

Roj: **STS 3705/2005** - ECLI: **ES:TS:2005:3705**Id Cendoj: **28079120012005100801**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/06/2005**Nº de Recurso: **1144/2003**Nº de Resolución: **715/2005**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Junio de dos mil cinco.

En los recursos de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones de Cecilia , Marí Jose y Elvira (en concepto de Acusación Particular), Juan Enrique , Ernesto y Mauricio , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección VII, por delitos de asesinato consumado, asesinato intentado, homicidio intentado en concurso con atentado, agresión sexual, lesiones psíquicas, lesiones físicas con uso de armas, tenencia ilícita de armas, allanamiento de morada en concurso con delito de robo con violencia y uso de armas, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sr. Vila Rodríguez, Sr. Vila Rodríguez, Sr. Vila Rodríguez, Sra. Arduan Rodríguez, Sr. Valero Sáez y Sr. Bermúdez de Castro y Rosillo, respectivamente; siendo parte recurrida Juan Ramón , representado por la Procuradora Sra. Porta Campbell.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Majadahonda, instruyó Sumario nº 1/2002, seguido por delitos de asesinato, asesinato intentado, atentado, homicidio intentado, agresión sexual, lesiones psíquicas, lesiones, tenencia ilícita de armas, allanamiento de morada y robo con violencia e intimidación y uso de arma, contra Juan Enrique , Ernesto , Mauricio y Juan Ramón , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección VII, que con fecha 10 de Julio de 2003 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Sobre las 3,45 horas de la madrugada del día 20 de junio del 2001, el acusado Juan Enrique , mayor de edad y sin antecedentes penales, después de saltar la valla de unos dos metros de altura que circunda el chalet ubicado en la finca señalada como nº NUM000 de la C/ DIRECCION000 de Pozuelo de Alarcón, donde vivía la familia formada por el matrimonio compuesto por D. Agustín y D^a Cecilia y las hijas comunes Marí Jose y Elvira , de 17 y 15 años de edad, respectivamente, por entonces, atraviesa el jardín de la propiedad y trepa por la pared posterior de la edificación, compuesta por planta sótano, planta baja, planta primera o alta y ático o buhardilla, apoyándose para ello en la existencia en la pared de ventanas con rejas, balcón y maceteros. De esta forma llega a la terraza acristalada del ático, cerrada con hojas correderas, que logra abrir, introduciéndose en la casa por dicha terraza, cuya puerta de aluminio de color blanco, con cierre de manivela, fuerza desde el exterior con uno de los dos destornilladores que llevaba en una mochila roja, que igualmente contenía una sierra de pequeño tamaño y unos alicates.- Una vez pudo acceder a la habitación existente en el ático, Juan Enrique baja la escalera que conduce a la planta primera o alta del chalet, donde se encuentran los dormitorios de sus cuatro habitantes, y se encamina al dormitorio del matrimonio Agustín - Cecilia , llevando en la mano un revólver de la marca Colt, modelo King Cobra, con número de serie NUM001 , con capacidad para seis cartuchos, sin estar en posesión de las preceptivas licencia y guía de pertenencia.- Sin encender la luz de la habitación del matrimonio, que se hallaba durmiendo, Juan Enrique entra en la misma,



y los pasos despiertan a Don Agustín , quien a la vez alerta a su esposa D^a Cecilia de la existencia de un intruso en la habitación. Cuando D. Agustín se encontraba incorporándose de la cama, adelantó de modo instintivo su mano izquierda hacia el revólver que sostenía Juan Enrique y que apuntaba hacia el pecho de D. Agustín , quien no tuvo tiempo de reaccionar, puesto que rápidamente aquél disparó, atravesando el proyectil la palma de la mano izquierda de D. Agustín saliendo la bala por el dorso de tal mano y penetrando por el hemitórax izquierdo, a 3,5 centímetros del pezón, produciendo el paso del proyectil el desgarramiento de la cúpula diafragmática izquierda y del saco pericárdico, lesionando el ápex cardíaco y perforando el estómago, hasta alojarse en la celda renal derecha, después de lesionar el polo superior del riñón.- Seguidamente, Juan Enrique disparó contra D^a Cecilia , que ocupaba la parte derecha de la cama de matrimonio, penetrando la bala por la cara posterior del muslo izquierdo, atravesando la región pélvica y saliendo por el flanco derecho, alojándose posteriormente en el colchón de la cama. D^a Cecilia quedó seminconsciente e inmovilizada en la cama del matrimonio entre las sábanas.- Al seguir consciente D. Agustín , Juan Enrique se encaminó hacia él con un machete de 33 centímetros de longitud, correspondiendo 21 centímetros a su hoja, que poseía un filo muy cortante y un contrafilo dotado de sierra. Con el mango de dicho machete o con la culata del revólver golpeó en la cabeza a D. Agustín , causándole doble fractura con hundimiento del hueso occipital. Con el referido machete Juan Enrique causó varias heridas superficiales en origen de pirámide nasal, en ángulo mandibular derecho y en hemicara izquierda, y otra más profunda en el cuello, a D. Agustín , a quien por último apuñaló de forma rápida y certera por encima del pezón izquierdo por dos veces y a una distancia la una de la otra de un centímetro, que penetran en la cavidad torácica, provocando la fractura de la tercera y cuarta costilla y la lesión del pulmón izquierdo, desencadenando roturas en las estructuras pulmonares y ocasionando un hemotórax superior a los dos litros.- Mientras Juan Enrique agredía a D Agustín , le dirigía frases como "hijo de puta, muérete, métete esto", quedando el cuerpo de D. Agustín en el suelo de la habitación del matrimonio, entre la pared y el lado izquierdo de la cama, según se mira.- Antes de marcharse de la habitación, Juan Enrique encendió la luz para cerciorarse de que el matrimonio compuesto por D. Agustín y D^a Cecilia habían fallecido, llegando incluso a destapar a esta última, a la que dio por muerta debido a que permanecía inmóvil aunque consciente.- SEGUNDO.- Entonces Juan Enrique se dirigió a la habitación de Marí Jose , que dormía en la única cama existente y se despertó al notar la presencia de una persona que en principio confundió con su padre. Cuando Marí Jose intentó incorporarse de la cama, Juan Enrique le dio un fuerte golpe en el pecho que la hizo retroceder, a la vez que le produjo un corte en el cuello con el machete que portaba. A continuación Juan Enrique saca el revólver que llevaba y apuntando a la cabeza de la joven le dijo que si se movía la mataba, preguntándole cómo se llamaba, qué edad tenía, donde se encontraba el dinero, la caja fuerte y las joyas, así como el lugar donde se hallaba su hermana.- Juan Enrique sale unos instantes de la habitación de Marí Jose y al momento regresa con Elvira , quién era agarrada por los pelos por Juan Enrique con una mano mientras que con la otra cogía el revólver. Elvira se había asomado al pasillo de la planta superior de la casa, pues había oído ruidos cuando dormía, encontrándose en el pasillo a Juan Enrique . Una vez en la habitación de Marí Jose , las dos hermanas son conminadas por Juan Enrique para que le informaran del lugar donde sus padres guardaban el dinero y las joyas, a lo que aquéllas respondían que no sabían, añadiendo Elvira que en su habitación tenía dinero fruto de sus ahorros, encaminándose los tres a dicha habitación.- Ya en la habitación de Elvira , las dos hermanas son empujadas hacia una de las dos camas allí existentes, preguntando Juan Enrique nuevamente por el dinero. Elvira entonces abrió su armario y le ofreció sus ahorros, ascendentes a 19.000 pesetas, de las que se apropió Juan Enrique , metiéndoselas en la chaqueta que llevaba, lo que también hizo con un teléfono móvil de la marca Ericsson T28 que usaba Elvira .- Seguidamente, Juan Enrique ordenó a Elvira que se cambiara de cama, bajó la persiana de la habitación para que no entrara luz desde el exterior y preguntó a las dos hermanas que si tenían condones. Las jóvenes le dijeron que no y le pedían que no les hiciera nada, pero Juan Enrique ordenó a Marí Jose que se tapara la cara con el uniforme de su hermana Elvira , y se tumbó con ésta en la cama donde la había hecho desplazar, poniéndole las manos en el cuello y compeliéndole a que se quitara las bragas, mientras que la menor le suplicaba que no le hiciera nada, pues era una niña y era virgen, lo que es respondido por Juan Enrique con la frase "te follo o te mato", a la vez que la llamaba "hija de puta". Elvira fue penetrada vaginalmente por Juan Enrique , quien asimismo eyaculó en el interior del órgano sexual de la menor.- Finalizado el forzado acto sexual, las menores hermanas fueron obligadas a salir de la habitación de Elvira , dirigiéndose primero al baño de la planta donde se encontraban, donde a través del espejo el agresor fue visto por las jóvenes, desistiendo Juan Enrique de su inicial idea de dejarlas encerradas en aquel lugar porque la puerta del baño carecía de cerradura desde fuera. A continuación bajaron las escaleras que comunica la planta baja con el primer piso, yendo delante Marí Jose al objeto de ir desconectando la alarma en el supuesto de que estuviera accionada, y yendo detrás Elvira , agarrada de los pelos por Juan Enrique , quien además las apuntaba con el revólver. Una vez en la planta baja, las jóvenes son obligadas a introducirse en un armario empotrado de reducidas dimensiones, existente en la entrada del chalet, después de sacar del mismo una aspiradora, siendo encerradas por Juan Enrique , quien nuevamente se dirige a las habitaciones del piso superior con la finalidad de buscar y llevarse todo lo que de valor encontrara, revolviendo armarios y cajones y adueñándose de diversas joyas y de un reloj del fallecido.- Mientras Juan Enrique se hallaba con las jóvenes



hermanas en otras dependencias de la casa, D^a Cecilia , con gran esfuerzo debido a las heridas por arma de fuego infligidas, llamó varias veces al 091 y al servicio de emergencia 112, siendo finalmente atendidas sus llamadas telefónicas, realizadas desde el aparato existente en la mesilla de noche de la habitación de dormitorio, personándose en el lugar una patrulla del Cuerpo Nacional de Policía y otra de la Policía Municipal de Pozuelo, lo que determinó que Juan Enrique huyera de la casa, que las menores fueran rescatadas del lugar donde aquél las encerró y que las tres mujeres fueran atendidas por los servicios médicos, habiendo sido mortales las heridas de D^a Cecilia en el caso de no haber existido actuación médico-quirúrgica urgente y eficaz.- TERCERO.- A las 4,45 horas aproximadamente Juan Enrique salió de la casa con el dinero, el móvil y las joyas obtenidas por la puerta principal y saltó la valla de la propiedad, para introducirse en la contigua, desde cuya valla saltó a la calle, lo que a corta distancia fue presenciado por el P.N. n^o NUM002 , quien le dio el "alto policía", haciendo caso omiso y huyendo del lugar por un descampado que conduce a una zona de obras de construcción, desprendiéndose del machete con sangre en su hoja en el primer tramo, pero no así de la mochila roja que desde el principio llevaba. Fue perseguido por el mencionado policía, quien seguía requiriéndole para que se parara. Al cabo de unos 50 metros aproximadamente, Juan Enrique sacó de la mochila roja su revólver y disparó contra el P.N. NUM002 , quien se encontraba a unos 10 metros y logró esquivar el tiro, a la vez que hizo tres o cuatro detonaciones al aire con fines intimidatorios; pero Juan Enrique siguió corriendo unos 60 metros aproximadamente, parando y poniendo una rodilla en el suelo, siendo alcanzado por el Policía, que le encañonó. Juan Enrique le miró y a una distancia de un metro aproximadamente disparó al policía, que logró esquivar el tiro echándose a un lado, emprendiendo nuevamente la huida Juan Enrique durante otros 15 metros aproximadamente, produciéndose otras tres o cuatro detonaciones al aire del Policía con el arma reglamentaria. Entonces Juan Enrique arroja su revólver contra el cuerpo del agente policial, quien se hace cargo del arma, cuyo tambor porta seis cartuchos, cinco de ellos percutidos. Mientras, Juan Enrique logra escapar en la zona de casas en construcción existente en el lugar, deshaciéndose de la mochila de color rojo, la cual introduce en un bidón de obra y es descubierta por un vigilante de una gasolinera también en obras existente a unos 50 metros, que lo pone en conocimiento de la Policía.- La mochila o macuto de color rojo contenía dos destornilladores, una sierra y unos alicates, así como una caja de caudales que a su vez albergaba nueve anillos, doce pendientes, seis gemelos, dos cruces, un colgante, dos medallas, un eslabón de cadena gruesa, seis pulseras, seis collares, dos esclavas y un reloj de caballero.- CUARTO.- El dispositivo policial de búsqueda de Juan Enrique por las inmediaciones del lugar de los hechos ya aumentando y extendiéndose conforme pasan las horas. Los P.M. de Pozuelo con números de identificación NUM003 y NUM004 logran interceptarlo cuando caminaba por la C/ Peñalara de aquella localidad, dándose a la fuga y cruzando la M-40, pero logran detenerlo sobre las 6,45 horas del 20 de junio del 2001 cuando cruzaba el puente que atraviesa la N-VI cerca de la estación de servicio Concorde, en uno de cuyos pilares pretendió esconder la chaqueta de chándal de la marca Adidas que llevaba.- En el momento de su detención, Juan Enrique , que inicialmente se identificó como Ramón , llevaba un teléfono móvil de la marca Ericsson modelo T285, otro móvil de la marca Phillips modelo Savy, una linterna de color negro y amarillo, un encendedor, un llavero con tres llaves, un paquete de cigarrillos de la marca Marlboro, tres pulseras doradas, una de ellas con piedras, dos colgantes dorados y un botón plateado, un collar de perlas y plástico, un collar dorado y piedras de color naranja, una pulsera dorada, un colgante con un cristal, un colgante dorado en forma de rombo, dos cadenas plateadas, una cadena dorada con dos medallas con inscripción " Elvira " y fecha 21-5- 94, un colgante dorado en forma de pato, un colgante en forma de A dorado, un crucifijo dorado, siete billetes de 2000 ptas. y un billete de 5000 ptas., y dos bolsitas de tela, una de color azul y otra de color blanco.- QUINTO.- Como consecuencia de la agresión sufrida, D^a Cecilia fue diagnosticada de heridas por arma de fuego en la región pélvica, por lo que recibió periódica asistencia facultativa, requiriendo tratamiento médico consistente en hospitalización, Uvi, cirugía, ginecología, urología, analgésicos, rehabilitación, revisión y tratamiento psicológico; asimismo ha requerido tratamiento quirúrgico consistente en histerectomía total ampliada y sutura de lesiones por herida por arma de fuego. Tardó en curar 309 días, todos los cuales lo fueron con incapacidad para sus ocupaciones habituales, de los que 17 estuvo hospitalizada. Le quedan como secuelas las siguientes: cicatriz infraumbilical de 22 centímetros, cicatriz en forma ilíaca derecha de 3 centímetros, cicatriz en muslo izquierdo de 1,5 centímetro, histerectomía total ampliada (extirpación de los dos ovarios), molestias en la cavidad abdominal por adherencias postquirúrgicas, ciatagia izquierda, ligera atrofia muscular en pierna izquierda, síndrome doloroso en región pubiana y pélvica, lumbalgia de carácter moderado, y síndrome de depresión postraumática que requiere terapia psicológica y medicamentosa, habiendo reanudado el hábito del tabaco, que había conseguido abandonar desde hacía dos años y medio.- Marí Jose padeció herida por arma blanca en la región paramedial anterior del cuello, que requirió de observación hospitalaria y más de una asistencia facultativa, para cuya adecuada curación le fueron practicados 13 puntos de sutura. Tardó en curar 15 días, con los mismos de incapacidad para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuela una cicatriz de 7 centímetros en el cuello, no siendo descargable que en un futuro requiera apoyo psicológico por los hechos ocurridos.- Por último, Elvira fue diagnosticada de síndrome de estrés postraumático, cuyo padecimiento requirió una periódica asistencia facultativa y de tratamiento medico consistente en psicoterapia, hipnóticos



y cobertura de enfermedades de transmisión sexual. Tardó en curar 60 días, con 30 de incapacidad para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuela el síndrome de estrés postraumático, que requerirá de psicoterapia y psicofármacos de apoyo durante un largo periodo de tiempo.- SEXTO.- De acuerdo con un plan preconcebido, Juan Enrique fue trasladado a las inmediaciones del domicilio sito en la C/ DIRECCION000 nº NUM000 de Pozuelo de Alarcón, en las últimas horas de la noche del 19 de junio del 2001, por el acusado Ernesto , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, y por el acusado Mauricio , mayor de edad y sin antecedentes penales, en el vehículo turismo de la marca Peugeot 205 con matrícula D....-AS , propiedad del acusado últimamente nombrado, metiendo Juan Enrique en dicho vehículo la mochila o macuto de color rojo en el que llevaba las herramientas, el machete y el revólver intervenidos con posterioridad. En dichas inmediaciones iban a esperar Ernesto y Mauricio a Juan Enrique , mientras éste se introducía en la vivienda de la familia Agustín - Cecilia y en sustraía bienes de la misma, de los que posteriormente también se beneficiarían los dos primeros, una vez se llevaran del lugar a Juan Enrique .- Por circunstancias no aclaradas, los indicados Ernesto y Mauricio se marcharon del lugar, sin especificar pero cercano al domicilio que iba a asaltar Juan Enrique , mas regresando a la zona después al contactar con Juan Enrique y éste decirles que le podían venir a recoger. A tal efecto, alrededor de las 6'30 horas del 20 de junio del 2001, Mauricio y Ernesto fueron en el coche del primero a la gasolinera Concorde, ubicada en la N-VI, cerca de la intersección con la M-40, lugar convenido por Ernesto con Juan Enrique para producirse la recogida de este último. Como quiera que el mismo no llegaba, Ernesto y Mauricio decidieron regresar a sus respectivos domicilios sin esperar más tiempo a Juan Enrique .- Mauricio se encuentra afectado por un trastorno mixto de personalidad, con rasgos de dependencia y de inestabilidad, tiene un coeficiente de inteligencia limítrofe con la torpeza y en la fecha de los hechos actuaba guiado por una relación de sumisión a los dictados de Ernesto , con quien mantenía un vínculo sentimental desde hacía dos años y medio. Todo lo cual implicaba en Mauricio una ligera disminución en la capacidad de auto-control de sus actos.- SEPTIMO.- No ha quedado acreditado en autos que en los hechos enjuiciados participara el acusado Juan Ramón , mayor de edad y sin antecedentes penales, quien el 7 de junio del 2001 arrendó a su nombre, por tener residencia legal en España, a cambio de contraprestación económica, la vivienda sita en la c/ DIRECCION001 nº NUM005 - NUM005 NUM006 de Madrid ocupada por Juan Enrique ". (sic)

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

"FALLAMOS: 1º.- Que debemos condenar y condenamos a Juan Enrique , como autor material criminalmente responsable de los siguientes delitos a las penas que seguidamente se indicarán, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.- A) Por un delito de ASESINATO, a la pena de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.- B) Por un delito de ASESINATO INTENTADO, a la pena de QUINCE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.- C) Por un delito de HOMICIDIO INTENTADO en concurso ideal con un delito de ATENTADO, a la pena de DIEZ AÑOS DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.- D) Por un delito de AGRESIÓN SEXUAL, a la pena de QUINCE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.- E) Por un delito de LESIONES PSÍQUICAS, la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- F) Por un delito de LESIONES FÍSICAS CON USO DE ARMA, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- G) Por un delito de TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- H) Y por un delito de ALLANAMIENTO DE MORADA en concurso medial con un delito de ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS Y USO DE ARMAS, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- El referido acusado deberá sufragar una cuarta parte de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, y deberá indemnizar a D^a Cecilia en un total de 420.000 euros, a Elvira en un total de 180.000 euros, y a Marí Jose en un total de 160.000 euros; cantidades que devengarán los intereses previstos en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .- Al acusado le será de abono el tiempo que lleva privado provisionalmente de libertad por esta causa, que data del 20 de junio del 2001.- 2.- Que debemos condenar y condenamos a Ernesto , como autor por cooperación necesaria, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de ALLANAMIENTO DE MORADA como medio para cometer un delito de ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS Y USO DE ARMAS, a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, debiendo satisfacer dos tercios de una cuarta parte de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, y debiendo absolvérsele como cómplice de un delito de asesinato.- Al acusado le será de abono el tiempo que lleva privado provisionalmente de libertad por esta causa, que data del 18 de octubre del 2001.- 3º.- Que debemos condenar y condenamos a Mauricio , como autor por cooperación necesaria, con la concurrencia



de la circunstancia modificativa atenuante analógica muy cualificada de anomalías mentales, de un delito de ALLANAMIENTO DE MORADA como medio para cometer un delito de ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS Y USO DE ARMAS, a la pena de DOS AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, debiendo satisfacer dos tercios de una cuarta parte de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, y debiendo absolvérsele como cómplice de un delito de asesinato.- Al acusado le será de abono el tiempo que ha estado privado de libertad provisionalmente por esta causa, que abarca desde el día 17 de octubre del 2001 hasta el 28 de mayo del 2002.- Se decreta el comiso del revólver, machete y herramientas intervenidos al primer acusado, así como de los teléfonos móviles aprehendidos a los tres acusados nombrados y del vehículo de Mauricio empleado en los hechos. Asimismo, se acuerda la entrega definitiva a las víctimas de los hechos enjuiciados del dinero y los efectos sustraídos y recuperados.- 4º.- Que debemos absolver y absolvemos a Juan Ramón de su participación como cómplice del delito de asesinato cometido y de su participación como cooperador necesario de los delitos de allanamiento de morada y de robo con violencia e intimidación en las personas y uso de armas también perpetrados, con declaración de oficio de la cuarta parte de las costas procesales generadas". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de Cecilia , Marí Jose y Elvira (en concepto de Acusación Particular), Juan Enrique , Ernesto y Mauricio , que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de la Acusación Particular, Cecilia , Marí Jose y Elvira , formalizó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECriminal , por considerar indebidamente aplicado el art. 140 en relación con el art. 139.1 y 3 del C.P .

SEGUNDO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal , por indebida aplicación de los arts. 550 y 551 en relación con los arts. 138, 16 y 62 todos del C.P .

TERCERO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal , por aplicación indebida del art. 28.2 del C.P ., subsidiariamente el art. 29 en relación con el art. 139 1 y 3 del texto punitivo .

CUARTO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal , por considerar indebidamente aplicado el art. 202.2 del C.P ., en relación con los arts. 237 y 242.2 del mismo texto punitivo.

QUINTO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal , por indebida aplicación del art. 21.6 del C.P . en relación con los arts. 21.1 y 20.1 y 20.1 y 3 del texto punitivo .

SEXTO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal , por indebida aplicación del art. 28.2 del C.P . y subsidiariamente del art. 29 en relación con el art. 139.1 y 3 del C.P .

La representación de Juan Enrique , formalizó su recurso de casación en base a los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal , por aplicación indebida del art. 28 del C.P . y asimismo de los arts. 139.1, 139.1, 16 y 62, 550 y 551.1, 138.16 y 62.178, 179 y 180.3, 147 y 148, 1564.1.1º (sic) 202.2 y 237 y 242.1 y 2 del mismo cuerpo legal. SEGUNDO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal , por no aplicación de los arts. 21.1 y 20.1 del C.P .

TERCERO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal , por aplicación indebida de los arts. 116.1 y 123 del C.P .

CUARTO: Por Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECriminal por aplicación indebida del art. 263 del C.P .

QUINTO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración de los arts. 14 y 24.2 d ela C.E .

La representación de Ernesto , formalizó su recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 LECriminal. SEGUNDO: Al amparo del art. 851.1 de la LECriminal .

TERCERO: Al amparo del art. 849 de la LECriminal por Infracción de Ley por aplicación indebida de los arts. 28.2 b del C.P . y los arts. 202.2, 237 y 242.1 y 2 del C.P .

La representación de Mauricio formalizó su recurso de casación en base a los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO: Al amparo del art. 849.2 de la LECriminal , por error en la apreciación de la prueba.



SEGUNDO: Al amparo del art. 849 de la LECriminal , por Infracción de Ley por aplicación indebida del art. 28.2 b) en relación con los arts. 202.2, 237 y 242.1 del C.P .

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

Sexto.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró la votación el día 1 de Junio de 2005.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 10 de Julio de 2003 de la Sección VII de la Audiencia Provincial de Madrid condenó a Juan Enrique , Ernesto y Mauricio en los términos declarados en el fallo de la sentencia.

La condena se refiere al asesinato consumado y otro intentado, homicidio intentado en concurso con un delito de atentado, agresión sexual, un delito de lesiones psíquicas y otros de lesiones físicas cometidas con uso de arma, tenencia ilícita y delito de robo con violencia e intimidación en concurso con un delito de allanamiento, todo respecto de Juan Enrique , en tanto que las otras dos personas fueron consideradas como autores por cooperación necesaria en relación al último de los delitos citados.

Se han formalizado cuatro recursos autónomos de casación: uno por cada condenado, y, además, otro de sentido contrario por la parte de la Acusación Particular. Comenzamos el estudio por los recursos de los condenados y dentro de ellos por el principal.

Segundo.- Recurso de Juan Enrique .

Aparece formalizado a través de cinco motivos.

El primer motivo, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal , denuncia indebida aplicación de todos los artículos del Código Penal tenidos en cuenta para condenarle por los diversos y graves delitos de los que se le considera autor en la sentencia.

Presupuesto para la admisión del motivo, dado el cauce casacional escogido por el recurrente, es el respeto a los hechos probados, ya que el motivo lo que cuestiona es una indebida aplicación del derecho a unos hechos que se aceptan y no se cuestionan, como así se dice en el citado art. 849 LECriminal , por ello una de las causas de inadmisión --art. 884-3º-- es el cuestionamiento de los hechos probados, fuera del específico cauce del art. 849-2º, que ahora no viene al caso.

En la medida que en el motivo se dice que el recurrente no es el autor de ninguno de los delitos por el que ha sido condenado se está desconociendo y atacando el hecho probado en el que se le estima autor. Con lo dicho es suficiente para rechazar el motivo que incurre en causa de inadmisión lo que en este momento procesal opera como causa de desestimación, no obstante, con el fin de dar respuesta más allá de las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva podemos añadir que la común objeción que se efectúa en la argumentación del motivo de que no han aparecido huellas dactilares ni en las armas utilizadas, cristales o marcos de las puertas, ni en los utensilios que se le ocuparon: destornillador y alicate no impide que pueda --como se pudo-- afirmar su autoría a través de otros medios de prueba, aquellas huellas pudieron ser borradas fácilmente por el recurrente, y por otra parte se contó con una sólida y numerosa batería de pruebas indubitadas en base a las que el Tribunal asentó la autoría de los delitos de los que le consideró autor: el resultado de la prueba de reconocimiento en rueda positivo que efectuaron las dos hijas del que ninguna objeción puede efectuarse, los diversos testimonios de los miembros de la policía, el vigilante de la empresa C.C.S., en fin el contenido de la mochila roja que arrojó el recurrente en su huida y que fue recuperada seguidamente en cuyo interior se encontraron las joyas robadas en el chalet así como las que llevaba el recurrente cuando, finalmente fue detenido entre las que se encontraban dos medallas con la inscripción " Elvira " pertenecientes a la hija menor del matrimonio que fue precisamente la que sufrió la agresión sexual. En fin, entre las páginas 13 a 18, la sentencia va desgranando con minuciosidad y rigor todas las pruebas de cargo que tuvo en cuenta.

Procede la desestimación del motivo.

El segundo motivo, por la misma vía que el anterior, postula la concurrencia de una eximente de anomalía psíquica con el valor de eximente incompleta, con la correspondiente disminución de la pena.

El motivo incurre en el mismo vicio que el anterior, pues desconoce la indemnidad de los hechos probados que no pueden ser cuestionados, y en ellos nada aparece en orden a la concurrencia de déficit, intelecto-volitivo que pudieran dar vida a la postulada eximente incompleta. Más aún, en el F.J. sexto apartado B) se razona con rotundidad y rigor que a la vista de los informes de salud mental y psicológicos no existe ninguna atenuación de la responsabilidad penal por no concurrir ningún déficit de conocimiento en relación a lo realizado, ni ningún déficit de voluntad para adecuar su conducta a las exigencias derivadas de la norma penal.



En efecto, la Sala retiene alguna de las frases que constan en la sentencia en el F.J. indicado, extraído de los informes médicos:

- a) Juan Enrique no padece ningún tipo de trastorno mental.
- b) Que no es un enfermo mental, aunque presenta rasgos de una personalidad antisocial y tiene una historia vital acorde.
- c) Niega toda participación en los hechos, reconoce que tales hechos son bárbaros, pero ese reconocimiento no conlleva connotación emocional alguna.
- d) El sujeto conoce las normas y diferencia perfectamente la que está bien de la que está mal, pero su escala jerárquica antepone sus intereses a cualquier otra consideración.
- e) Se trata de un sujeto irresponsable respecto a los demás en el sentido de que no tiene sentido del deber, no asume la responsabilidad de sus actuaciones, no tiene sentimientos de culpa por esas actuaciones ilícitas o inadecuadas.
- f) No vive una irrealidad sino que conoce la ilicitud de los hechos y puede ajustar su comportamiento a ese conocimiento.
- g) Goza de la impunidad psicológica de quien actúa sin ningún tipo de remordimiento.

Ni siquiera por la vía del error facti del art. 849-2º LECriminal pudiera haber prosperado la tesis de un error por parte del Tribunal en la valoración de dichos informes, cuanto menos que se ha ido por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal. Resulta estremecedor el retrato de la personalidad del recurrente que se deriva de tales informes, es clara la extrema peligrosidad posdelictual que se deriva de este retrato y el más que preocupante pronóstico de futuro tanto en la vida carcelaria como para el momento que cumpla la condena, pero este sombrío pronóstico no tiene encaje en nuestro Código Penal en expediente alguno que tenga por fundamento una anulación o disminución de su capacidad de culpabilidad y por tanto de su capacidad de reprochabilidad por sus acciones. En efecto, el art. 20-1º del vigente Código separándose de la concepción del Cpenal de 1973, extrae el concepto de culpabilidad a partir de la concurrencia de elementos normativos explícitos concretado en la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión. Ello supone que cualquier causa de inimputabilidad, sea cual fuere su intensidad es la situación concreta del sujeto concernido que por cualquier anomalía o alteración psíquica --numerus apertus-- tiene un déficit: a) de comprensión acerca de la ilicitud de su actuación o b) un déficit en la capacidad de actuar conforme a dicha comprensión, es decir, la anomalía o la alteración psíquica aparece como presupuesto que extiende y da cobertura como efecto o bien a un déficit de comprensión de la norma --intelectivo-- o de acomodar su actuación a ella --volitivo--.

Como se ha visto, no es esta la situación del recurrente que fue libre para conocer y decidir lo que hizo por lo que también debe ser considerado libre para asumir las consecuencias jurídico penales de su actuación.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo tercero, denuncia como indebidamente aplicados los artículos referentes a la responsabilidad civil y costas. Es un motivo derivado de la pretendida irresponsabilidad de su acción, por lo que afirmada su libertad de conocimiento y de elección y por tanto para asumir las consecuencias de todo tipo de su acción, debe rechazarse el motivo pues el responsable penalmente lo es civilmente y de las costas procesales.

El motivo cuarto, denuncia como indebida la aplicación del art. 263 --sic-. Debe tratarse de un error porque el recurrente no ha sido condenado por un delito de daños pues ese es el delito descrito en el artículo indicado.

En todo caso se trata de un motivo sin argumentación alguna.

Procede su desestimación.

El motivo quinto, por la vía de la vulneración de derechos fundamentales denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia y al derecho de igualdad --sic--.

Carece de toda argumentación, pues el motivo se agota en la enunciación de la denuncia.

Nos remitimos a lo dicho en el primero de los motivos en cuanto a la existencia de prueba de cargo válida, suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, razonada y razonablemente valorada, con la conclusión de que la decisión no es arbitraria.

Se hace una fugaz referencia al derecho al in dubio pro reo. Hay que recordar que este principio tiene un carácter interpretativo para el Tribunal y sólo para el caso de que se encuentre en una duda irresoluble, que no es el caso.



En modo alguno debe ser interpretado como una obligación dirigida al Tribunal para que dude necesariamente, y es obvio que en el presente caso el Tribunal sentenciador no dudó: Basta leer su sentencia.

Procede la desestimación del motivo.

Tercero.- Recurso de Ernesto .

Aparece el recurso formalizado a través de tres motivos.

Recordemos que Ernesto y Mauricio fueron quienes en el vehículo del segundo llevaron a las cercanías del chalet donde tuvieron lugar los hechos, a Juan Enrique a últimas horas de la noche del día 19 de Junio de 2001, debiendo esperarle hasta que éste efectuaba sustracciones de bienes en dicho domicilio que luego repartirían entre los tres, y que si bien se marcharon a Madrid después de dejar a Juan Enrique , posteriormente tras contactar telefónicamente con éste le fueron a recoger sobre las 6'30 horas al lugar convenido, pero como no llegaba, se marcharon a su domicilio sin esperar más.

El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos fundamentales, denuncia vacío probatorio en relación a la autoría por cooperación necesaria que fue condenado en relación sólo al delito de robo con intimidación y violencia en concurso con el de allanamiento de morada y uso de armas.

Se dice en la argumentación del motivo que el juicio de inferencia exteriorizado por el Tribunal para llegar a ese juicio de certeza no es razonable, que no existe prueba ni indicio que permita afirmar que existió un previo acuerdo para el robo y que el recurrente y Mauricio colaboraran en este proyecto llevando a Juan Enrique al lugar de hechos, quedar en recogerle y en repartirse el botín. Que no ha existido prueba del conocimiento previo ni del acuerdo de voluntades.

La sentencia aborda esta cuestión en los F.Js. 3º y 4º páginas 29 a 35, razonando con claridad y contundencia los datos existentes que le llevaron a estimar acreditado el previo acuerdo, que como elemento interno sólo puede ser aprehendido por vía indirecta o por confesión de las personas concernidas, lo que no ha sido el caso de autos.

En el presente caso, el juicio de certeza alcanzado por el Tribunal sentenciador, en base a una serie de datos acreditados que permitieron al Tribunal extraer en un razonado y razonable juicio inductivo el dato interno del previo acuerdo y el conocimiento de la actividad ilícita que iba a desarrollar Juan Enrique . en la sentencia se ofrecen los siguientes datos:

- a) El interés de Mauricio en la adquisición de un teléfono móvil, y que para eso llevaron a Juan Enrique a Pozuelo, pues este iba a facilitárselo.
- b) El conocimiento de que Juan Enrique tenía poco respeto por la Ley: en época anterior, cuando iban los tres en el vehículo y estaban en Avila, se marchó Juan Enrique volviendo al poco tiempo diciendo que había roto un escaparate para robar un teléfono móvil.
- c) El dato reconocido de que la noche antes Juan Enrique llevaba una mochila roja.
- d) El reconocimiento de que llevaron a Juan Enrique en las últimas horas de la noche --de madrugada-- a Pozuelo.
- e) Que le dejaron en un lugar oscuro, sin tránsito y con la prevención de que le esperarían y aunque luego se fueron, posteriormente aquél les llamó para que le recogieran a las 6'30 h. en una gasolinera previamente convenida.

En base a estos datos, el Tribunal rechaza la tesis de los recurrentes de que el objeto del viaje a Pozuelo para conseguir por medios lícitos --a esas horas-- un teléfono móvil "...lo que resulta de todo punto pueril e inverosímil..." --F.J. cuarto, apartado B)--. Y en base a esos datos: escenario, hora y recogida prevista, que dedujo la Sala que existía un acuerdo de voluntades en que Juan Enrique efectuase un robo en alguno de los chalets de la zona y que recibirían una parte del botín y es significativo que en el factum se recoge expresamente que entre los objetos de los que se apoderó Juan Enrique , estaba un teléfono móvil Ericsson que pertenecía a Elvira .

Este juicio de inferencia aparece en este control casacional como totalmente razonado y razonable siendo la conclusión totalmente aceptable y en modo alguno arbitraria.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo segundo, por la vía del Quebrantamiento de Forma denuncia predeterminación del fallo.

Tal vicio supone la inclusión en el factum de conceptos jurídicos que prejuzgan el fallo. Con independencia de la relatividad del vicio, pues todo relato fáctico tiene que estar en sintonía con su traducción jurídica, en



el presente caso, no se acotan las frases y parece que se recordase la predeterminación a una discrepancia con los razonamientos de la sentencia, en el sentido de que si Mauricio tenía limitaciones cognoscitivas, no es lógico que conociera la actividad delictiva que iba a desarrollar Juan Enrique , lo que queda extramuros del ámbito propio del motivo.

Procede la desestimación del motivo.

El tercer motivo, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal , denuncia como infringido el art. 28 b) del Código Penal . Se estima que no pueden ser declarados como coautores por cooperación necesaria sino a lo sumo, cómplices, y a tal efecto estudia la actuación llevada a cabo por el recurrente y Mauricio desde la triple teoría de la conditio sine qua non, teoría de los bienes escasos y del dominio del hecho para concluir que, en base a cualquiera de ellas, la colaboración del recurrente y su comparecencia no fue necesaria ni eficaz, sino accidental, periférica, y no nuclear.

La Sala sentenciadora rechazó este planteamiento estimando que se estaba en un caso de cooperación necesaria "...esta participación no puede ser tenida por accidental, no condicionante, de carácter secundario, periférico o de simple ayuda...." por lo que excluye la complicidad.

En este control casacional se llega a la misma conclusión por lo que se verifica la corrección de la subsunción legal efectuada por el Tribunal sentenciador de los hechos declarados probados.

De entrada, el desplazamiento desde Madrid a Pozuelo en horas de la madrugada en la que no existe servicio público de transporte no siendo fin de semana --a la sazón el 20 de Junio de 2001 era miércoles--, ya supone una cierta relevancia en la ayuda, que cualitativamente se refuerza por el dato de esperarlo o a que fueran a recogerle como así les dijo por teléfono, lo que eleva cualitativamente el grado de la colaboración, si a ello se une la excusa del viaje de "conseguir" a esa hora y en ese escenario un teléfono móvil, es totalmente ajustado a las máximas de experiencia que su obtención iba a ser por medios ilícitos en un acto depredatorio, lo que por esta vía indirecta se puede afirmar con la certeza que exige todo pronunciamiento inculminatorio penal que ello fue querido y aceptado por el recurrente y Mauricio , de ahí que se estimara la realidad de un concierto previo.

En esta situación la calificación de cooperación necesaria es la única posible, debiéndose descartar la complicidad, ya se opere con la teoría de la conditio sine qua non, teoría de los bienes escasos, o del dominio del hecho. En efecto, la pregunta de si en este escenario concreto, Juan Enrique hubiese efectuado los hechos sin contar con la ayuda que le prestaron los recurrentes Ernesto y Mauricio , merece ser respondida negativamente como así lo decidió el Tribunal sentenciador.

Procede la desestimación del motivo.

Cuarto.- Recurso de Mauricio .

Aparece formalizado por dos motivos.

El motivo primero, por la vía del error facti del art. 849-2º LECriminal denuncia error en la valoración de las pruebas por parte del Tribunal sentenciador.

El error consistiría en su tesis en la afirmación obrante en el factum de que hubo un plan preconcebido entre Juan Enrique y el recurrente y Ernesto y que asimismo iban a esperarle. Dicho error pretende acreditarlo con diversas declaraciones así como en el listado de las llamadas telefónicas efectuadas entre los condenados y el contenido íntegro del acta del Plenario.

Ninguno de estos elementos probatorios tienen el carácter preciso de "documento" a los efectos del cauce casacional empleado. Por todas STS de 10 de Noviembre de 1995 .

Por su parte los informes psicológicos y clínicos relativos a la salud mental del recurrente, que justificaron la concurrencia de una eximente incompleta, son manifiestamente incapaces de acreditar error alguno en el sentido interesado por el recurrente.

El motivo debe ser desestimado.

El motivo segundo, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal declara como indebidamente aplicada la coautoría por cooperación necesaria.

Se trata del mismo tema ya alegado y rechazado en el estudio del recurso anterior, motivo tercero. A lo allí dicho nos remitimos en evitación de inútiles repeticiones, no sin antes recordar que la sentencia sometida al presente control casacional delimita la cooperación necesaria sólo y exclusivamente en relación al robo con intimidación en concurso con el delito de allanamiento de morada, dejando extramuros los otros gravísimos delitos cometidos por Juan Enrique respecto de los que se declaró su exclusiva autoría.

Procede desestimar el motivo.

Quinto.- Recurso de la Acusación Particular.

Fue formalizado por seis motivos pero en el acto de la Vista se renunciaron al segundo y al tercero.

El motivo primero, por la vía del error iuris postula la concurrencia de la agravante de ensañamiento.

La cuestión no es nueva, fue solicitada en la instancia y rechazada con argumentos que se comparten en esta Sala.

La agravante de ensañamiento en la ejecución del plan del agresor, en este caso la muerte de D. Agustín , supone la realidad de un lujo de males adicionales e innecesarios para conseguir el fin querido. Es, por decirlo sintéticamente, en un matar haciendo sufrir innecesariamente a la víctima.

Obviamente esta intención específica –elemento subjetivo–, como elemento interno debe ser aprehendida por vía indirecta, siendo un indicio de ello la reiteración de golpes –elemento objetivo–, pero no de una manera simple, sino que es preciso indagar si esa reiteración de golpes responde a la intención de prolongar el dolor pues la esencia de la agravante es ese dolo específico en cuyo caso podría hablarse de ensañamiento, o por el contrario sólo patentiza el exclusivo reiterado y definitivo fin de acabar con la vida de la víctima, en cuyo caso, tal reiteración de golpes sólo sería exponente de la pasión puesta en acabar con la vida de la víctima.

El Tribunal en el F.J. primero, página 19 de la sentencia aborda esta cuestión y en base al propio informe forense en el que no existe un pronunciamiento claro sobre si tales puñaladas y golpes acentuaron o no el sufrimiento de la víctima, aunque sí que aceleraron la muerte, se inclina por la no concurrencia de tal agravante.

En este control casacional se verifica la total corrección de la interpretación efectuada. Más aún, podemos añadir que las frases de Pietro con que acompañaba sus puñaladas después del disparo efectuado a la víctima y que están recogidas en el factum "...hijo de puta, muérete, métete ésto....", refuerzan claramente que la intención fue de matar y sólo matar a su víctima sin que aparezca el dolo adicional de una crueldad consistente en incrementar el dolor. SSTS 803/99 de 24 de Mayo, 1531/2000 de 5 de Octubre, 2469/2001 de 26 de Diciembre y 26 de Diciembre de 2003 , o por decirlo con las palabras de la STS 589/2004 de 6 de Mayo , sin que exista la satisfacción adicional de ese sufrimiento innecesario y que se traduce en saborear su poder ante la víctima de esta manera.

El motivo debe ser desestimado.

El motivo cuarto, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal , se limita a pedir una pena superior a la impuesta dada la enorme resonancia que tuvieron los hechos en relación al robo del que fueron coautores Ernesto y Mauricio .

El motivo carece de argumentación propiamente dicha, y si a ello se une que la coautoría se pedía exclusivamente del robo con violencia en concurso con allanamiento de morada y no del resto de los graves delitos cometidos por Juan Enrique seguido de los que se rechaza la coautoría, habrá que concluir con la desestimación del motivo.

La pena impuesta es la correcta, legal y proporcionada.

Hay que recordar que a Juan Enrique por este delito se le impuso la pena de cinco años, a Ernesto la de cuatro años y seis meses de prisión y a Mauricio en quien concurrió una atenuante analógica muy cualificada de anomalía mental, la pena de dos años y tres meses.

El motivo debe ser desestimado.

El motivo quinto, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal impugna la concurrencia de la citada circunstancia atenuante aplicada a Mauricio .

El motivo no respeta los hechos probados si se quería cuestionar la existencia de tal circunstancia se tendría que haber dirigido la denuncia por la vía del error facti del art. 849-2º, aunque tampoco le hubiera acompañado el éxito, a la vista de los informes que fueron tenidos en cuenta por el Tribunal.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo sexto, por igual vía que el anterior postula la condena de Juan Ramón , absuelto en la instancia, con razonamientos expuestos en el F.J. quinto de la sentencia.

Se trata de la persona que "prestó su nombre como arrendatario" del piso ocupado en realidad por Juan Enrique a cambio de 50.000 ptas. que le dio y todo ello porque Juan Enrique carecía de papeles, y al que en el motivo se le considera verdadero "cerebro" de toda la secuencia delictiva.



El motivo incurre en el mismo vicio que el anterior de no respetar los hechos probados. Se afirma que Juan Enrique tenía una información del interior del chalet que debió serle facilitada por el servicio doméstico de nacionalidad rumana "...que por cierto todas ellas (las asistentes) se reúnen en Coslada, que es la zona que domina Juan Ramón y de donde saca información...". Esto es lo que se afirma en el motivo. Se trata de una opinión, una hipótesis que carece de toda apoyatura fáctica, y que además, la tesis de la implicación de Juan Ramón fue motivadamente rechazada en la sentencia, en el F.J. quinto.

Es procesalmente imposible convertir en esta sede casacional al recurrido-absuelto en la instancia, en condenado cuando la prueba tenida por insuficiente en la instancia es de carácter personal lo que ocurre con las declaraciones de los condenados y testificales referidas a los apartados A) y B) del indicado motivo, así como el tráfico telefónico existente entre ellos y que es analizado en el apartado C).

La consolidada doctrina del Tribunal Constitucional de que toda condena dictada en apelación exige como presupuesto la celebración de nueva Vista en la que se produzca la prueba de cargo que funde esa condena – SSTC 167/2002, 198/2002, 209/2002, 68/2003, 12/2004, 50/2004 , entre otras–, es de aplicación al recurso de casación, si acaso con más vigor dada la naturaleza excepcional de este recurso.

El motivo debe ser rechazado.

Sexto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede declarar la imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos, que en el caso del recurso formalizado por la Acusación Particular, se extiende a la pérdida del depósito constituido el que se dedicará a los fines previstos en el art. 890 LECriminal.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación formalizados por las representaciones de Cecilia , Marí Jose y Elvira , Juan Enrique , Ernesto y Mauricio , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección VII, de fecha 10 de Julio de 2003 , con imposición a los recurrentes de las costas de sus respectivos recursos, y, además con pérdida del depósito constituido por la representación de la Acusación Particular.

Notifíquese esta resolución a las partes y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección VII, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Pérez Joaquín Giménez García Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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