

Roj: **STS 190/2004 - ECLI:ES:TS:2004:190**Id Cendoj: **28079120012004100396**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/01/2004**Nº de Recurso: **346/2002**Nº de Resolución: **70/2004**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **JOAQUIN DELGADO GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil cuatro.

En los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante este tribunal penden, interpuestos por los acusados Cornelio , representado por el procurador Sr. Vázquez Guillén y Juan Alberto , representado por la procuradora Sra. González Rivero, contra la sentencia dictada el 15 de diciembre de 2001 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, que les condenó por delito de homicidio, robo con violencia e intimidación, contra la salud pública, daños y profanación de cadáveres , los componentes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han constituido para su deliberación y fallo. Han sido parte el Ministerio Fiscal y como recurrida la acusación particular D^a María Rosa y D^a Olga representadas por la procuradora Sra. Rosa Chuwa y ponente D. Joaquín Delgado García.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Corcubión instruyó Sumario con el nº 3/99 contra Luis Pablo , Cornelio y Juan Alberto que, una vez concluso remitió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña que, con fecha 15 de diciembre de 2001, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado, y así se declara, que: En la tarde del lunes 2 de agosto de 1999, los procesados Luis Pablo , conocido por " Macarra " , Cornelio , conocido por " Gamba " y Juan Alberto , llamado también " Pitufu " o " Botines " , este último de diecinueve años de edad y anteriormente condenado por un delito de hurto por sentencia de 1-12-1998, se trasladaron de Cee (La Coruña) a Vitoria (Álava) en un turismo Nissan SX 200, matrícula de Leichestein DD..... , propiedad de éste último, que lo conducía, con el propósito de buscar trabajo en la construcción de aquella ciudad, en alguna de cuyas obras ya había tenido Juan Alberto algunos empleos. Cuando ya estaban en Vitoria, Cornelio recibió una llamada telefónica de Donato -para el que tanto éste como Luis Pablo habían actuado los meses anteriores mediando en la venta y expedición de la sustancia llamada cocaína que Donato les proporcionaba en Cee, donde vivía, informándoles de que disponía de una determinada cantidad de cocaína pero de cierta importancia que, si se la adquirían, podrían venderla rentablemente en Vitoria.

Tal oferta hizo concebir, inicialmente, a los procesados Cornelio y Luis Pablo , la idea de apoderarse de la droga sin satisfacer su importe, atrayendo a Donato , con la disculpa de comprársela, hacia un lugar descampado y aislado, próximo al cementerio nuevo de la villa de Cee, que Donato solía utilizar como lugar de cita con sus clientes consumidores de sustancias estupefacientes.

Así las cosas, Luis Pablo y Cornelio dieron cuenta de su plan a Juan Alberto , en el que incluían también -y así se lo dijeron- su decidida intención de matar en el lugar ya dicho, a Donato , al que culpaban de haberse aprovechado de ellos en sus labores de ayuda a éste como intermediarios en la venta de drogas en los meses anteriores, a lo que ya se ha hecho referencia, y de haber arruinado sus vidas por haberlos llevado, con su influencia, a tal actividad delictiva.





Conocedor, pues, de todo esto, Juan Alberto , se prestó a ayudarlos trasladándolos en su automóvil, ya aludido, el Nissan SX 200, DD..... , emprendiendo viaje de vuelta de Vitoria a Cee al mediodía del 4 de agosto de 1999. Ya en el último tramo del recorrido del camino, llamaron una vez a Donato , desde la localidad próxima de Zas, y otra desde la misma villa de Cee, para ultimar la cita en el lugar indicado, a la que acudirían todos, entre las 23 ó 24 horas, cuando fuera enteramente de noche. Y, en efecto, al lugar convenido y a la hora prevista, llegaron primero en el coche Nissan SX 200, ya mencionado, los procesados Juan Alberto , que lo conducía, y Luis Pablo y Cornelio , portando sendos cuchillos, y, más tarde, Donato , conduciendo el Peugeot 309, matrícula X-....-IY .

Fue entonces cuando Luis Pablo salió el primero al encuentro de Donato , y, después de una pequeña discusión acerca de la poca cocaína que éste les traía, le atacaron conjuntamente los tres procesados a golpes y a patadas, después de haberle desarmado de un cuchillo de cocina que quiso blandir en vano, propinándole numerosos golpes Luis Pablo y Cornelio hasta que llegado un determinado momento, Luis Pablo por lo menos mientras Cornelio lo sujetaba, le dio a Donato dos puñaladas en el pecho con el arma blanca que llevaba, produciéndole dos heridas corto- punzantes, de 33 y 38 mm en el primero y segundo espacios intercostales izquierdos, respectivamente, la primera con afectación gravísima de la pared cardiaca y la segunda de planos musculares y del hueco axilar derecho, la primera de las cuales tenía necesariamente que producir la muerte de Donato , como así sucedió, en un corto espacio de tiempo.

Por todo ello, los tres procesados realizaron su propósito de apoderarse de la cantidad de cocaína que Donato había llevado hasta allí para vendérsela y que, visto el temor que mostró anticipadamente a alguno de sus amigos poco antes del encuentro con los procesados, era -a pesar de que guardaba en una caja fuerte de su casa 218 gramo de tal sustancia-, la pequeña cantidad de tres gramos, en bolsitas de un gramo cada una, llevada como muestra por la desconfianza que le inspiraban y a la que se refirieron los acusados en sus declaraciones como la que sustrajeron a la víctima de un bolsillo y que repartieron entre todos ellos, incluido Juan Alberto , utilizándola después para su propio consumo.

Una vez realizados estos hechos, los procesados se marcharon del lugar en el coche de Juan Alberto quedando la víctima mortalmente herida, a cierta distancia del turismo en el que habían ido hasta allí, y se dirigieron de vuelta hacia Cee en donde sobre las 3 de la madrugada entraron a tomar unas consumiciones al bar "Oasis" y se encontraron con varios conocidos, a quienes tanto Luis Pablo como Cornelio pidieron, con reiteración, que no comentasen a sus amigos o familiares que los habían visto allí.

Ante la sospecha que pudiera levantar su estancia en Cee a aquellas horas, Luis Pablo le planteó a Cornelio y a Juan Alberto la conveniencia de regresar al lugar donde había quedado el cuerpo de la víctima y eliminar cualquier huella o vestigio de los hechos quemándolo en el interior de su propio automóvil. Aceptaron ambos su propuesta y nuevamente se dirigieron todos hasta dicho lugar, en el automóvil de Juan Alberto , que éste conducía, y después de bajarse, arrastraron entre todos el cadáver de Donato y lo introdujeron en el asiento trasero del automóvil ya mencionado, al que, después de cerrarlo con las llaves, prendieron fuego cada uno en zonas distintas utilizando varios mecheros de los que disponían, provocando así la total destrucción del coche y que el cadáver de Donato quedase completamente carbonizado.

Al regreso del cementerio, nuevamente Juan Alberto trasladó en su automóvil a los otros dos procesados a la estación de autobuses de Santiago de Compostela, desde donde Luis Pablo y Cornelio se desplazaron hasta Vitoria en un vehículo de la empresa de transportes "Alsa", quedándose Juan Alberto en su pueblo porque según les dijo tenía que casarse al día siguiente con su novia Silvia lo que no llegaron a realizar a pesar de estar ultimado el expediente para contraer matrimonio por civil. Pocas horas después sobre las 9: 30 del día 5 de agosto de 1999, el automóvil y el cadáver fueron localizados en el lugar indicado, identificándose el cuerpo mediante el hallazgo de varios objetos personales no dañados por el fuego.

Por la diligencia de autopsia pudo saberse que Donato había fallecido por una herida en el corazón producida por arma blanca, que su incineración se produjo "post mortem" y que en el momento de los hechos se hallaba bajo los efectos de la cocaína que había consumido antes, circunstancia no conocida por los procesados y que, según el informe forense prestado en juicio, no mermaba su capacidad de defensa.

Una vez iniciada la investigación judicial las primeras explicaciones ofrecidas por el procesado Juan Alberto -en cuyo coche habían aparecido las llaves del coche, casa y otras más de Donato -, centraron las sospechas en los otros procesados Luis Pablo y Cornelio , que estaban en paradero desconocido, y al tenerse noticia de que este último disponía de su teléfono móvil nº NUM000 -que al parecer le había proporcionado Donato para ponerse en contacto con los consumidores de sustancias estupefacientes que le compraban haciendo Cornelio de intermediario- se autorizó judicialmente su intervención y escucha, grabándose ocho conversaciones relacionadas con el caso, de las que la 1ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª y 8ª corresponden a llamadas efectuadas por Juan Alberto a los otros procesados, y la 2ª y 3ª, a llamadas de otros conocidos de Cornelio





, y cuyo contenido aparece transcrito en los folios 157 y siguientes de la causa y fue decisivo para la detención de los tres en la ciudad de León el día 13 de agosto de 1999, en donde se habían citado."

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

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a los procesados Luis Pablo , Cornelio y Juan Alberto como autores responsables de UN DELITO DE HOMICIDIO, concurriendo en este delito, y en todos ellos, la agravante de abuso de superioridad, otro de ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN, otro de CONSPIRACIÓN PARA LA COMISIÓN DE UN DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS QUE CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD otro de PROFANACIÓN DE CADÁVER y por último, otro de DAÑOS, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en estos cuatro últimos delitos, a las penas, a cada uno de ellos, de PRISIÓN DE DOCE AÑOS Y SEIS MESES, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, por el delito de homicidio; PRISIÓN DE TRES AÑOS Y SEIS MESES, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el delito de robo con violencia e intimidación de las personas; PRISIÓN DE UN AÑO, con la misma inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo durante ese tiempo, por la conspiración para la comisión de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud; ARRESTO DE DOCE FINES DE SEMANA Y MULTA DE TRES MESES, a razón de doscientas pesetas diarias, por el delito de profanación de cadáver; y, por último MULTA DE SEIS MESES, a razón de doscientas pesetas diarias, por el delito de daños.

Los condenamos, asimismo, al pago, por partes iguales de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, que se hubiesen producido en el juicio, y a que, conjunta y solidariamente, indemnicen a María Rosa en VEINTE MILLONES (20.000.000) DE PESETAS por la muerte de su marido y en CUATROCIENTAS NOVENTA MIL (490.000) PESETAS más por la destrucción de su automóvil, y a Olga , en CUATRO MILLONES (4.000.000) DE PESETAS, por la muerte de su hijo.

La indemnización por daños, de 490.000 pta., comprenderá los intereses legales desde la fecha de los hechos, y, a partir de la fecha de la sentencia, los intereses previstos en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Abónesele a los acusados el tiempo pasado en prisión preventiva.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la, Sala Segunda del Tribunal Supremo por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DIAS, a contar desde la última notificación."

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional por los acusados Cornelio y Juan Alberto , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Cornelio , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Al amparo del art. 852 de la LECr, infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, sancionado en el art. 24.2º CE. Segundo.- Al amparo del art. 852 de la LECr., infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, sancionado en el art. 24.2º CE. Tercero.- Al amparo del art. 852 de la LECr., infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y a un juez imparcial, sancionado en el art. 24.2º CE. Cuarto.- Al amparo del art. 852 de la LECr., infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, sancionado en el art. 24.2 CE. Quinto.- Al amparo del art. 852 de la LECr., infracción del derecho a la asistencia letrada, sancionado en el art. 24.2 CE. Sexto.- Al amparo del art. 852 de la LECr., infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y a un juez imparcial, sancionado en el art. 24.2º CE. Séptimo.- Al amparo del art. 852 de la LECr., infracción del derecho a la presunción de inocencia, sancionado en el art. 24.2º CE. Octavo.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr, indebida aplicación art. 526 CP. Noveno.- Al amparo del art. 849.2º LECr, error en la apreciación de la prueba.

5.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Juan Alberto , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Al amparo del art. 849.1º de la LECr, infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, sancionado en el art. 24.2º CE. Segundo.- Al amparo del art. 849.1º de la LECr., infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y a un juez imparcial, sancionado en el art. 22 CE. Tercero.- Al amparo del art. 849.1 de la LECr., infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, sancionado en el art. 24.2 CE. Cuarto.- Al amparo del art. 849.1º de la LECr, infracción del derecho a la asistencia letrada, sancionado en el art. 24.2 CE. Quinto.- Al amparo del art. 849.1º de la LECr., infracción del derecho a la presunción de inocencia, sancionado en el art. 24.2º CE. Sexto.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr, indebida aplicación art. 526 CP.

6.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera.





7.- Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la deliberación y votación el día 19 de enero del año 2004.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida condenó a los jóvenes Luis Pablo , Cornelio y Juan Alberto , que a la sazón tenían 23, 20 y 19 años, como coautores de los delitos de homicidio, robo con violencia en las personas, conspiración para el tráfico de drogas, profanación de cadáveres y daños.

Para las últimas horas del día 4 de agosto de 1999 o primeras del siguiente quedaron citados con Donato los tres referidos en un descampado próximo al cementerio nuevo de la villa coruñesa de Cee.

Los dos primeros, Luis Pablo y Cornelio , vendían cocaína que les suministraba este último (Donato). La cita era para que éste les proporcionara una cantidad importante de tal clase de droga, para que aquellos la vendieran en Vitoria donde residían o estaban tratando de buscar trabajo; pero aquellos, quejosos contra éste por haberse aprovechado de tales dos y por haberles llevado a esta clase de actividad delictiva, acordaron apoderarse de la cocaína sin pagar su importe y además matarle, para lo cual fueron a dicho lugar en el coche que conducía Juan Alberto quien conocía tales planes de sus dos compañeros y se prestó a ayudarles.

A tal lugar llegaron primero los tres referidos y luego lo hizo Donato en otro vehículo. Discutieron porque les traía menos cocaína de la acordada -tres gramos únicamente-, atacaron a Donato los otros tres a golpes y patadas, desarmaron a dicho Donato de un cuchillo de cocina con el que quiso defenderse, hasta que Luis Pablo , mientras Cornelio le sujetaba, le dio dos puñaladas en el pecho con el arma blanca que llevaba, una de las cuales le alcanzó el corazón muriendo Donato en un corto espacio de tiempo.

Después los tres acusados se fueron al pueblo de Cee donde estuvieron en un bar y allí advirtieron a unos conocidos que no dijeran que los habían visto.

Finalmente, para borrar los vestigios de su acción, regresaron todos al lugar donde había quedado el cuerpo de Donato , lo arrastraron hasta introducirlo en el coche en el que éste había llegado allí, y lo prendieron fuego con sus mecheros quedando el coche destruido y el cuerpo carbonizado.

Luis Pablo no recurrió y Cornelio y Juan Alberto lo hacen ahora en casación, el primero por ocho motivos y el segundo por seis.

SEGUNDO.- 1. Comenzamos examinando los dos motivos primeros de ambos recursos, los dos amparados en el art. 852 LECr con denuncia de vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del art. 24.2 CE.

Entienden los recurrentes que tenía que haberse seguido el procedimiento de la Ley del Jurado.

Veamos qué ocurrió al respecto en el trámite seguido en la instancia.

El problema comienza con el auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Corcubión por el que se acordó con fecha 20.8.99, quince días después de los hechos, la tramitación del procedimiento conforme a las normas de la Ley del Jurado, L.O. 5/1995, de 22 de mayo (folios 298 a 300).

El Ministerio Fiscal se opone (f. 327 y 328) a tal acuerdo, mientras que, de las defensas de los acusados, una se muestra conforme con el Ministerio Fiscal y otra contraria.

Se dicta un nuevo auto de 26 del mismo mes de agosto en el que se insiste en tramitar conforme a tal Ley del Jurado (f. 336 a 338), contra el que el Ministerio Fiscal recurre primero en reforma (f. 382 a 387), que se deniega (f. 430 y 431), y por último en queja, que se estima por medio de otro auto de 19.10.99, certificado a los f. 457 a 459. Con lo que esta cuestión queda resuelta en la instancia que se tramita conforme a las normas propias del procedimiento ordinario con el consiguiente procesamiento de los tres imputados que se encuentran en prisión desde que fueron detenidos en la ciudad de León en las primeras horas del día 13.8.99 (f. 213) por fuerzas de la Guardia Civil.

Dictada la correspondiente sentencia condenatoria (fundamento de derecho 1º), tras haberse suscitado la cuestión de nuevo al inicio del juicio oral ahora se vuelve a plantear el tema a través de estos dos motivos primeros de cada uno de estos dos recursos que estamos examinando, que hemos de rechazar conforme razonamos a continuación.

2. Ciertamente que, como mantuvo el Juzgado de Instrucción, el delito de homicidio consumado es de aquellos que aparecen en la mencionada LO 5/1995 como de la competencia del Tribunal del Jurado por lo dispuesto en sus arts. 1.1 a), 1.2 a) y 5.1.





Precisamente este art. 5 es el que regula la incidencia de la conexión en la determinación de la competencia cuando hay varios delitos, con la particularidad de que reproduce, con una salvedad y con otra redacción, lo que en tal materia (conexión) dispone el art. 17 LECr. El texto de tal art. 5 deja claro que, de forma deliberada, excluye el apartado último de este art. 17, por el que se consideran delitos conexos los "que se imputan a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuviera analogía o relación entre sí, a juicio del tribunal y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados".

Es decir, este art. 5, por el que se extiende la competencia del Tribunal del Jurado a algunos delitos conexos, excluye los casos del art. 17.5 LECr, aquellos en que la conexión viene determinada por la circunstancia de ser responsable de todos la misma persona (o personas), que es precisamente lo ocurrido en el caso presente. Todo ello fundamentado en un claro propósito del legislador: no ha querido someter al enjuiciamiento de estos tribunales populares cuestiones demasiado complejas.

El tema se planteó ante una reunión de pleno no jurisprudencial de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, celebrada el 5.2.99, y se resolvió conforme al criterio que acabamos de exponer para un caso en el que había un homicidio consumado y otros en grado de tentativa que no podían enjuiciarse por separado, aplicado luego en sentencia de esta sala de 18 de ese mismo mes de febrero.

Y este es el criterio con el que resolvió el caso presente la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña que hemos de respetar.

La presente causa por los delitos por los que la Audiencia Provincial condenó -homicidio, robo, tráfico de drogas, profanación de cadáveres y daños- es demasiado compleja para que pueda conocer de ella el Tribunal del Jurado conforme al criterio del legislador.

3. Hemos de terminar haciendo unas precisiones para contestar a determinadas alegaciones realizadas en los escritos de recurso.

1ª. Es claro que los delitos de profanación de cadáver y daños fueron cometidos para procurar la impunidad del homicidio anterior. Cabría aplicar aquí el apartado c) del art. 5.2 de la Ley del Jurado. Pero tal argumento no puede servir para los otros delitos de robo y tráfico de drogas que, tal y como se formularon las acusaciones, se habrían cometido en ese mismo momento en que se produjo el homicidio. Parece lógico entender que para evitar sentencias contradictorias (continencia de la causa) todo tenía que enjuiciarse en un mismo procedimiento.

2ª. La determinación de la competencia no puede hacerse conforme al contenido de la sentencia dictada, sino por los datos existentes antes de la celebración del juicio, lo que, por otro lado, en el caso presente es irrelevante.

Hay que desestimar estos dos motivos primeros.

TERCERO.- Nos referimos aquí al motivo 2º del recurso de Cornelio .

Se ampara también en el art. 852 LECr y se funda asimismo en violación del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del art. 24.2 CE.

Sobre esta cuestión no recurrió Juan Alberto .

Se dice que las normas de reparto de la Audiencia Provincial de A Coruña seguida en el presente procedimiento vulneraron este derecho fundamental.

Se pretende que el reparto tenía que haberse hecho, no al inicio del procedimiento, cuando se remite el parte de incoación del sumario al Ministerio Fiscal y a la Audiencia Provincial (art. 308 LECr), sino después, a la vista de si se han resuelto o no recursos devolutivos (apelación o queja), a fin -se insinúa- de impedir que actúe en el juicio oral un tribunal ya contaminado por su contacto anterior con el procedimiento.

Es el tema de la imparcialidad objetiva, al que se refieren los motivos que examinaremos después.

Por ahora baste decir aquí que la posible vulneración de unas normas de reparto no incide en ese derecho fundamental de orden procesal relativo al juez ordinario predeterminado por la ley. Cada una de las secciones de una Audiencia Provincial reúne las condiciones exigidas para que hayan de considerarse "juez ordinario predeterminado por la ley".

CUARTO.- En el motivo 3º del recurso de D. Cornelio , que coincide en su contenido con el del mismo número del formulado por D. Juan Alberto , por la vía también del art. 852, se alega la lesión de otro derecho del art. 24.2 CE, ahora al relativo a un proceso con todas las garantías, garantías entre las que se encuentra la de ser enjuiciado por magistrados imparciales.





En el procedimiento ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial se tramitó incidente de recusación contra los tres magistrados que habían resuelto con anterioridad varios recursos relativos a la prisión y al procesamiento de los tres encausados, iniciado por medio de escrito de la representación de D. Cornelio (f. 31 a 33) y resuelto por auto del Tribunal Superior de Justicia de 5.3.2001 (f. 76 a 78), que acordó no haber lugar a tal recusación, fundada en haber resuelto los miembros de esa misma Sección Quinta varios recursos de apelación contra resoluciones del Juzgado de Instrucción relativas a prisión y procesamiento.

Ahora se reproduce el tema en casación, si bien sólo respecto del magistrado que actuó como presidente y ponente en la sentencia aquí recurrida, que es único que de aquellos otros tres quedó para conocer del juicio oral y resolver en definitiva.

2. Esta sala dijo en su reciente sentencia 1431/2003 de 1 de noviembre (fundamento de derecho 3º) lo siguiente:

"Cuando hay una vinculación más o menos estrecha de un juez con un asunto concreto puede dudarse de la imparcialidad de éste. El concepto de imparcialidad judicial siempre hace referencia a la persona del juez, por lo que siempre tiene carácter subjetivo. No obstante, suele distinguirse entre imparcialidad subjetiva, la que tiene en cuenta las relaciones del juez con las partes, su abogado, procurador, familiares, etc., e imparcialidad objetiva, la que considera el contacto anterior del juez con el objeto del proceso, por haber intervenido antes en otras actuaciones judiciales referidas a los mismos hechos.

Conviene tener en cuenta el fundamento de la posible pérdida de esta imparcialidad objetiva para poder interpretar el contenido de este derecho en su aplicación al caso concreto.

Tal fundamento radica, según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos Piersack, De Cubber, Handsdrildt, Castillo Algar, Garrido Guerrero, etc.), de nuestro Tribunal Constitucional y de esta misma sala del Tribunal Supremo, en la necesidad de que el sujeto investido de poder judicial para resolver un determinado asunto ha de ser ajeno a ese asunto, pues un contacto anterior con el mismo, siempre que sea relevante, puede deteriorar la confianza de los ciudadanos respecto de esa actuación de ese juez en ese caso concreto, porque, como ha dicho esta sala en su sentencia de 22 de noviembre de 2001 (nº 2181), "en este aspecto incluso las apariencias pueden tener importancia, ya que de ellas depende la confianza que los tribunales, en una sociedad democrática, deben inspirar a los justiciables y, en especial, a los procesados".

Limitándonos a esta pérdida de parcialidad en el sentido objetivo antes mencionado, hay que afirmar la vulneración de ese derecho a un proceso justo cuando el juez, que ha dictado resolución en un determinado asunto, como tal juez en ese mismo asunto, o en otro referido a los mismos hechos, antes había actuado de forma que pueda sospecharse que ya ha formado criterio o pre-juicio sobre el mismo.

El problema radica en concretar qué actuación anterior sirve para contaminar a un juez de modo que las partes pudieran tener sospechas fundadas en datos objetivos acerca de la realidad de que ya tienen prejuzgado el asunto."

3. Lo que se denuncia en estos dos motivos es la contaminación producida en el presidente del tribunal y ponente de la sentencia recurrida por el hecho de haber intervenido como magistrado en dos autos, dictados por la propia Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña en el mismo asunto, por los que se rechazaron sendos recursos de apelación, uno contra un auto de prisión y otra contra el de procesamiento.

Al respecto conviene tener en cuenta, como afirmación previa que el mero hecho de haber conocido de un recurso devolutivo contra un auto de un Juzgado de Instrucción no implica la pérdida de la imparcialidad objetiva.

Así dijimos en nuestra sentencia 294/1997 de 7 de marzo en su fundamento de derecho 2º:

"Porque entender de un recurso que preceptivamente la ley procesal encomienda a la misma sala que ha de celebrar el juicio y dictar sentencia, en este caso la Audiencia Provincial, no puede ser impedimento para formar parte del tribunal que en definitiva ha de juzgar. Cada Magistrado ya sabe el papel que ha de desempeñar en las diversas fases por las que atraviesa el procedimiento: si actúa en apelación respecto de autos relativos al procesamiento o al archivo de las diligencias dictados por el correspondiente juzgado, sabe que ha de moverse sobre meros indicios reveladores de hechos posiblemente constitutivos de delito, mientras que si lo hace en el acto solemne del juicio oral, no ignora que le son necesarias verdaderas pruebas practicadas con todas las garantías para poder condenar."

Es necesario examinar caso a caso para comprobar si objetivamente hay razón para que el interesado pueda desconfiar respecto de si un determinado magistrado ha de actuar con la imparcialidad que le es exigible. Si éste se ha limitado simplemente a examinar el recurso y a resolverlo de una manera "aséptica", es decir, sin





abundar en razones que realmente pudieran servir para alimentar esa desconfianza, habría de entenderse que la contaminación no existió.

La técnica referida del "caso a caso" aparece en múltiples resoluciones de esta sala (14.12.90, 27.1.92, 13.5.93, 8.11.93, 30.3.95 y 22.11.2001) y del T.C. (11/1989, 151/91, 85/92, 60/95 y 11/2000) entre otras muchas.

Y una prueba de que ha de estarse al caso concreto y a sus circunstancias es que de las dos demandas interpuestas contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ambas relativas a asuntos de la jurisdicción militar, una de ellas, la relativa al caso Castillo Algar (28.10.98), fue estimatoria y condenó al Estado Español con declaración de la violación del correspondiente art. 6.1 del Convenio de Roma y al pago de 765.000 pts., mientras que la otra, la del caso Garrido Guerrero (2.3.2000), fue desestimatoria, cuando ambas se referían a hechos similares: haber intervenido los magistrados autores de la sentencia en un auto desestimatorio de apelación contra un procesamiento, en el primero dos magistrados y uno solo en el segundo.

4. En el caso presente son dos las resoluciones que, según los recurrentes, son reveladoras de esa contaminación del mencionado magistrado presidente y ponente, el auto de 14.2.2000 desestimatorio de apelación interpuesta contra la medida de prisión acordada por el Juzgado de Corcubión, reclamado a la Audiencia Provincial por esta sala por no encontrarse unido a las actuaciones recibidas, y el de 25.4 del mismo año que está a los folios 21 a 23.

Hemos examinado tales dos autos y hemos podido comprobar que no hay razón objetiva alguna para que D. Cornelio pueda tener recelo o desconfianza contra el mencionado magistrado con motivo de haber participado en esas dos desestimaciones de los referidos autos del Juzgado de Instrucción. Se limitó a cumplir lo que era su obligación en aquellos momentos, sin que de lo manifestado en tales dos resoluciones pueda deducirse que tenía ya prejuzgado el asunto. Bien claro quedó dicho que lo allí resuelto y sus razonamientos, bien escuetos por otra parte, no eran una valoración de la prueba que tendría que celebrarse en el juicio oral.

En conclusión, nos parece correcto el auto de 5.3.2001 dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia declarando no haber lugar a la recusación pretendida.

Hemos de rechazar los motivos terceros de los recursos aquí planteados.

QUINTO.- Nos referimos aquí al motivo 4º del recurso de D. Cornelio que coincide en su contenido con el 2º de D. Juan Alberto .

También se ampara en el art. 852 LECr y se pretende que hubo asimismo vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Veamos cómo en cuanto a la argumentación tienen razón los recurrentes, y también cómo materialmente esto no puede producir efecto alguno en la sentencia recurrida.

Nos dicen los recurrentes que se tramitó un recurso de queja sin audiencia de la parte. Se refieren al recurso de queja cursado a instancias del Ministerio Fiscal contra el auto del Juzgado de Instrucción que había acordado que el procedimiento se tramitara por las normas propias del Tribunal del Jurado. Nos hemos referido ya al fondo de este tema al examinar los motivos primeros de los dos recursos que estamos estudiando (fundamento de derecho 2º) y allí indicamos la tramitación seguida.

El trámite del recurso de queja en la LECr es muy simple: informe del juez, dictamen del Ministerio Fiscal y resolución del tribunal. No está prevista la audiencia de las partes, lo que puede producir indefensión por vulneración de los principios de contradicción y de igualdad de armas, como ponen de relieve la STC 178/2001, de 17 de septiembre, citada en el recurso de Cornelio , y la de esta sala del T.S. 450/1999 de 3 de mayo, citada en el recurso de Juan Alberto , siendo esta la razón de que para el procedimiento abreviado, en su actual redacción dada por la Ley 38/2002, en su art. 766 haya desaparecido el recurso de queja quedando sólo el de apelación para esta clase de impugnaciones ante un tribunal superior. Véase el art. 787 LECr en su anterior redacción.

Pero hemos de tener en cuenta el fondo del problema suscitado en esas dos resoluciones a las que acabamos de referirnos. Ambas se refieren a casos en los que se había acordado un sobreseimiento al resolverse sendos recursos de queja planteados contra resoluciones del Juzgado de instrucción, que habían acordado el trámite correspondiente para que pudiera abrirse el juicio oral contra determinadas personas por los correspondientes delitos. Por la resolución estimatoria de esos recursos de queja habían quedado archivados los procedimientos penales en un trámite (éste del recurso de queja) en el que no habían sido oídas las correspondientes acusaciones particulares.

Esto no es lo ocurrido en el caso que estamos examinando. Aquí el recurso de queja tuvo por objeto determinar qué procedimiento era el adecuado ante unos hechos probablemente constitutivos de un delito de homicidio





consumado y de otros conexos, el del Tribunal del Jurado o el ordinario de la LECr, el primero si tenemos en cuenta el homicidio referido, o el segundo si aplicamos las normas sobre conexión tal y como ha quedado explicado en el fundamento de derecho 2º de esta misma sentencia.

Pero las normas reguladoras de cualquiera de estos dos procedimientos son respetuosas con el derecho fundamental de orden procesal relativo a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, que es el denunciado como vulnerado en los dos motivos que estamos examinando.

En conclusión, el hecho de haberse tramitado el presente procedimiento por las normas del ordinario de la LECr y no por las del Tribunal del Jurado, tema que fue el resuelto en el recurso de queja en el que se produjo la falta de audiencia de las partes aquí recurrentes, es irrelevante con relación a ese derecho fundamental al que acabamos de referirnos.

Por eso hemos dicho al principio de este fundamento de derecho que alguna razón tienen aquí los recurrentes; pero que ello materialmente no puede tener incidencia en los pronunciamientos condenatorios de la sentencia recurrida.

No existió la infracción de precepto constitucional pretendida en estos dos motivos, 4º del recurso de Cornelio y 2º del interpuesto por Juan Alberto, que hay que desestimar.

SEXTO.- Pasamos a estudiar el motivo 5º del recurso de Jesús que coincide en su contenido con el 4º de Juan Alberto. Por la vía del art. 852 LECr se denuncia aquí vulneración del derecho a la asistencia letrada del art. 24.2 CE.

Se fundan en que los tres imputados, cuando, tras su detención inicial en León, declararon primero ante la Guardia Civil y luego en el Juzgado de Instrucción, lo hicieron todos defendidos por el mismo abogado, pese a existir intereses contrapuestos entre ellos.

La cuestión fue examinada en la sentencia recurrida, que lo solucionó de modo correcto en la primera parte del apartado C) de su fundamento de derecho 1º, al rechazar las pretensiones de las defensas por entender que no hubo tales intereses contrapuestos, lo que esta sala ha podido comprobar al examinar esas actuaciones practicadas en León, primeras de las prestadas tras la mencionada detención.

Para percatarnos de esto basta examinar los folios 227 a 233 donde aparece lo declarado por los tres ante la Guardia Civil, y luego los folios 270 a 276, que contienen lo manifestado ante el Juzgado de Instrucción que son ratificación de lo que acababan de decir ante la policía judicial con repetición expresa de lo antes expuesto y con suficientes detalles como para poder apreciar que no eran una simple corroboración de lo que se acababa de decir ante la policía judicial.

En esas declaraciones todos ellos confesaron su participación en los hechos en la misma forma que luego fue recogida por la sentencia recurrida en su relato de hechos probados, aunque Cornelio en sus respectivas dos declaraciones (folios 231 y 274) las inició hasta un determinado momento -en el juzgado llegó a decir que estuvo en el lugar de los hechos, que con Donato, que llevaba un cuchillo, se produjo una discusión y que no se arrepentía de lo hecho, porque éste le había arruinado su vida- para luego negarse a continuarlas haciendo uso de su derecho al respecto reconocido por el art. 24.2 CE. En todo caso no existieron aquí las pretendidas contradicciones que, si realmente las hubiera habido, habrían requerido que la defensa de cada uno de ellos se hubiera hecho por medio de un letrado diferente.

Además, como bien dice el Ministerio Fiscal, es claro que si el abogado que actuó en defensa de los tres hubiera advertido alguna de esas pretendidas contradicciones, él mismo, en cumplimiento de los deberes de su profesión, así lo habría puesto de manifiesto.

También hemos de rechazar estos dos motivos.

SÉPTIMO.- El motivo 6º del recurso de Cornelio no tiene paralelo en el recurso de Juan Alberto. Asimismo por el cauce del art. 852 LECr, alega otra vez violación del derecho a un proceso con todas las garantías, ahora con referencia al principio acusatorio.

Se dice que durante el sumario no le fue imputado a Cornelio ni el hecho ni el delito de robo por el que luego fue condenado, por lo que nunca tuvo ocasión de defenderse ni de proponer prueba sobre tal hecho y delito.

Contestamos en los términos siguientes:

A) La delimitación del objeto del proceso no viene determinada por las imputaciones que pudieran haberse hecho en el trámite de instrucción, sino por las efectuadas en las conclusiones definitivas. En el caso presente hubo imputación del Ministerio Fiscal por los hechos del robo tanto en la calificación provisional (folios 85 y



86) como en la definitiva (f. 242). Y lo mismo cabe decir respecto de la calificación realizada por la acusación particular (f. 92, 93, 238 vto. y 239).

B) Ciertamente es que, para evitar acusaciones sorpresivas que hubieran impedido a la parte alegar y solicitar diligencias durante el sumario, la doctrina del TC y de esta sala viene exigiendo que haya habido alguna imputación contra esa misma parte antes de concluir la instrucción sobre los hechos concretos por los que luego se acusa y condena. El tema de la sustracción violenta de las tres papelinas de cocaína y del dinero pagado por ellas (unas 18.000 pts) estuvo presente en varias de las declaraciones sumariales de los imputados y también en el auto de procesamiento donde en su hecho segundo (f. 502) se habla de la compra de 3 gramos de cocaína a Donato por la cantidad mencionada y la sustracción de ésta, una vez producido el apuñalamiento, al registrar a la víctima. No se procesa formalmente por el delito de robo, parece que por olvido; pero ello es irrelevante habida cuenta de la naturaleza provisional de esta clase de resoluciones que tiene como principal función la de legitimar pasivamente en el procedimiento penal ordinario y permitir que sólo contra los procesados se puedan dirigir las acusaciones. Pero lo importante a estos efectos son los hechos por los que se procesa y no el delito o delitos concretos fijados en tal resolución de procesamiento. Son las acusaciones posteriores, una vez concluido el sumario, las que han de precisar esas calificaciones jurídicas específicas.

Por lo demás nos remitimos a la segunda parte del fundamento de derecho 1º-C) de la sentencia recurrida donde se contesta de modo adecuado sobre esta cuestión.

También desestimamos este motivo 6º del recurso de Cornelio .

OCTAVO.- 1. Examinamos aquí los motivos 7º del recurso de Cornelio y 5º del articulado por Juan Alberto .

En ambos se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

2. Se dice, en ambos recursos, y es cierto, que según la sentencia recurrida los tres acusados fueron condenados fundamentalmente por las declaraciones que ellos mismos prestaron ante la Guardia Civil y Juzgado de León a raíz de su detención. Declaraciones, se añade, que hay que considerar ineficaces como prueba de cargo como consecuencia de no haber sido prestadas con la garantía de una adecuada asistencia letrada por haber actuado en defensa de los tres en esas primeras actuaciones el mismo abogado cuando había posiciones contradictorias entre ellos tres. Nos remitimos a lo que sobre este punto acabamos de decir en el anterior fundamento de derecho 6º de la presente resolución.

3. Nos dice el recurso de Cornelio que se violó el derecho a la presunción de inocencia porque esas declaraciones primeras hechas por los detenidos en León no pueden considerarse como verdadera prueba de cargo porque no fueron ratificadas en el plenario y no se encuentran mínimamente corroboradas por otras pruebas.

Contestamos diciendo, y ello vale también para el recurso de Juan Alberto , que es doctrina reiterada de esta sala, conforme lo recoge la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 8º, que cuando un acusado (o un testigo) declara en el juicio oral y antes lo ha hecho de manera distinta en la instrucción el tribunal puede conceder su crédito a estas últimas y no a aquellas, total o parcialmente, siempre que hayan sido prestadas con todas las garantías previstas en la Constitución y en la ley procesal y siempre que de algún modo, ordinariamente a través del mecanismo del art. 714 LECr, aquellas otras declaraciones anteriores hayan sido introducidas en el debate del juicio oral, lo que con frecuencia puede conocerse por el contenido del acta levantada al efecto donde aparecen referencias a esas otras manifestaciones o a su contenido. Y esto último es lo que ocurrió en el caso presente. Si leemos las declaraciones de cada uno de los tres acusados prestadas en el plenario podemos ver cómo aparecen allí repetidas referencias a lo que habían declarado en León a raíz de la detención de los tres. En realidad sobre esta cuestión no aparece impugnación alguna por parte de ninguno de los dos recurrentes, en sus respectivos escritos de recurso.

Y por lo que se refiere a las normas constitucionales y legales relativas a las garantías que han de observarse en esas declaraciones policiales y ante el juzgado, es claro que fueron cumplidas: a todos se les informó de sus derechos como detenidos y de los hechos por los que se les privó de libertad y fueron interrogados, con la asistencia del letrado que se les designó de oficio.

Por lo demás, nos remitimos a lo que la sentencia recurrida nos dice en sus fundamentos de derecho 3º a 8º, donde de modo detallado se nos ofrece una exposición de la prueba utilizada para condenar, particularmente a lo expuesto en el 7º donde se reproduce el contenido de esas declaraciones prestadas por cada uno de los tres detenidos, contenido que justifica de modo evidente esas condenas. Repetimos aquí que aparecen a los folios 227 a 233 y 270 a 276 y a ellas nos hemos referido en el anterior fundamento de derecho 6º recién citado.

4. Por lo que se refiere específicamente a Juan Alberto , condenado en la sentencia recurrida como partícipe en la autoría directa de la muerte de Donato , en cuanto que él, aunque no lo apuñaló ni lo sujetó mientras





era apuñalado, en ese incidente dio golpes contra su persona, fue condenado, sobre todo, por haber actuado como cooperador necesario, dado que, sabedor de los propósitos de los otros dos para matar a Donato y apoderarse de la droga, los transportó desde Vitoria al cementerio nuevo de Cee (A Coruña) donde se produjo la mencionada muerte y el apoderamiento de la droga; después al pueblo de Cee, concretamente a una discoteca donde alguno de ellos hizo comentarios que luego sirvieron de pista a la policía para averiguar la identidad de los autores; los llevó de nuevo al lugar donde habían dejado el cuerpo del apuñalado, y allí colaboró con los otros dos en el arrastre de tal cuerpo hasta introducirlo en el coche de aquel que entre todos incendiaron quedando calcinados el vehículo y el cadáver de Donato, terminando su actuación (Juan Alberto) llevándolos, también en su propio vehículo, hasta Santiago de Compostela, donde Luis Pablo y Cornelio cogieron el autobús de línea con el que regresarían a Vitoria.

Pues bien, de toda esta actuación hay prueba en las propias declaraciones de los tres acusados a lo largo del procedimiento, y en cuanto a los extremos negados por Juan Alberto con posterioridad a sus primeras manifestaciones, también en el propio texto de las prestadas en el Juzgado de León hay elementos de cargo suficientes contra dicho Juan Alberto, particularmente en las declaraciones de Luis Pablo y en las realizadas por él mismo (Juan Alberto). Así a los folios 227 a 230 aparece que Luis Pablo dijo ante el Juez que los tres tiraron al suelo a J. Freire y luego lo metieron en el coche, en cuyos asientos prendieron fuego, y que antes de quemarle le sacaron del bolsillo las 18.000 pts. Y a los folios 232 y 233 Juan Alberto reconoce que estuvo con los otros dos cuando mataron y quemaron a Donato, que él sólo le dio una patada cuando estaba en el suelo, que los tuvo que llevar aun sabiendo que iban a matarle porque ya venían de Vitoria con esa idea.

5. En conclusión, hubo prueba de cargo legítimamente aportada al proceso y razonablemente suficiente para justificar las condenas de los dos que ahora recurren en casación.

Unas condenas con tales pruebas fueron respetuosas con sus respectivos derechos a la presunción de inocencia.

Hay que desestimar también estos dos motivos.

NOVENO.- Pasamos ahora a tratar del motivo 9º del recurso de Cornelio por referirse también al tema de la prueba, que tampoco tiene paralelo en el recurso de Juan Alberto.

Se ampara en el nº 2º del art. 849 LECr y en su desarrollo se hacen varias alegaciones que en modo alguno pueden tener encaje en esta norma penal, pues, de todo lo aquí expuesto, lo único que se aduce que pudiera tener cierto parecido con lo previsto en este art. 849.2º, es lo que se dice en relación al "documento público consistente en la certificación del Ayuntamiento de Vitoria de que el día 5 de agosto de 1999 era fiesta local, así como que tanto los días anteriores como posteriores se venían desarrollando fiestas patronales, lo que justificaba sobradamente el retorno de mi representado a Galicia al encontrarse paradas las obras en las cuales junto a Luis Pablo intentaba buscar trabajo, quedando así demostrado el error en la apreciación de la prueba cometido".

Es el único documento que se cita en toda la exposición de este motivo 9º; pero lo que en tal documento se expresa en modo alguno constituye prueba apta para acreditar nada contrario a lo que se da como probado en el relato que la sentencia recurrida nos ofrece, que es lo que se exige en el texto del mencionado art. 849.2º para que en casación pueda considerarse probado el error en la apreciación de la prueba. Bien pudo ocurrir que la oferta de venta de cocaína en una cantidad de cierta importancia hecha por Donato a Cornelio y a Luis Pablo, para que éstos la vendieran en Vitoria, coincidiera con esas fechas de las referidas fiestas y que la razón de decidirse a viajar desde allí a Galicia fuera ciertamente que por esos días nada podían hacer allí en cuanto a sus gestiones para buscar trabajo; pero esto no es incompatible con que realmente, tal y como afirman los hechos probados de la sentencia recurrida, a Luis Pablo y a Cornelio se les ocurriera la idea de apoderarse de la droga sin pagarla y además matar a dicho Donato que les había arruinado la vida por haberlos metido en esa actividad delictiva, que es lo que se pretende impugnar en este motivo a través del mencionado documento del Ayuntamiento de Vitoria.

Ciertamente este documento en nada contradice el relato de hechos probados.

Hay que rechazar también este motivo 9º.

DÉCIMO.- 1. Sólo nos queda por examinar el motivo 8º del recurso de Cornelio y el de similar contenido formulado por Juan Alberto con el nº 6º, en los cuales, al amparo del nº 1º del art. 849 LECr, se alega infracción de ley por aplicación indebida del art. 526 CP.

Los dos recurrentes nos dicen que tal delito no existió en el caso presente, pues estuvo ausente el elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de faltar al respeto debido a la memoria de los muertos, exigido en tal art. 526.





Por ello -se dice en los escritos de estos recursos- a lo sumo debiera haberse condenado sólo por el delito de homicidio en el que habría quedado absorbida la ilicitud propia de la incineración del cadáver de Donato .

Dado que estos dos motivos se encuentran acogidos al nº 1º del art. 849 LECr, para solucionar el problema de calificación jurídica que aquí se plantea hemos de partir del relato de hechos probados de la sentencia recurrida (art. 884.3º de tal ley procesal).

2. Tal art. 526 CP 95, coincidente en este punto con el art. 340 CP 73, en lo que aquí nos interesa aparece redactado en los términos siguientes: "El que, faltando al respecto debido a la memoria de los muertos, (...) profanare un cadáver (...) será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses".

Dos son los elementos de tal delito según el propio texto que acabamos de transcribir:

1º. Ha de existir un acto de profanación de cadáver, como lo fue sin duda el hecho de incendiar el coche por parte de los tres procesados con el cuerpo muerto de Donato que antes habían arrastrado para introducirlo dentro de tal vehículo, quedando calcinados el coche y el cadáver. Tal aparece afirmado en los hechos que nos narra la sentencia de instancia y sobre este extremo nada se ha cuestionado.

2º. Tal acto de profanación de cadáveres ha de hacerse "faltando al respeto debido a la memoria de los muertos". A propósito de este elemento del delito es donde se plantean los problemas en estos dos motivos.

Conviene partir para solucionarlos de la redacción objetiva que con referencia a esta clase de delito nos ofrece el texto del art. 526, a diferencia de lo que en este mismo artículo, en su apartado final se hace con relación a otra figura delictiva, donde expresamente se utiliza una redacción claramente subjetiva: a propósito del delito de daños en las urnas funerarias, panteones, etc., se exige "ánimo de ultraje".

Como consecuencia de esa redacción objetiva la mayor parte de la doctrina viene entendiendo que ha de excluirse que, en el tipo de delito que estamos examinando, se exija un elemento subjetivo del injusto a agregar al dolo que ha de existir en toda clase de delitos dolosos.

Esta sala entiende que esta falta de respeto es simplemente la mención en la definición legal del bien jurídico protegido: el valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida.

Decir simplemente como definición de delito "el que (...) profanare un cadáver o sus cenizas" podría permitir que actos de importancia menor quedaran sancionados como delito máxime cuando ha desaparecido la falta del anterior art. 577. Estos actos han de tener siempre una cierta entidad para que pueda entenderse afectado ese bien jurídico y para esto sirve este requisito exigido en este artículo (la mencionada falta de respeto), como puede deducirse de que tal elemento típico no apareciera en la citada falta del art. 577. Reconocemos que es difícil determinar el alcance y los propósitos del legislador para dar un contenido concreto a este elemento del delito. Pero estimamos que no hay razón alguna para que haya de tener ese alcance de elemento subjetivo del tipo a agregar al dolo siempre necesario.

Hay que considerar que, como elemento subjetivo, sólo es necesario aquí el dolo, en cuanto exigencia de que el sujeto activo haya actuado con el conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos especificados en la norma: conocimiento de la profanación del cadáver o sus cenizas y además conocimiento de que con el acto concreto de profanación que ha realizado, ha estado "faltando al respeto debido a la memoria de los muertos". Nada se dice al redactar este texto de "ánimo de", "con intención de", "con propósito de", "a sabiendas de", "con el conocimiento de", etc. que es como generalmente en nuestro CP se viene configurando este específico elemento subjetivo del injusto.

3. Y aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa hay que entender que aquí concurrieron esos dos elementos objetivos (profanación más falta de respeto) y que los tres autores del hecho del incendio del coche con el cadáver dentro en ese momento sabían que estaban profanando un cadáver y que con ese acto concreto de profanación también estaban faltando al respeto debido a la memoria de los muertos. Y ello aunque la finalidad última en las intenciones de cada uno de los tres autores del hecho fuera la de hacer desaparecer las huellas del homicidio que en aquella otra ocasión anterior habían cometido en esa misma madrugada del 5 de agosto de 1999. Tal intención última impidió la concurrencia del llamado dolo directo de primer grado, pero no que estuviera presente el dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias.

4. Y en cuanto a la pretendida absorción en el previo delito de homicidio por la mencionada finalidad última, hemos de decir que nos encontramos ante un caso más en que hay que resolver la cuestión de si nos hallamos en un concurso de normas o de delitos. Problema difícil de solucionar, como ya hemos dicho en otras ocasiones, al que ha de aplicarse un criterio tan impreciso como es el de la valoración de la ilicitud del hecho: si la total ilicitud del comportamiento a examinar queda abarcada con una sola de las sanciones previstas por el legislador para uno de los tipos de delito en juego, nos encontramos ante un concurso de normas a resolver





por alguna de las reglas del actual art. 8 CP, en este caso la de su nº 3º; pero si es necesario aplicar todas las sanciones previstas en los diferentes artículos del código penal para abarcar esa total antijuricidad, entonces nos hallamos ante un concurso de delitos, real, ideal o medial, según las circunstancias del caso.

Entendemos que nos encontramos aquí ante un concurso de delitos, y para comprenderlo así basta con poner de manifiesto lo que nos dice la sentencia recurrida en el apartado C) de su fundamento de derecho décimo.

Con este texto la Audiencia Provincial está exponiendo con otras palabras este criterio que acabamos de explicar: no basta condenar sólo por el homicidio, pues si así lo hiciéramos quedaría impune una acción que la ley prevé como delictiva. Es claro que los delitos de homicidio, asesinato, aborto, etc. pueden cometerse sin necesidad de realizar algo tan despreciativo con el cadáver de un ser humano, como lo que hicieron en el caso presente los tres homicidas. Habrá casos de manipulación de cadáveres para su ocultación en que quizá pudiera aplicarse, por su importancia secundaria, el criterio de la absorción (concurso de normas del art. 8.3º CP), pero no en éste, por las circunstancias que lo rodearon: entre otras relativas a lo deleznable del hecho (incendio con resultado de carbonización), el dato de que transcurrió un tiempo desde el homicidio hasta el incendio del coche con el cadáver de la víctima, varias horas al parecer, revelador de que el propósito de cometer el nuevo delito apareció con posterioridad a la consumación del anterior, un elemento más a considerar para que tengamos que apreciar la independencia de ambas acciones criminales.

Por otro lado, esa diferencia temporal impide que pudiera apreciarse la existencia de un concurso ideal. No hay un solo hecho constitutivo de dos infracciones (art. 77 CP), sino dos hechos diferentes. Tampoco cabe hablar de un delito medio necesario para cometer otro (inciso 2º del mismo art. 77.1), pues la relación entre ambos es la de ocultación, que es la que habría determinado la concurrencia de un delito de encubrimiento - absorbido por lo dispuesto en el citado art. 8.3º CP- del art. 451.2º si hubiera de aplicarse el referido concurso de normas. Los hechos presentes exceden del mero encubrimiento del citado art. 451.2º por tratarse de un hecho delictivo con tipificación independiente por referirse a un bien jurídico diferente del protegido en el delito de homicidio: el respeto debido a la memoria de los muertos, distinto del que se encarna en el relativo a la vida de una persona.

En conclusión, nos hallamos claramente ante acciones diferentes que constituyen un delito de homicidio y otro de profanación de cadáveres.

Fue bien aplicado al caso el art. 526 CP.

También hemos de rechazar estos dos motivos 8º y 6º respectivamente de los recursos de Cornelio y Juan Alberto .

III. FALLO

NO HA LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN formulados por D. Cornelio y D. Juan Alberto , contra la sentencia que a los dos y a D. Luis Pablo condenó por los delitos de homicidio y otros, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña con fecha quince de diciembre de dos mil uno, imponiendo a dichos recurrentes el pago de las costas de sus respectivos recursos.

Comuníquese por medio de fax el presente fallo al mencionado tribunal, dada la situación de prisión provisional en que, al parecer, se encuentran dichos recurrentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Luis-Román Puerta Luis Joaquín Delgado García Juan Saavedra Ruiz Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquín Delgado García , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

