de ocultar un atentado contra su libertad sexual del que, estando con vida la víctima, resultaría sencillo su comprobación y castigo. Así pues, la realidad de la inferencia impide considerar el quebranto del derecho a la presunción de inocencia que el motivo indicado abriga.”

Se ha explicitado, así, la convicción del jurado en base a la prueba practicada de que el recurrente llevó a cabo actos atentatorios a la libertad sexual de la víctima, y que acabó con su vida de forma alevosa para cubrir y ocultar ese ataque a la libertad sexual de Diana, y que fue por ello por lo que la detuvo en el lugar que consta en los hechos probados, y la condujo a la nave donde tiempo después fue encontrada totalmente desnuda tras haberla atacado sexualmente y causado la muerte con la brida que se encontró, pese al distinto parecer del recurrente.

Se han explicitado, también, de forma extensa todos los datos que conducen a esta convicción. No le cabe duda al jurado de que así ocurrieron los hechos, y así lo votó en el veredicto entregado al Magistrado-Presidente, quien lo motivó debidamente en la sentencia, que ante el recurso de apelación fue resuelto por el TSJ de forma motivada y analizando con detalle todo el proceso valorativo del Tribunal que cuestiona el recurrente y lo reitera en los mismos términos en sede casacional.

La inexistencia de la luminosidad en la nave no es un factor que puede ser tenido en cuenta, sino en sentido contrario el expuesto por el recurrente, ya que una nave de esas características fue buscada de propósito para el fin que perseguía, y resulta realmente incoherente si el acusado comprobó la nalga de la víctima y si llevaba puesta, o no, la braga, ya que resulta evidente que estando los dos en esa nave fue él el que le desnudó y fue él el que le quitó la ropa interior y la arrojó dentro del pozo

Insiste el recurrente en que él no mató a Diana en la nave, sino que ya estaba muerta a raíz del desnudamiento producido bastante tiempo antes, lo

que es una percepción personal de cómo ocurrieron los hechos y que solamente entra dentro del carácter de su exposición, como recurrente, pero no en el que tuvo en cuenta el jurado a la hora de valorar la prueba, la cual fue distinta a la exposición que hace él mismo, y que, como consta de los hechos probados, el recurrente llevó a la nave a Diana y allí perpetró un acto de contenido sexual, y, a continuación, acaba con la vida de ella y la arroja desnuda dentro del pozo, lugar en el que permaneció hasta que fue hallada por la policía, aun con la colaboración del recurrente, pero una vez iniciada la investigación policial, como más tarde se trata.

Hay prueba suficiente que determinó la convicción del jurado de que el recurrente acabó con la vida de Diana, como consta en los hechos probados. Y todo ello para ocultar el ataque a su libertad sexual y evitar que Diana le delatase por lo que había hecho, ocultando su cuerpo en el pozo de una forma despiadada, y completamente desnuda, al haberle atacado sexualmente y dejarla en el pozo durante largo tiempo hasta que fue finalmente localizado con su colaboración como a continuación se analiza.

Esta Sala ya ha expuesto, entre otras, en la sentencia del Tribunal 601/2020, de 12 de Noviembre que “hasta tocamientos fugaces son constitutivos de un delito contra la libertad sexual, por lo que no se exigen actos más graves atentatorios contra la misma para constituir el delito contra la libertad sexual al que se refiere el art. 140.1.2º CP para acudir a la pena de prisión permanente revisable, con lo que la convicción del Tribunal revisada en su racionalidad valorativa por el TSJ cumple la ratio mínima exigida para concluir que por mínimo que fuera ese ataque a la libertad sexual el hecho estaría incluido en el citado precepto que conlleva la punibilidad agravada que se le ha impuesto.

Este carácter de “mínimos” permite subsumir la conducta en un delito contra la libertad sexual que admite aplicarlo al presente caso construido en virtud de la inferencia de que, con la prueba practicada, el juicio deductivo llevó al jurado a admitir que tan conducta, “aunque de mínimos”, como aquí

señalamos, lo que ya ha sido expuesto en la muy reciente sentencia de esta Sala antes citada, donde se expone que:

“Con la STS 524/2020, de 16 de octubre, hemos dicho recientemente que los tocamientos fugaces son constitutivos de delito de abuso sexual. En efecto, la STS 331/2019, de 27 de junio, mantiene que el tocamiento sorpresivo y fugaz o momentáneo no excluye el abuso sexual, sino que, por el contrario, ha de ser considerado como delictivo en el tipo penal de abusos sexuales, apreciado caso por caso, y tomando en consideración el contexto del supuesto concreto.

También se analiza esta cuestión en la STS 38/2019, de 30 de enero. En este caso, el acusado con ánimo libidinoso, llevó a cabo dos acciones de indudable contenido sexual, tal y como recoge la jurisprudencia, que ha considerado como delito de abuso sexual "los tocamientos de diversa índole siempre que afecten a zonas erógenas o a sus proximidades" (STS 1709/2002 de 15 de octubre), como "los tocamientos en zona vaginal o pectoral" (STS 490/2015, de 15 de mayo). Naturalmente, tienen que tratarse de actos de inequívoco contenido sexual.

Hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión, en la Sentencia siguiente: Sentencia del Tribunal Supremo 396/2018, de 26 de julio de 2018, Rec. 2194/2017, que señala que:

“De constar en el factum de la resolución recurrida, con la claridad necesaria, la naturaleza sexual de la acción del recurrente y el ánimo tendencial de la misma, el hecho, aun cuando hubiera sido momentáneo, sería subsumible en el delito de abuso sexual del artículo 181 CP y no en el delito leve de coacciones castigado en el artículo 172.3 CP.

Cualquier acción que implique un contacto corporal in consentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser

constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena.

La segunda, fue la sentencia de esta Sala, la nº 615/2018, de 3 de diciembre, en un caso de víctima menor, y en la que se incide en que: "Los actos de tocamientos a menores en sus órganos sexuales que queden perfectamente descritos en los hechos probados con un evidente contenido sexual no pueden ser calificados en modo alguno como coacciones o vejaciones, sino como delito de abusos sexuales a menores, debiendo adoptarse, como se ha expuesto, la observancia y prevenciones oportunas para detectar este tipo de casos, evitando el sufrimiento de los menores que sean víctimas de estos actos y adopten silencio ante conductas que no comprenden por venir de personas que tienen sobre ellos ascendencia familiar o educativa, destacando el debido reproche y sanción penal de estas conductas con la gravedad que al efecto marca el texto penal.

No puede minimizarse penalmente una conducta tal como la que consta en el hecho probado de que un hombre aborde a una niña por detrás agarrándole el pecho derecho por encima de la ropa. Esta conducta es grave y es abuso sexual. Sea, o no, puntual, el acto de tocamiento a una parte sexual de la mujer es un delito de abuso sexual, no una coacción.

Sentencia nº 632/2019, de 18 de diciembre. En dicha Sentencia se declara que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala –STS 345/2018, de 11 de julio, con cita de otras– el tipo penal del abuso sexual se configura en nuestro ordenamiento enmarcado en los siguientes requisitos: de una parte, un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico, o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual. Este elemento objetivo, de contacto corporal, puede ser ejecutado directamente por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo o puede ser ordenado por el primero para que el sujeto pasivo lo realice sobre su propio cuerpo siempre que el mismo sea impuesto. De otra parte, el subjetivo o tendencial que se incorpora a la sentencia con la expresión del ánimo, o

propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro (...) Cualquier acción que implique un contacto corporal inconsentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena.

En consecuencia, un contacto corporal inconsentido que tenga una significación indudablemente sexual implica un ataque a la libertad sexual. No puede compelerse a soportar un acto no deseado, sino que la propia configuración del acto, el ánimo tendencial que persigue y la naturaleza de la acción desarrollada, interesando zonas erógenas, constituye un ataque a la libertad sexual.

Ha de tenerse en cuenta que el ataque a la intimidad sexual, a la indemnidad sexual, constituye una manifestación del atentado a la dignidad de la persona y al derecho al correcto desarrollo de la sexualidad, sin intervenciones forzadas, traumáticas o solapadas en la esfera íntima de los menores que pueden generar huellas indelebles en su psiquismo.

Como dijimos en la citada sentencia 615/2018, de 3 diciembre, esta Sala incluye en las conductas sancionadas por el tipo del art. 183. 1º del Código Penal, los actos de inequívoco carácter sexual, incluidos tocamientos en la zona vaginal o pectoral, idóneos para menoscabar la indemnidad sexual de las víctimas, es decir su derecho a no verse involucradas en un contexto sexual, y a quedar a salvo de interferencias en el proceso de formación y desarrollo de su personalidad y su sexualidad.”

Ello evidencia que no se exigía un “plus” de conducta atentatoria a la libertad sexual, y que cualquiera que fuera el acto sexual, - por mínimo que fuera- que desplegara en su acción el recurrente forzándola a desnudarla y quitándole su ropa interior para después de hacerlo matarla y arrojarla

desnuda al pozo integra la conducta acertadamente tipificada, por ello, en el art. 140.1.2º CP.

La perversidad del acto es elevada por suponer un desprecio absoluto a la mujer, y a su condición como tal, al abordarla en el lugar donde la detuvo, e introdujo en el vehículo. Todo ello, con el firme y férreo propósito de atentar contra su libertad sexual, -no existe otro móvil acreditado que el sexual, pese a los esfuerzos del recurrente por suscitar el robo- y disponiendo llevarla al lugar donde se dirigió para consumar su atentado a la libertad sexual sin que nadie pudiera hacer nada ni ayudar a Diana, por lo que puede entenderse el “sufrimiento atroz” que tuvo que sufrir la víctima al verse secuestrada por el recurrente, a sabiendas, o pudiendo imaginar, lo que le iba a ocurrir, y estando impotente e indefensa para poder evitar lo que finalmente ocurrió. Es de extrema gravedad el evidente sufrimiento que el recurrente sometió a Diana mientras se desarrollaron los hechos, desde que la detuvo y encerró en el vehículo y la llevó hasta la nave, sacándola del vehículo, sometiéndola a actos de contenido sexual, hasta matarla en la forma ya descrita. La víctima tuvo que sufrir ante la descripción de cómo sucedieron los hechos, y con la indiferencia del recurrente en la ideación y consumación de los hechos que perpetró, pese a ser conocedor del sufrimiento que con su ejecución e indiferencia estaba sometiendo a la víctima a actos execrables y reprochables no solo penal, sino, también, socialmente.

Con ello, la respuesta punitiva del Estado de derecho que sanciona estos hechos con la pena de prisión permanente revisable se acomoda a la gravedad y perversidad del hecho, su mecánica comisiva y el ataque tan grave a una mujer como el que desplegó el recurrente. Tratándola, además, como si fuera un mero objeto, y silenciando durante tiempo lo ocurrido, hasta que no tuvo más remedio de reconocer ante los agentes policiales el lugar donde estaba la víctima, silencio que también daña, como lo hizo, al entorno familiar de Diana, por el sufrimiento de no saber lo que había pasado con ella, y que se agrava de forma desgarradora cuando percibe lo que realmente ocurrió con ella, y el carácter execrable e inhumano con el que fue tratada por el

recurrente, lo que debe suponer el reproche del Estado de derecho y la gravedad de la respuesta punitiva.

Y otro dato importante que no puede ni debe quedar en el olvido es que la víctima fue Diana, pero bien hubiera sido cualquier otra mujer que hubiera pasado por allí esa noche, por la disposición y decisión del recurrente a actuar como lo hizo, ya que la rapidez con la que se movió al detenerla, introducirla en el vehículo, arrojar el teléfono móvil y dirigirse a la nave, demostraba la evidencia de que lo que hizo era lo que tenía preparado, y acabó ejecutando, siendo lógicas y coherentes las conclusiones que alcanzó el Jurado fruto de la prueba practicada.

Respecto del lastrado resulta evidente que así se llevó a cabo, ya que la prueba evidencia que se hundió de inmediato en el tanque de agua en el que se practicó la prueba, todo ello con la clara intención de ocultar su cuerpo. El recurrente la lastró para su ocultación, evitando, así, que emergiera.

El TSJ refiere al respecto en el FD nº 17 que:

“Sobre el lastrado del cuerpo no cabe sino coincidir con lo argumentado en la sentencia de que se trata de cuestión inocua que no afecta en modo alguno a la tipicidad de los hechos y a las consecuencias jurídicas de los mismos. Es incuestionable que el cuerpo fue lastrado para que se hundiera, extremo admitido por todas las partes. La argumentación de la recurrente no pasa de contener apreciaciones personales que no se justifican. La tesis de que el cuerpo se arqueó porque se resistía a hundirse no pasa de ser una suposición carente de corroboración probatoria. Sobre la presencia de las pupas en el pelo de la víctima efectivamente muestra que esa parte del cuerpo quedó sin sumergir durante al menos 20 días lo que ciertamente muestra que a partir, por lo menos, de ese lapso de tiempo hubo de llevarse a cabo nueva maniobra para sumergir definitivamente el cuerpo lo que se acomoda a la tesis acogida por la sentencia apelada que, en cualquier caso, no resulta extravagante o arbitraria, con pleno ajuste a la prueba practicada.”

El motivo se desestima.

e.- Apreciación de la confesión como circunstancia atenuante con la condición de muy cualificada.

Sostiene el recurrente que la confesión del acusado “respecto del lugar donde había ocultado el cadáver fue decisiva, no relevante como declaró el Jurado”

Sostiene el TSJ en el FD nº 18º que: “Resulta incuestionable es que se debe partir necesariamente del relato de hechos probados sin que sea posible, de ninguna manera ajustada a derecho, su alteración para configurar en la medida de su deseo, la base fáctica que acoja la posibilidad de apreciar la atenuante contemplada como muy cualificada.

En los hechos declarados probados se señala que “El acusado reconoció por propia voluntad el 31/12/17 cuando se encontraba en situación de detención policial por razón de estos hechos haber causado la muerte de la víctima y la ubicación del cuerpo, y condujo a los investigadores al lugar en que se hallaba, lo que favoreció de forma relevante el esclarecimiento de los hechos”. Esta circunstancia determinó la apreciación de la atenuante analógica de confesión, con alusión a lo indicado respecto de su fundamentación en la sentencia 500/2019, de 24 de octubre. Sin embargo, la apreciación de la atenuante como muy cualificada exige un plus que no consideramos concurrente en este caso.”

Hay que descartar categóricamente que pueda ampliarse la calificación de la atenuante, sobre la que no se entra a considerar al haberse recurrido por la defensa tan solo, pero lo que no es factible en modo alguno es que, además, se postule que se le amplíe a la consideración como muy cualificada. Y ello, por cuanto la confesión exige que no exista investigación y el autor incida en descubrir la autoría con su confesión, evitando un trabajo policial y judicial.

Señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1526/2002 de 26 de septiembre de 2002, Rec. 421/2001 que:

«En relación con esta circunstancia atenuante, tiene declarado este Tribunal. 1) que en el concepto de procedimiento judicial deben estimarse comprendidas las actuaciones policiales (v. ss. de 10 de mayo de 1991 y de 21 de marzo de 1997); y, 2) que la confesión ha de ser veraz, por lo que no cabe apreciar esta circunstancia cuando la confesión es tendenciosa, equívoca o falsa, y además ha de ser esencialmente completa, por lo que no es válida a los efectos de poder ser apreciada cuando sea meramente parcial y se oculten datos relevantes para el debido enjuiciamiento de los hechos (v. ss. de 5 de noviembre de 1993, 11 de marzo y 13 de junio de 1997)».

La confesión que exige el art. 21.4 CP no es lo mismo que el reconocimiento de hechos en el juzgado o en dependencias policiales. Ya se ha activado la maquinaria policial y judicial. Y es una aceptación de hechos que valdría para una conformidad, con sus consecuencias penológicas en la acusación del Fiscal, pudiendo aplicar, en su caso, la pena mínima, pero técnicamente no es una atenuante del art. 21.4 CP, y mucho menos su carácter de muy cualificada.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo es estable a la hora de identificar los requisitos que precisa su apreciación, siendo estos los que a continuación se relacionan:

- 1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción;
- 2) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable;
- 3) La confesión ha de ser veraz en lo sustancial;
- 4) La confesión ha de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial;

5) La confesión ha de hacerse ante la autoridad, sus agentes o funcionario cualificado para recibirla;

6) Debe concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión no tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiéndose entendido que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante (SSTS 477/2016, de 2 de junio).

El recurrente ha construido una versión particular de los hechos, lejos de la confesión de los que considera probado, y lejos, por ello, de resultar acreedor de que se le reconozca la atenuante como muy cualificada. Tiempo tuvo para hacerlo, pero lejos de ello causó un mal adicional y añadido a la familia al no saber lo que había ocurrido con Diana, hasta que con la investigación policial abierta les llevó hasta el lugar de los hechos. Su decisión fue tardía e incompleta.

Además, señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sentencia 157/2012 de 7 de marzo de 2012, Rec. 11365/2011 que:

«En efecto en relación a la atenuante de confesión del art. 21.4 CP la jurisprudencia de esta Sala, manifestada entre otras en SSTS 246/2011 de 14 de abril, 6/2010 de 27 de enero, 1238/2009 de 11 de diciembre, 25/2008 de 29 de enero, 544/2007 de 21 de junio, 1071/2006 de 9 de diciembre, ha puesto de relieve que la razón, la atenuante no estriba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en:

1. Dato objetivo:

El dato objetivo de la realización de actos de colaboración a la investigación del delito.

2. Elemento cronológico.

Se destaca como elemento integrante de la atenuante, el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos.

3. Procedimiento y su inicio.

En el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (SSTS 21 de marzo de 1997 y 22 de junio de 2001), que no basta con que se haya abierto, como se decía en la regulación anterior, para impedir el efecto atenuatorio a la confesión, sino que la misma tendrá la virtualidad si aún no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera. La razón de ser del requisito es que la confesión prestada, cuando ya la Autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculpado, carece de valor auxiliar a la investigación.

4. La veracidad de lo confesado.

Otro requisito de la atenuante es el de la veracidad sustancial de las manifestaciones del confesante, sólo puede verse favorecido con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el «factum», introduciendo elementos distorsionantes de lo realmente acaecido (SSTS 22 de enero de 1997, 31 de enero de 2001).

Tal exigencia de veracidad en nada contradice los derechos constitucionales «a no declarar contra si mismo» y «a no confesarse culpable» puesto que ligar un efecto beneficioso o la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere (STC 75/87 de 25 de mayo)».

Sobre el concepto de la «veracidad» en el caso de la confesión hay que añadir, pues, que:

Esta debe reunir los caracteres de ser veraz, clara y completa, o se impone una actuación veraz del responsable, una declaración sincera ajustada a la realidad, acerca de su participación en el delito.

Sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la aplicación de la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el factum, introduciendo elementos distorsionantes de lo realmente acaecido.

Se desautoriza la confesión falsa, tendenciosa o equívoca.

Así:

1. La STS núm. 198/2004, de 18 febrero desestimó la aplicación de la atenuante porque la confesión era una admisión parcial y no relevante de los hechos;

2. La STS núm. 411/2003, de 17 marzo rechazó la atenuación porque la confesión no resultó veraz ni facilitó la totalidad de los datos necesarios para esclarecer los hechos;

3. La STS núm. 1479/2003, de 11 noviembre, no aplicó la atenuante porque los hechos resultan seriamente distorsionados en la versión que se ofrece de los mismos por el acusado; y

4. La STS núm. 612/2003 de 5 de mayo, rechazó la aplicación de la atenuante de confesión por haberse omitido datos esenciales en la declaración prestada ante la policía, resultando sesgada e incompleta la confesión.

Indudablemente, de lo expuesto se rechaza la ampliación del reconocimiento sobre la confesión.

El motivo se desestima.

7.- Por vulneración de los principios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art.9.3 CE).

Este motivo debe desestimarse en relación al extenso relato expositivo realizado con relación a los motivos precedentes donde se ha cuestionado todo el proceso y han sido desestimados los motivos ante la corrección de lo actuado y la inexistencia de las irregularidades denunciadas, ya que se sujeta el alegato desde una diferente perspectiva acerca de cómo ocurrieron los hechos.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por INFRACCIÓN DE LEY al entender que existe ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA, al amparo del número 2º del art. 849 LECrim., basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Ninguno de los informes que alega el recurrente son literosuficientes.

Se efectúa una relación de informes, diligencia de constancia, captura de imagen, que no tienen la virtualidad de poder sustentarse bajo este motivo, con independencia de que supone introducir por esta vía una revaloración de la prueba que se ha practicado y la comparación con la que se refiere, pero que, en todo caso, ha sido contradicha por otros elementos probatorios, como se ha explicado. Y ya hemos precisado con reiteración que no pueden admitirse como documentos por esta vía casacional, entre otros, los atestados policiales, las notas y diligencias policiales, los informes policiales, o las actuaciones sumariales en general (ATS 27 de marzo de 2003).

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por QUEBRANTAMIENTO DE FORMA, al amparo del apartado 1º del art. 851 LECrim., por no expresar la Sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados respecto del delito de agresión sexual y asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual por los que fue condenado.

Cuestiona el recurrente que “no lo están los hechos que se consideran probados respecto del delito de agresión sexual y asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual por los que fue condenado.”

Sostiene que “no se expresan los hechos de contenido sexual que - según el Tribunal- fueron llevados a cabo por el acusado en la nave de Asados y, en base a los mismos, lo condenan. El acusado ignora los hechos por los que fue condenado por un delito de agresión sexual, lo que motivó, a su vez, que fuese condenado por el delito de asesinato subsiguiente al mismo, a la pena de Prisión Permanente.”

Pues bien, en lo que aquí respecta los hechos probados describen que:

“El acusado abordó a Diana y la transportó a la nave con la intención de atacarla sexualmente. En la nave, el acusado, teniendo sometida a la víctima mediante el uso de la fuerza física la desnudó y realizó con ella actos de contenido sexual que no se han podido determinar.

El acusado, con la finalidad de acabar con la vida de Diana o al menos asumiendo que con ello podía causarle la muerte, le situó una brida plástica de más de 40cms. de longitud en el cuello y la apretó fuertemente, lo que produjo la muerte de la víctima por estrangulamiento, con fractura perimortal del asta mayor del hueso hioides.

Tras ello arrojó el cuerpo desnudo de Diana a un pozo lleno de agua dulce existente en la citada nave industrial, donde también tiró el bolso con efectos personales de la víctima”.

Ha quedado explicada la convicción del Tribunal acerca de que el acusado agredió sexualmente a la víctima, aunque no se describe exactamente cómo, pero es una conclusión y convicción alcanzada mediante la inferencia por el jurado en base a la prueba practicada y que ha sido explicado con detalle en el FD nº 2 antes expuesto, cuando el recurrente ha cuestionado la existencia de la índole de los actos de contenido sexual, y que ha sido analizado debidamente por el TSJ,

No puede concurrir dato alguno que permita sustentar la viabilidad del motivo, ya que los hechos probados recogen que “teniendo sometida a la víctima mediante el uso de la fuerza física la desnudó y realizó con ella actos de contenido sexual que no se han podido determinar”, y que es, finalmente, lo que ocurrió, ya que se faltaría a la prueba real concurrente, pero en la que sí se admite la indiciaria obtenida por la inferencia de lo que sucedió a falta de prueba directa, por cuanto se ha explicado anteriormente que es absoluta la convicción del jurado de que se produjo un ataque a la libertad sexual de Diana.

Hay que recordar, por otro lado, que este motivo se refiere solo al relato de hechos probados. Y para ello se exigen los siguientes requisitos:

1.-Que en el contexto del hecho probado se produzca incomprensión, bien por uso de frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensible el relato, o por empleo de juicios dubitativos, o por absoluta ausencia de presupuesto fáctico. Este vicio procesal es interno del hecho probado.

2.-La incomprensión del hecho probado ha de ser casualmente relacionada con la calificación jurídica de la sentencia y no existiría un engarce entre el hecho y la fundamentación de la subsunción.

3.-La falta de claridad por incomprensión o falta de entendimiento debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 716/2001 de 6 Abr. 2001, Rec. 386/2000).

La omisión del hecho probado da lugar al vicio procesal cuando la omisión tenga trascendencia para la calificación jurídica. Y esto no se da en el presente caso, sino tan solo disconformidad del recurrente sobre el contenido de los hechos probados, los cuales permiten subsumir perfectamente los hechos probados en los tipos penales por los que ha sido condenado el recurrente.

Esta Sala del Tribunal Supremo señala en Auto 1160/2016 de 30 Jun. 2016, Rec. 476/2016 que:

Respecto a la ausencia de expresión clara y terminante de los hechos probados, por las radicales consecuencias que conlleva, semejante defecto "in iudicando" ha de ser de tal entidad que en realidad determine una absoluta incomprensión de lo que se quiere decir y proclamar como probado, de manera que ese vacío impida la adecuada interpretación y calificación jurídico penal de lo narrado. Supone una ininteligibilidad interna del propio relato, que debe, en consecuencia, analizarse sin salir de él, ni para buscar una explicación plausible de lo que se dice en aras de subsanar el defecto ni, por el contrario, para construir esa falta de claridad alegada por contraposición con elementos externos a la narración, como podrían ser la fundamentación jurídica de la propia Sentencia o las pruebas practicadas en las actuaciones. Obligado resulta para la prosperabilidad de un recurso amparado en este fundamento legal, que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incomprensibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca.

También en Auto 1216/2018 de 13 Sep. 2018, Rec. 1054/2018 hemos señalado a propósito del vicio procesal consistente en la falta de claridad o contradicción en los hechos probados, según reiterada doctrina de esta Sala (Sentencia del Tribunal Supremo 671/2016, de 21 de julio), que este motivo solo puede prosperar "cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o existan omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impidan saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el Tribunal los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos" (Sentencia del Tribunal Supremo 856/2015, 837/2015 o la más reciente 44/2016). Por lo tanto, el vicio debe deducirse directamente del apartado fáctico y se desenvuelve en el ámbito de lo gramatical e inteligible desde esta perspectiva, de forma que no cabe enfrentarlo a la propia valoración de la parte sobre los hechos que debieron declararse probados.

La jurisprudencia reiterada de esta Sala (STS nº 671/2016, de 21 de julio), ha establecido que la contradicción consiste "en el empleo en el hecho probado de términos que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de uno resta eficacia al otro al excluirse uno al otro, produciendo una laguna en la fijación de los hechos. Consecuentemente, se deducen los siguientes requisitos para el éxito de este motivo de impugnación: a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras; por ello la contradicción debe ser ostensible y producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; b) debe ser insubsanable, no siéndolo cuando, a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede entenderse en el contexto de la sentencia; c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica, si bien se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; d) que sea completa, es decir, que afecte a los hechos y a sus circunstancias; e) la contradicción ha de producirse respecto a

algún apartado del fallo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma" (Sentencias del Tribunal Supremo 323/2005, 1024/2005, 248/2007, 474/2009 o 229/2016). Por las razones aducidas en el párrafo anterior tampoco la pretendida contradicción puede prosperar porque enfrenta hechos con razonamientos jurídicos.

No existe la pretendida falta de claridad, sino oposición del recurrente a la forma en la que está construido el relato de hechos probados.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Por QUEBRANTAMIENTO DE FORMA, al amparo del apartado 1º del art. 851 LECrim., por consignarse en la Sentencia como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

El recurrente entiende que la expresión "actos de contenido sexual" o "para ocultar un delito contra la libertad sexual" predeterminan jurídicamente el fallo.

No puede entenderse la expresión "actos de contenido sexual" como predeterminación del fallo, al referirse a todos aquellos actos de distintas modalidades que suponen ese ataque a la propia libertad sexual, y cuando el hecho probado describe la intención del crimen, verifica con ello la permisividad de la subsunción de los hechos probados en el tipo penal por el que ha sido condenado el recurrente, ya que resulta evidente siempre la expresión de que *todo hecho probado siempre predetermina un fallo*, ya que en caso de defecto en su redacción se atacaría por falta de claridad, defecto de contenido o inconcreción para fundar una condena, de ahí que no pueda predicarse que estas expresiones conllevan una sanción formal.

Pues bien, se denuncia la existencia de quebrantamiento de forma por la vía del art. 851.1 LECRIM por haberse incluido en la sentencia en los

hechos probados conceptos jurídicos que implican la predeterminación del fallo, lo que conlleva en la consideración de la jurisprudencia de esta Sala el empleo de frases, palabras o términos que supongan un anticipo o adelantamiento en el hecho probado de expresiones acusadoras o contenidas en la descripción del tipo penal y que son, en definitiva, más propias de los fundamentos de derecho que de los hechos probados, es decir, más propias de la fundamentación de la subsunción del hecho en la norma, lo que podría provocar indefensión en el acusado que podría ver por esta mecánica limitados sus medios impugnatorios.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha tratado esta cuestión y motivo impugnatorio en varias resoluciones. Entre ellas la STS 170/2016, de 2 de Marzo señala que: “Comenzando por la objeción relativa al uso de términos jurídicos en los hechos de la sentencia, hay que decir que la proscripción de semejante modo de operar responde a una exigencia de método derivada de la naturaleza misma de la jurisdicción penal. Esta función estatal -según es notorio- consiste en aplicar el derecho punitivo (únicamente) a comportamientos previstos en la ley como incriminables, en razón de su carácter lesivo de algunos bienes jurídicos relevantes; pero no a otros. Para que ello resulte posible con la necesaria seguridad, es preciso que las acciones perseguibles aparezcan previstas, de manera taxativa, en el Código Penal; pues sólo a partir de esta intervención del legislador, cabrá identificar con certeza las conductas merecedoras de esa calificación. Tal es la tarea que los tribunales deben realizar en la sentencia, mediante la descripción de los rasgos constitutivos de la actuación de que se trate, como se entiende acontecida en la realidad, según lo que resulte de la prueba. Solo en un momento ulterior en el orden lógico tendrá que razonarse la pertinencia de la subsunción de aquella en un supuesto típico de los del Código Penal.

Si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisonal, al carecer de un referente objetivo, se haría tautológico o circular y, por ello, arbitrario. Al fin de evitar que eso suceda responde la pretensión legal de que

los hechos probados accedan a la sentencia a través de enunciados de carácter asertivo, que son aquellos de los que puede predicarse verdad o falsedad y, por eso, los adecuados para referirse a datos de naturaleza empírica. Y es por lo que la predeterminación del fallo, debida a la sustitución de hechos probados por conceptos jurídico, constituye motivo de casación de la sentencia aquejada de ese vicio (art. 851,1º in fine , de la Ley de E. Criminal).”

No puede, con ello, adelantarse el resultado de los fundamentos de derecho en los hechos probados porque en la cadena descriptiva estos son los que suponen argumentación de unos hechos de carácter asertivo y con exclusión de enunciados jurídicos.

Los requisitos que deben observarse para la apreciación de este motivo casacional son los siguientes, según consta en la STS 39/2016, de 2 de Febrero:

a.- Utilización en los hechos probados de conceptos que unitariamente describan una infracción delictiva, o de frases técnico jurídicas que engloben la definición de un concreto tipo punible, siempre que por ellas solas se llegue indefectiblemente al pronunciamiento decisorio acordado.

b.- Que se trate de expresiones técnico jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.

c.- Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común.

d.- Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo

e.- Que suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el relato histórico son base alguna y carente de significado penal.

El vicio denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4-, cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, *aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles*, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Esto mismo es lo que puede predicarse, pues, de las expresiones cuestionadas de actos de contenido sexual” o “para ocultar un delito contra la libertad sexual”, lo que conlleva a la desestimación del motivo.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos.

Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el *juicio histórico* y el *juicio jurídico*, pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio (STS. 28.5.2002).

Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente determinante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio in procedendo. (SSTS. 429/2003 de 21.3, 249/204 de 26.2, 280/2004 de 8.3, 409/2004 de 24.3, 893/2005 de 6.7).

En esta dirección la STS. 7.11.2001, nos dice: "En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica - imprescindible- sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determina la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados".

El concepto "libertad sexual" o "sexual" es un concepto común, no jurídico. Por ello, no puede ser apreciado como concepto jurídico que predetermine el fallo.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Por QUEBRANTAMIENTO DE FORMA, al amparo del apartado 3º del art. 851 LECrim., por no resolverse en la Sentencia sobre todos los puntos que fueron objeto de defensa.

Se queja el recurrente de la falta de respuesta del Tribunal de apelación a una serie de cuestiones que se plantearon por la defensa, como son la ubicación de la víctima en el callejón y el traumatismo craneal.

El motivo no puede prosperar, ya que estos alegatos son rechazados por el jurado mediante la aceptación de las tesis que contrarrestaban estas posiciones del recurrente.

En cualquier caso, no hay que olvidar que se alega como motivo del recurso la existencia de incongruencia omisiva por la vía del art. 851.3 LECRIM alegando que la sentencia no ha resuelto todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa.

Sobre la denominada incongruencia omisiva es preciso llevar a cabo diversas puntualizaciones en torno a fijar con claridad los elementos definidores que permiten acudir a esta vía impugnativa del art. 851.3 LECRIM ya que en ocasiones se plantea este medio impugnativo acudiendo a lo que se denominan “alegaciones efectuadas en el juicio” en lugar de las “pretensiones” de las partes, siendo estas últimas las que dan lugar al verdadero vicio, no las alegaciones. Así, se ha dicho que la sentencia penal debe dar respuesta a las pretensiones de las partes, pero no a las alegaciones, ya que estas no dan lugar a la incongruencia omisiva.

Son así las pretensiones jurídicas las que dan lugar a este medio ya que en ese caso el Tribunal dictaría una sentencia incongruente con lo que piden las partes si no da respuesta a las pretensiones que han sostenido.

Los requisitos son los siguientes:

1.- Esta alegación de incongruencia debe referirse a las pretensiones de las partes.

2.- No puede tratarse de una mera alegación o argumentación jurídica expuesta por el recurrente, ya que se ha expuesto con reiteración que el Tribunal no debe dar respuesta a todas y cada una de las “alegaciones” o argumentos en que se basan las pretensiones de las partes, sino que debe contestar a estas últimas. Por ello, lo que supone el quebrantamiento de forma no es que se acoja un argumento en apoyo de una pretensión, sino que se deje de resolver la misma.

3.- La circunstancia de que la pretensión es jurídica exige que la referencia que debe constar en el motivo casacional deba ser referida a una

omisión del Tribunal relativa a una cuestión de derecho planteada por la parte, quedando, por ello, excluidas las cuestiones fácticas. Lo que no quiere decir que pueda esto utilizarse por otra vía, por ejemplo, el previsto en el art. 849.2 LECRIM, o por la vía del alegato de la presunción de inocencia, ya que el denominado *derecho procesal de incongruencia omisiva* no se refiere a las meras cuestiones de hecho. En este estado de cosas, la jurisprudencia ya ha dejado sentado que este motivo no se basa en que las partes pretendan que consten en la sentencia los datos de hecho que pretendan, sino la *respuesta a sus pretensiones jurídicas*, que no es lo mismo que las alegaciones fácticas (STS 44/2016, de 3 de Febrero). También la STS 113/2016, de 19 de Febrero refiere que esta *incongruencia omisiva* del art. 851.3 LECRIM se refiere a pretensiones formalmente articuladas, no a argumentos sobre valoración probatoria.

4.- Es también obligatorio que la parte se ciña en su alegato casacional a que la pretensión que refiere no resuelta ha de haber sido propuesta oportunamente. Y ello, debe llevarlo a efecto en el trámite perentorio de las conclusiones definitivas en el juicio oral, momento hasta el cual se permite que fije la parte su *pretensión* cuya omisión es la que podría dar lugar al vicio de incongruencia omisiva.

Se ha planteado si en el trámite de juicio oral puede la parte formular su pretensión y plantear que existe este defecto si no se resuelve, pero el informe de juicio oral no es el lugar procesal para el planteamiento de la pretensión (STS 842/2003, de 11 de Junio y STS 114/2016, de 22 de Febrero).

Así, la STS 842/2003, de 11 de Junio señala que: “La llamada «incongruencia omisiva» o «Fallo corto» constituye un «vicio in iudicando» que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimento y resolución de 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 (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/87, de 23 Jun., 8/1998, de 22 Ene. y 108/1990, de 7 Jun.,

entre otras, y de esta Sala Segunda de 2 Nov. 1990, 19 Oct. 1992 y 3 Oct. 1997, entre otras muchas). La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este «vicio in iudicando», las siguientes:

- 1) que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho;
- 2) que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno;
- 3) que se trate efectivamente de pretensiones y no de meros argumentos o alegaciones que apoyen una pretensión;
- 4) que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución (S.T.S. 771/1996, de 5 Feb., 263/96, de 25 Mar. o 893/97, de 20 Jun.).”

Esta sentencia concreta el momento procesal de las conclusiones definitivas para la exposición de sus pretensiones, y así lo explicita señalando que:

“Las cuestiones planteadas al Tribunal se cierran definitivamente en el trámite de conclusiones definitivas, sin que pueda introducirse verbalmente ninguna otra durante el informe oral.

Y ello por tres razones fundamentales, una de índole legal, otra constitucional y otra material.

1.- Desde el punto de vista legal el art. 737 de la L.E.Cr establece expresamente que los informes de los defensores de las partes se acomodaran a las conclusiones que definitivamente hayan formulado, por lo que cualquier pretensión nueva debe tenerse por procesalmente inexistente, según expresión consolidada jurisprudencialmente.

2.- Desde el punto de vista constitucional el informe oral no es el momento oportuno para introducir modificaciones o nuevas pretensiones de las partes, pues se originaría indefensión a las acusaciones, la representación del Ministerio Público o de la víctima, por ejemplo, que estarían privadas de rebatir las propuestas de las defensas. De admitirse esta pretensión se impediría el debate sobre la misma, con la consiguiente vulneración del principio fundamental del juicio que es el de contradicción y audiencia de partes.

3.- Desde el punto de vista material ha de tomarse en consideración que el acta del juicio no recoge lo expresado oralmente en el informe, pues ordinariamente se limita a expresar, como es legalmente procedente, que las partes expusieron los argumentos pertinentes en apoyo de sus conclusiones definitivas, por lo que la alegación de incongruencia omisiva sobre la base de una nueva pretensión incorporada verbalmente en el informe carecería de soporte documental.”

También la STS 413/2015, de 30 de Junio señala que: *“No puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004 de 14.5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS. 161/2004 de 9.2).*

"Puntos", nos dice literalmente este art. 851.3º. "Puntos litigiosos", nos decía el art. 359 LECivil derogado por la nueva Ley 1/2000, que también habla de "pretensiones". Este último término (pretensiones) es el que usa nuestro Tribunal Constitucional cuando trata esta materia de la incongruencia por omisión a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE mientras que en la Sala Segunda del Tribunal Supremo preferimos hablar de "cuestiones jurídicas".

Expresiones varias con las que se trata de decir lo mismo: los extremos concretos que deban resolverse en toda sentencia, para excluir las meras cuestiones fácticas y también las simples argumentaciones utilizadas en apoyo de cada pretensión deducida por la parte. Las partes activas y pasivas de cualquier proceso realizan sus peticiones al tribunal correspondiente. Estas peticiones se amparan en determinados planteamientos jurídicos. Podemos decir que cada uno de estos planteamientos son los "puntos" que deben resolverse en la sentencia. "Puntos" que, se diferencian, por un lado, de los hechos en que esa petición se apoya y, por otro lado, de los meros argumentos o razones especulativas con que se trata de justificar desde el punto de vista del Derecho la necesidad de aplicar una norma determinada al caso correspondiente.

En resumen, la jurisprudencia (SSTS. 23.3.96, 18.12.96, 29.9.99, 14.2.2000, 27.11.2000, 22.3.2001, 27.6.2003, 12.5.2004, 22.2.2006, 11.12.2006), viene exigiendo las siguientes condiciones para que pueda apreciarse este motivo:

1) que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.

2) que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (STC. 15.4.96).

b) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida (SSTC. 169/94, 91/95 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea 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 fundadores de la respuesta tácita (STC. 263/93; TS. 96 y 1.7.97).

3) que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (SSTS. 24.11.2000, 18.2.2004).

En estos últimos casos esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente, la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las dilaciones que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de

instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación (STS. 1095/99 de 5.7, 1240/2009 de 23.12, 64/2014 de 11.2, 627/2014 de 7.10).

Pues bien, a la hora de resolver sobre la alegación de la incongruencia omisiva la jurisprudencia plantea tres escenarios:

- a. La desestimación implícita.
- b. La subsanación de la omisión en casación
- c. El complemento de sentencias.

a.- La desestimación implícita conlleva que la pretensión ha sido resuelta de manera implícita si la argumentación del Tribunal para llegar a su convicción sea de tal naturaleza que la haga incompatible con la pretensión de la parte con lo que de alguna manera se está resolviendo sobre “su pretensión”, aunque también se admite una decisión implícita cuando exista un pronunciamiento decisorio sobre cuestiones contrarias e incompatibles con la omitida y que, por ello, la excluyan. Por ello, destaca MARTÍNEZ ARRIETA que esta vía tiene como objetivo la teoría de la *conservación de los actos* a fin de evitar dilaciones en el procedimiento.

Por ello, puede afirmarse que existen dos formas de dar respuesta a las pretensiones de las partes:

- 1.- La explícita. Esta es la acorde con los arts. 742 y 142 LECRIM.
- 2.- La implícita. Es incompatible con la pretensión deducida por la parte.

Esta Sala se ha pronunciado sobre esta desestimación implícita en la STS 168/2016, de 2 de Marzo.

b.- La subsanación de la omisión en la casación que la podemos encontrar en la STS 865//2015, de 14 de Enero de 2016 que señala que: “Esta

Sala ha precisado que para que pueda prosperar un motivo de casación por quebrantamiento de forma basado en incongruencia omisiva, es necesario que la omisión padecida venga referida a pretensiones jurídicas mantenidas, que no puedan razonablemente entenderse implícita o tácitamente desestimadas. Y ha exigido, además, que, aun existiendo el defecto, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso. En estos últimos casos, esta Sala ha dado respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. Como explicó la STS 1095/1999 de 5 de julio "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente la cuestión planteada, *se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación*".

c.- El complemento de sentencias.

Una vía adicional para resolver el motivo de la incongruencia omisiva es el relativo al denominado *complemento de sentencias* que está previsto en el art. 267 LOPJ que se recoge en la STS 44/2016, de 3 de Febrero que señala que: "En todo caso, el motivo no puede prosperar si previamente no se ha intentado su subsanación; y *el recurrente, aunque formulara la oportuna protesta, ulteriormente no acudió al preceptivo y previo recurso de aclaración, que constituye presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva*, pues es doctrina consolidada de este Tribunal que, "el defecto de la incongruencia pudo y debió ser remediado a partir del recurso de aclaración solicitando, antes de instar la casación, la subsanación de la incongruencia. En el sentido indicado una reiterada jurisprudencia ha declarado que, desde la perspectiva del quebrantamiento de forma, es doctrina ya consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º LECr introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5 de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa

reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. *Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con esta previsión se quiere evitar que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido. Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal*" (STS 286/2015 de 19 de mayo; y en el mismo sentido SSTs 766/2015, de 3 de diciembre 102/2015 de 24 de febrero y 834/2014 de 10 de diciembre)."

También trata de esta cuestión la STS 134/2016, de 24 de Febrero que señala que: "El criterio de esta Sala, expresado en numerosos precedentes, referido a la alegación casacional de quebrantamiento de forma sin haber agotado en la instancia todos los cauces que el ordenamiento jurídico concede para hacer valer esa censura. Las sentencias de esta Sala 323/2015, 20 de mayo y 444/2015, 26 de marzo, recuerdan que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, 25 de julio); pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de la LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones (STS 360/2014, 21 de abril); pues el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo. Con ello, *se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.* En palabras de la STS 290/2014, 21 de marzo"...es

doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º de la LECrim, introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5º de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas.”

El recurrente no ha planteado la subsanación del defecto que alega o la aclaración, y, además, se trata de alegaciones sin el contenido de una propia pretensión, ya que hemos señalado que se trate efectivamente de pretensiones y no de meros argumentos o alegaciones que apoyen una pretensión.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- Con arreglo a lo pedido por la acusación y ajustando la medida de libertad vigilada a lo dispuesto en la petición acusatoria que consta en los antecedentes de hecho, y aunque no tiene eficacia de alteración ejecutiva, se hace constar que en relación con la condena por el delito de detención ilegal y de un delito de agresión sexual en concurso medial la libertad vigilada lo es por 10 años y respecto al delito de asesinato la libertad vigilada lo es por tiempo de cinco años ajustando a la petición acusatoria y declarándolo como mero error material. Ello, a los efectos de aclarar la ejecución de la libertad vigilada en su caso aun sin efecto alguno ejecutivo.

OCTAVO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

QUE DEBEMOS DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal del acusado **José Enrique Abuín Gey** contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 19 de junio de 2020, en el que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por indicado acusado contra la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2019 del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Sexta. Con la adición que se incluye en el FD nº 7. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Vicente Magro Servet Carmen Lamela Díaz

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Leopoldo Puente Segura

