



Roj: **STS 4243/1998** - ECLI: **ES:TS:1998:4243**

Id Cendoj: **28079120011998103036**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/06/1998**

Nº de Recurso: **568/1997**

Nº de Resolución: **632/1998**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **CARLOS GRANADOS PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de mil novecientos noventa y ocho.

En el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Benedicto**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid que le condenó por delitos de asesinato y robo, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que la margen se expresan se han constituido para la vista y votación bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D Carlos Granados Pérez, siendo también parte el Minsiterio Fiscal, y parte recurrida D^a **Victoria** y D. **Abelardo**, D^a **Alejandra** y D^a **Rita**, representados por la Procuradora Sra. **Cornejo Barranco**, estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. **Benitez Rodríguez**.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid instruyó sumario con el número 14/94, y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de esta capital que, con fecha 12 de febrero de 1997, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: " **Benedicto**, mayor de edad y **Ignacio**, de 17 años de edad, ambos estudiantes, y sin antecedentes penales, tenían una gran amistad y una relación de dependencia afectiva y cierta simbiosis y de sumisión de **Ignacio** respecto de **Benedicto**, y estaban unidos por la afición que ambos tenían a los denominados "juegos de rol" que además compartían con otros amigos. Dicha actividad consiste en la creación de un mundo imaginario en el que cada uno de los jugadores interpreta un personaje a quien se le asigna determinadas pautas de actuación, sometidas en último término, a la dirección del responsable de la actividad lúdica, llamado "Master", función asumida en muchas ocasiones por el procesado **Benedicto**, materializándose en ficha de papel en las que aparecen registradas todo tipo de informaciones así como de experiencias surgidas en la actividad, y las peculiaridades de cada personaje, así su complexión física, habilidades, aptitudes, o cualquier otro dato definitorio del sujeto, concluyendo el juego cuando se hubiera logrado completar o superar la aventura ideada. En ocasiones se traspasaba el plano de lo imaginario reflejado en las fichas para escenificarlo, con comportamientos similares a movimientos de guerrilla o maniobras es decir hacían "rol en vivo". El procesado **Benedicto** había ideado una especie de rol, llamado "Razas" al cual venían jugando un reducido grupo de amigos; la peculiaridad de "razas" consiste en dividirlo todo en determinados arquetipos que representan una parte de la personalidad de una persona, inspirados en ocasiones en ciertas publicaciones, como libros de terror, ciencia ficción, comics, videos; pero siempre impregnados los personajes por la violencia, el terror, el odio, las armas y la muerte.- El procesado **Benedicto** en fecha no concretada del año 1994 decidió superar tanto la forma lúdica documentada en fichas, como la de la escenificación para meterializar en el mundo de la realidad física un plan consistente en dar muerte a una persona, que debía ser una chica joven, y en su defecto un menor, o una persona mayor que sería acometido por ambos, **Benedicto** asestaría a la víctima escogida una herida mortal en el cuello, y mientras **Ignacio** daría múltiples cuchilladas afectantes a zonas no vitales, pero con el propósito de causar dolor en la víctima, de forma que se procuraba su "debilitamiento". Dicho plan se lo expuso a **Ignacio** en varias ocasiones, llevándose a efecto, tras asentir **Ignacio** a su realización.- De tal forma que sobre la 1.30 horas del día 30 de abril de 1994, encontrándose juntos en casa de **Ignacio**, y planteada de nuevo la cuestión, decidieron



ambos salir, provistos de guantes de latex y cada uno con un cuchillo el que llevaba Benedicto era de menores dimensiones que el de Ignacio , y se dirigieron al barrio de Manoteras en busca de una persona idónea para el propósito perseguido. Y al no darse las circunstancias propicias estuvieron esperando y persistiendo en todo momento en tal determinación, hasta que sobre las 4.30 horas ven en la parada de autobús de las líneas 7, 29 y 129 sita en la calle Bacares nº 26 de esta capital, a D. Ricardo , de cincuenta y dos años de edad, a quien abordaron y tras exhibirle los dos cuchillos, le exigieron la entrega de todo el dinero que llevase, D. Ricardo sacó 3.000 pesetas y a continuación Benedicto le indicó que pusiera las manos en la espalda y alzara la cabeza y una vez en tal posición totalmente indefenso, el procesado Benedicto de manera inopinada le asestó una cuchillada en el cuello seguida de otras, produciéndose una gran herida con las salidas una hacia el mentón, otra hacia el glotis y otra hacia la horquilla esternal y en acción conjunta con Ignacio , realizaron una herida incisa de 5 centímetros que afecta al cuero cabelludo, otra más pequeña de 3 centímetros de iguales características, varias heridas punzantes que solo afectan a la piel diseminadas por la cara; heridas punzantes que solo afectan a la piel una en el lado derecho del cuello y otra en la región esternal. Dos grandes heridas inciso punzantes en abdomen, una de 6 centímetros y otra de 3 centímetros; separadas únicamente por un puente cutáneo, avocando ambas hacia el interior del abdomen por el mismo orificio. En el plano posterior en la línea escapular existe una herida incisopunzante de unos 3 centímetros dirección de arriba-abajo y que afecta a la piel y al músculo intercostal. En el muslo derecho existen dos grandes heridas inciso-punzantes con diversas direcciones y que prácticamente atraviesan la pierna, una por delante y otras por detrás del fémur. En la mano derecha existe herida cortante en dedo índice y en el dorso de la mano izquierda. La víctima en su mano derecha tenía resto de un guante de latex.- La herida causada en el cuello provocó que el músculo esternocleidomastoideo, yugular y carótida quedaran seccionados y en la traquea y esófago existen desgarros viéndose incluso a nivel de la columna cervical una erosión producida en los cuerpos vertebrales. Aunque el ataque empezó en la parada del autobús, y ante el intento de huida del Sr. Ricardo , fue alcanzado por los procesados hasta caer por un terraplen sito en las inmediaciones, donde perdió Benedicto su cuchillo, y por ello y persistiendo en el propósito de seccionarle la garganta, introdujo su mano derecha y luego las dos en la herida del cuello, realizando desgarros en los tejidos, cartílagos, incluso metió la mano en la boca, mordiéndole en el dedo la víctima a Benedicto , mientras Ignacio continuaba en su acción dando cuchilladas por las piernas, vientre, prolongándose la situación agónica varios minutos, -unos quince-, hasta que D. Ricardo falleció entre estertores debido a las hemorragias y consiguiente shock hipovolémico.- En el transcurso de los hechos a Ignacio se le soltó el reloj que llevaba, que apareció debajo de una pierna de la víctima.- Con posterioridad Benedicto escribió estos hechos, en un relato y confeccionó una ficha para el juego de razas dándole el nombre de "Benito", a una imagen de una persona gruesa que portaba una bolsa, y a la que se indicaba que le faltaban las cuerdas vocales.- En fechas posteriores Benedicto comunicó estos hechos a Isidro , menor de 18 años así como a Juan Alberto y a Gaspar , y enseñó un video que recogía el espacio de telemadrid " DIRECCION000 ". Ignacio asentía siempre a lo señalado por Benedicto .- Concertaron salir de nuevo en la madrugada del día 5 de junio de 1994, en busca de otra víctima con elaboración de un plan y reparto de funciones, debiendo llevar todos ellos guantes de latex, cuchillo.- No ha quedado acreditado que Gaspar , ni Isidro hubieran decidido asistir esa noche ni que realmente pensarán que podría suceder en la realidad.- Juan Alberto que tenía dudas sobre que los hechos sucedidos pudieran ser ciertos, puso los hechos en conocimiento de la policía y sobre las 23.000 horas del día 4 de junio de 1995 por funcionarios adscritos a la brigada provincial de la policía judicial se procedió a la detención de Benedicto y Ignacio , quienes venían de comprar del centro comercial Jumbo, un paquete de guantes de latex, impidiendo con ello la materialización del plan previsto.- Se procedió al registro de los domicilios de los procesados, y se incautaron los cuchillos utilizados, material del juego "razas", el relato de los hechos, así como otros relatos de terror, comics, videos, guantes de latex, carpetas de juegos, libros etc....- El procesado Benedicto tenía en el momento de ocurrir los hechos un trastorno de la personalidad- psicopatía. manteniendo sus facultades volitivas e intelectivas intactas.- D. Ricardo era empleado de profesión y estaba casado con D^a Victoria , con quien había tenido tres hijos, D. Abelardo , D^a Alejandra y D^a Rita .

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Benedicto y a Ignacio como responsables en concepto de autores de un delito de asesinato alevoso, con la concurrencia de la agravante de ensañamiento en ambos; de un delito de robo con intimidación y de un delito de conspiración para el asesinato, con la concurrencia en Ignacio de la atenuante de minoría de edad penal a las siguientes penas: Para Benedicto , por el delito de asesinato VEINTIOCHO AÑOS DE RECLUSION MAYOR; por el delito de robo CUATRO AÑOS, DOS MESES Y 1 DIA DE PRISION MENOR; por el delito de conspiración para el asesinato DIEZ AÑOS Y UN DIA DE PRISION MAYOR.- Para Ignacio por el delito de asesinato DOCE AÑOS Y UN DIA DE RECLUSION MENOR. El límite de cumplimiento de esta pena será el resultante de restar de ocho años de prisión la redención generada hasta el día 25 de mayo de 1996; por el delito de robo TRES MESES DE ARRESTO MAYOR; por el delito de conspiración para el asesinato SEIS MESES DE ARRESTO MAYOR.- Con las accesorias en ambos de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena;



pago de las dos cuartas partes de las costas por mitad, e indemnizar solidariamente a los herederos de D. Ricardo en 25.000.000 pesetas por el fallecimiento y en 3.000 pesetas por lo sustraído.- Procede el comiso de las armas y efectos intervenidos.- Siéndoles de abono todo el tiempo en que están privados de libertad por esta causa.- Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Isidro y a Gaspar, del delito de conspiración para el asesinato, con declaración de las costas de oficio.- 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 sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución. Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos. Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 10.1 y 406.1 del Código Penal de 1973. Cuarto.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 10.5 y 406.5 del Código Penal de 1973. Quinto.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 501.5 del Código Penal de 1973. Sexto.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 4 del Código Penal de 1973 y al amparo del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución. Séptimo.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obra en autos y al amparo del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho fundamental a un proceso sin arbitrariedad que proclaman los artículos 24 y 9.3 de la Constitución. Octavo.- En el octavo motivo del recurso, formalizado, al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación indebida, de los artículos 9.1, en relación con el artículo 8.1 y 9.10, todos del Código Penal de 1973.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma y la vocación prevenida el día 18 de junio de 1998.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se sostiene, en defensa del motivo, que las pruebas que ha tenido en cuenta el Tribunal sentenciador carecen de los requisitos necesarios para ser consideradas pruebas de cargo.

Así, en primer lugar rechaza que constituya una prueba de cargo la ficha Benito y el Relato escrito que obra a los folios 170 a 175 del sumario, ya que aunque el recurrente ha asumido la redacción del Relato se afirma, entre otros extremos, que se trata de una fabulación y que los datos han sido tomados de los medios de comunicación y el Relato copiado de un libro.

En segundo lugar se refiere a las declaraciones de los coacusados Ignacio, Isidro y Gaspar y se rechaza su eficacia probatoria por estar prestadas con ánimo de autoexculpación.

En tercer lugar niega eficacia probatoria a la declaración del denunciante Juan Alberto por mediar enemistad con el recurrente.

El motivo debe ser desestimado.



El principio constitucional que invoca el recurrente, es, en definitiva, una presunción "iuris tantum", es decir, provisional, de inocencia que se mantiene en tanto en cuanto no se desarrolla ante el Tribunal juzgador una actividad probatoria de signo inequívocamente acusatorio advenida y practicada de acuerdo con las exigencias legales, y la tarea de esta Sala, en estos casos, no consiste en valorar de nuevo la prueba llevada a cabo en la instancia, sino en comprobar si hubo o no dicha actividad con los caracteres descritos.

En el supuesto que examinamos, el propio recurrente, al desarrollar el motivo, viene a reconocer la existencia de medios de prueba, tanto directos como indiciarios, que acreditan, sin duda, su intervención en los gravísimos hechos de que se le acusa.

Y no podía ser de otra manera, ya que de la lectura de los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, donde se hace una correcta valoración de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, se puede comprobar el evidente material incriminatorio que ha permitido al Tribunal sentenciador alcanzar su convicción sobre los hechos acaecidos y la intervención de los acusados en su realización.

Así, ciertamente, el Tribunal de instancia recoge en una razonada y estudiada sentencia, que el propio recurrente, al hacer uso de la última palabra en el acto del juicio oral, señaló "que en su caso, quien llevaba el cuchillo pequeño era él". Menciona dicho Tribunal la declaración del coencausado Ignacio, quien desde la primera declaración hasta la realizada en el acto del juicio oral, ha mantenido constante la implicación del ahora recurrente en los hechos enjuiciados.

Es criterio del Tribunal Constitucional y de esta Sala el reconocer como pruebas de cargo las declaraciones de los coencausados, así se recoge en la sentencia del Tribunal Constitucional 137/88, de 7 de julio, en la que se afirma que "las declaraciones de los coencausados por su participación en los mismos hechos no está prohibida por la Ley procesal, y no cabe dudar tampoco del carácter testimonial de sus manifestaciones, basadas en un conocimiento extraprocesal de tales hechos. En concreto, este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que la valoración de dichas declaraciones efectuadas en sentido acusatorio no vulnera el derecho a la presunción de inocencia (AATC 479/1986, de 4 de junio; 293/87, de 11 de marzo; 343/1987, de 18 de marzo, entre otros). La circunstancia de la coparticipación en el declarante es simplemente un dato a tener en cuenta por el Tribunal penal al ponderar la credibilidad que le merezca, que es, en todo caso, función exclusiva de los órganos de dicha jurisdicción en los términos que derivan del propio artículo 117.3 de la Constitución". Y el Tribunal sentenciador, al ponderar la credibilidad de dichas afirmaciones, debe examinar las circunstancias de la coparticipación, la personalidad de los partícipes, sus relaciones con la persona a quién imputa, y la posible presencia de móviles de auto-exculpación o que fue movido en sus inculpaciones al coacusado por odio, venganza, resentimiento, soborno, promesa de trato procesal favorable u otra intención bastarda de semejante cariz. Si no están presentes estas torcidas motivaciones el testimonio del coimputado puede constituir prueba de cargo, máxime cuando, como sucede en este caso, coincide con otros apoyos probatorios claramente incriminatorios.

Existe pues, prueba de cargo legítimamente obtenida que contrarresta el principio constitucional de presunción de inocencia invocado respecto al delito de asesinato por el que fue condenado.

En orden a delito conspiración para el asesinato, la alegada vulneración del mismo derecho constitucional será examinada con el sexto de los motivos.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos.

Se designan como documentos en los que trata de fundamentar el error en que se dice ha incurrido el Tribunal sentenciador el Relato escrito por el recurrente y el informe médico forense que obra al folio 213 del sumario.

Respecto al relato se dice que el Tribunal de instancia ha realizado una lectura sesgada del mismo y respecto del informe médico infiere que el autor de la muerte de D. Ricardo fue el coencausado Ignacio.

La doctrina de esta Sala condiciona la apreciación del error de hecho invocado al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) equivocación evidente del juzgador al establecer dentro del relato fáctico algo que no ha ocurrido; 2º) que el error se desprenda de un escrito con virtualidad documental a efectos casacionales que obre en los autos y haya sido aducido por el recurrente; 3º) que tal equivocación documentalmente demostrada no aparezca desvirtuada por otra u otras pruebas.

Ninguno de los presupuestos que se dejan expresados pueden apreciarse en el supuesto que nos ocupa. Especialmente cuando el relato novelado que menciona no pasa de ser una manifestación escrita del propio recurrente que viene precisamente a apoyar su intervención en los hechos y respecto al informe médico sucede algo similar, sin que en modo alguno excluya las heridas causadas con el cuchillo que portaba el recurrente.



El motivo carece de todo fundamento y debe ser desestimado.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 10.1 y 406.1 del Código Penal de 1973.

Se alega que no concurre la agravante de alevosía al haber existido posible y efectiva defensa por parte de la víctima y que el ataque se produjo de frente y sin sorpresa.

De la lectura de la sentencia de instancia fluyen sin dificultad cuantos elementos caracterizan la alevosía, en este caso apreciada como cualificativa del asesinato.

Se dice en el relato fáctico que "tras exhibirle los dos cuchillos, le exigieron la entrega de todo el dinero que llevase, D. Ricardo sacó tres mil pesetas y a continuación Benedicto le indicó que pusiera las manos en la espalda y alzara la cabeza y una vez en tal posición totalmente indefenso, el procesado Benedicto de manera inopinada le asestó una cuchillada en el cuello seguida de otra, produciéndole una gran herida con las salidas una hacia el mentón, otra hacia la glotis y otra hacia la orquilla esternal.....".

El Tribunal de instancia, razona con acierto, la presencia de la alevosía en su modalidad de producción súbita e inesperada para la víctima.

Tiene declarado esta Sala (Cfr. sentencia de 22 de junio de 1993) que la alevosía requiere de un elemento normativo que se cumple si acompaña a cualquiera de los delitos contra las personas; de un elemento instrumental que puede afirmarse si la conducta del agente se enmarca, en un actuar que asegure el resultado, sin riego para su persona, en algunas de las modalidades que doctrina y jurisprudencia distingue en el asesinato alevoso; y de un elemento culpabilístico, consistente en el ánimo de conseguir la muerte sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa. En cuanto a los modos, situaciones o instrumentos de que se valga el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y consiguiente riesgo para su persona, la doctrina de esta Sala distingue tres supuestos de asesinato alevoso. La alevosía llamada proditoria o traicionera, si concurre celada, trampa o emboscada; la alevosía sorpresiva, que se materializa en un ataque súbito o inesperado; y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima que impide cualquier manifestación de defensa.

En el supuesto que examinamos, el elemento normativo indudablemente está presente, dada la naturaleza del delito al que se pretende incorporar la agravante de alevosía. Y de las modalidades instrumentales expresadas, es bien patente la presencia de la alevosía sorpresiva, en cuanto el recurrente ejecutó la agresión de modo súbito e inesperado, aprovechando que su víctima se encontraba en posición poco propicia para la defensa y no se podía imaginar tan terrible agresión cuando había atendido la petición de dinero realizada por los dos individuos, produciéndose una situación que eliminaba todo riesgo que pudiera proceder de una posible reacción defensiva que pudiera hacer el ofendido.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 10.5 y 406.5 del Código Penal de 1973.

Se dice, en defensa del motivo, que no existió sufrimiento innecesario buscado de propósito y que la prolongación del ataque y la duración de la agonía se debió a la inexperiencia de los agresores.

El motivo debe ser desestimado.

La argumentación que se afirma en defensa del motivo no se sostiene cuando en los hechos que se declaran probados, cuya lectura produce estremecimiento, entre otros extremos, se dice que el recurrente "persistiendo en el propósito de seccionarle la garganta, introdujo su mano derecha y luego las dos en la herida del cuello, realizando desgarros en los tejidos, cartílagos... mientras Ignacio continuaba en su acción dando cuchilladas por las piernas, vientre, prolongándose la situación agónica varios minutos, -unos quince-, hasta que D. Ricardo falleció entre estertores debido a las hemorragias y consiguiente shock hipovolémico.".

Tan espeluznante comportamiento constituye un ejemplo paradigmático de la agravante de ensañamiento al concurrir cuantos requisitos la caracterizan al estar presente la complacencia en el sufrimiento causado a la víctima, elemento subjetivo que entraña el íntimo propósito de satisfacer instintos de perversidad provocando, con conciencia y voluntad decidida, los elementos objetivos que le son propios consistentes en males innecesarios y máximo dolor y sufrimiento a la víctima en la acción homicida (Cfr. STS. de 24 de septiembre de 1997).



QUINTO.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 501.5 del Código Penal de 1973.

Se niega la comisión de un delito de robo al estar ausente el ánimo de lucro y se considera que la intimidación seguida de violencia queda absorbida en el acto homicida y subsidiariamente se considera la posibilidad de una falta de hurto del artículo 587.1 del Código Penal.

El motivo no puede ser estimado

Resulta imposible defender una sustracción no intimidante o la ausencia de ánimo de lucro cuando se exige la entrega del dinero que portaba la víctima esgrimiéndose sendos cuchillos para doblegar su voluntad.

El cauce procesal esgrimido exige el más riguroso respeto al relato histórico de la sentencia de instancia y el delito de robo con intimidación, con la agravante de uso de armas ha sido correctamente apreciado.

SEXTO.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 4 del Código Penal de 1973 y al amparo del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se niega la existencia de la conspiración para cometer otro asesinato por ausencia del elemento subjetivo del ánimo de matar así como por la inexistencia de una resolución firme, inequívoca y decidida de delinquir.

El Tribunal de instancia examina el testimonio depuesto por Juan Alberto en el acto del juicio oral sobre el acuerdo que existía para la comisión de otro hecho similar el día 4 de junio, extremo que viene corroborado por la declaración del coencausado Ignacio en el mismo acto del plenario así como por un funcionario de policía que igualmente prestó testimonio y confirmó que Benedicto y Ignacio fueron detenidos cuando venían de comprar unos guantes de latex para usarlos en la ejecución del plan previsto.

Ha existido prueba de cargo legítimamente obtenida en el acto del juicio oral que contrarresta el derecho constitucional de presunción de inocencia invocado al quedar acreditado el concierto serio y planificado para la comisión de un delito de asesinato que habían decidido realizar.

Concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan un delito de conspiración para el asesinato, correctamente apreciado por el Tribunal sentenciador, sin que se hayan producido las infracciones legales que se denuncian.

El motivo no puede ser estimado.

SEPTIMO.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y al amparo del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho fundamental a un proceso sin arbitrariedad que proclaman los artículos 24 y 9.3 de la Constitución.

Se justifica el error en base a los informes periciales emitidos por las psicólogas, médicos forenses, psiquiatra penitenciario, psiquiatra forense, perito psiquiatra de la defensa y perito psiquiatra de la acusación particular.

Como se ha dejado expresado al examinar el segundo de los motivos del recurso, la doctrina de esta Sala condiciona la apreciación del error de hecho invocado al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) equivocación evidente del juzgador al establecer dentro del relato fáctico algo que no ha ocurrido; 2º) que el error se desprenda de un escrito con virtualidad documental a efectos casacionales que obre en los autos y haya sido aducido por el recurrente; 3º) que tal equivocación documental demostrada no aparezca desvirtuada por otra u otras pruebas.

Además, cuando se pretende justificar el error en base a dictámenes periciales, como sucede en este caso, es asimismo doctrina de esta Sala la que niega el carácter de documentos, a estos efectos casacionales, a dichos dictámenes, en cuanto no dejan de ser pruebas personales que no pierden dicho carácter por el hecho de aparecer documentados en las actuaciones, sin que los mencionados en el motivo constituyan uno de los supuestos que con carácter excepcional esta Sala ha considerado prueba documental cuando de pericial se trata ya que requiere que sea única y que el Tribunal de instancia la haya incorporado fragmentariamente o haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes o, incluso, diametralmente opuestas o contrarias a lo expuesto por el perito. Y eso no sucede en el supuesto que examinamos, muy al contrario, en el relato histórico se recoge el trastorno de la personalidad -psicopatía- que padecía el recurrente en el momento de ocurrir los hechos enjuiciados, si bien mantenía sus facultades volitivas e intelectivas intactas, y ello en base a lo que se dictamina en algunos de los informes emitidos. Así las cosas, el Tribunal de instancia, tras valorar en un profundo estudio, que se extiende en trece páginas contenidas en el séptimo de los fundamentos de



derecho, los discrepantes informes obrantes en la causa y emitidos en el acto del juicio oral, momento en el que alguno de los peritos hizo rectificaciones, con serias dudas sobre lo dictaminado con anterioridad, el juzgador hace un pronunciamiento sobre la afectación de la capacidad de culpabilidad del recurrente, que limita a un trastorno de la personalidad con alcance irrelevante sobre dicha capacidad y sin que permita apreciar la existencia de ninguna circunstancia atenuante. Posición que es acorde con la doctrina de esta Sala cuando lo que se dictamina es una psicopatía con la sola alteración de la personalidad.

Por las razones que se han dejado antes expresadas, el Tribunal sentenciador no ha incurrido en arbitrariedad, ni puede estimarse el error de hecho en la apreciación de la prueba que se denuncia en el presente motivo, que carece de todo fundamento, por lo que no puede prosperar.

OCTAVO.- En el octavo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación indebida, de los artículos 9.1, en relación con el artículo 8.1 y 9.10, todos del Código Penal de 1973.

Se dice que en atención a lo manifestado por los peritos psiquiatras existe una enfermedad mental en el recurrente que afecta a sus facultades de conocer y querer, aunque sólo sea como eximente incompleta o atenuante analógica muy calificada o subsidiariamente, de normal intensidad.

Es de reproducir lo que se acaba de expresar para rechazar el anterior motivo. El presente exige el más riguroso respeto al relato histórico de la sentencia de instancia y de su lectura no se infiere que el recurrente tuviera afectada su capacidad de culpabilidad de modo que permitiera apreciar alguna de las circunstancias atenuatorias que se solicitan.

Este último motivo tampoco puede ser estimado.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACION por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley interpuesto por Benedicto , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 12 de febrero de 1997, en causa seguida por delitos de asesinato. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

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