

Diffusée par le  
Prof. Dr. Joan J. Queralt  
Catedràtic de Dret Penal  
Universitat de Barcelona  
[joan.queralt@ub.edu](mailto:joan.queralt@ub.edu)  
<http://www.ub.edu/dpenal/>

## ***TRIBUNAL SUPREMO*** ***Sala de lo Penal***

### **SEGUNDA SENTENCIA**

***Sentencia N°:*** 1.319/2006

***RECURSO CASACION (P) N°:*** 10457/2006 P

***Fallo/Acuerdo:*** Sentencia Estimatoria

***Fecha Sentencia:*** 12/01/2007

***Ponente Excmo. Sr. D.:*** Julián Sánchez Melgar

***Secretaría de Sala:*** Ilmo. Sr. D. Antonio Auseré Pérez (sustitución)

***Escrito por:*** BDL

- \* Principio acusatorio.
- \* Vinculación del Tribunal a la pena máxima en concreto pedida por las acusaciones.
- \* Acuerdo Plenario: 20 de diciembre de 2006.
- \* Cambio de jurisprudencia de la Sala.

*Nº:* 10457/2006P

*Ponente Excmo. Sr. D.:* Julián Sánchez Melgar

Fallo: 30/11/2006

*Secretaría de Sala:* Ilmo. Sr. D. Antonio Auseré Pérez (sustitución)

***TRIBUNAL SUPREMO***  
***Sala de lo Penal***

***SENTENCIA Nº:*** 1319/2006

***Excmos. Sres.:***

**D. Julián Sánchez Melgar**  
**D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**  
**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

---

En nombre del Rey

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

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Enero de dos mil siete.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal de los acusados **FRANCISCO ARQUÉS GINARD, FRANCISCO**

**JAVIER CASTILLO ABADES y VICENTE GALLEGO XAMENA**, contra Sentencia 11/2006, de 6 de marzo de 2006 de la Sección 1 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictada en el Rollo de Sala núm. 72/2005 dimanante del P.A. núm. 4628/2001 del Juzgado de Instrucción núm. 10 de dicha Capital, seguido por delitos de apropiación indebida, robo con fuerza en las cosas, robo con fuerza en las cosas en casa habitada, asociación ilícita y delito continuado de falsedad documental, contra FRANCISCO ARQUÉS GINARD, FRANCISCO JAVIER CASTILLO ABADES, VICENTE GALLEGO XAMENA, ANTONIO TORO ALGECIRAS y ANTONIO ROMANO SEGURA; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR; siendo parte el Ministerio Fiscal y estando los recurrentes representados por: Francisco Javier Castillo Abades por el Procurador de los Tribunales Don Luis Alfaro Rodríguez y defendido por el Letrado Don Juan Mulet Vallori, Francisco Arqués Ginard por la Procuradora de los Tribunales Doña Rosalía Rosique Samper y defendido por el Letrado Don Pedro L. Ribas Dietrich, y Vicente Gallego Xamena por el Procurador de los Tribunales Don Julián Sanz Aragón y defendido por Don Juan Amengual Gelabert.

## **I. ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 10 de Palma de Mallorca incoó P.A. núm. 72/2005 por delitos de apropiación indebida, robo con fuerza en las cosas, robo con fuerza en las cosas en casa habitada, asociación ilícita y delito continuado de falsedad documental, contra **FRANCISCO ARQUÉS GINARD, FRANCISCO JAVIER CASTILLO ABADES, VICENTE GALLEGO XAMENA, ANTONIO TORO ALGECIRAS y ANTONIO ROMANO SEGURA**, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 6 de marzo de 2006 dictó Sentencia núm. 11/23006 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

*"A) Que el acusado Francisco Arqués Ginard (en adelante, Arqués), sin antecedentes penales, Funcionario de la Policía Nacional y que prestaba servicio de radio patrulla en la Comisaría del Distrito de Playa de Palma, en prisión*

*provisional por la presente causa, tras haber obtenido información de un delincuente habitual y aquí también acusado Francisco Javier Castillo Abades (en adelante, Castillo) de que otro individuo -aquí no identificado- se hallaba en posesión de género de ilícita procedencia, en fecha no determinada del año 2004 contactó con éste último en El Arenal, y tras identificarse exhibiendo su placa oficial, le cacheó e intervino 2 relojes de oro, marca Festina (F0204-9058 y F0435-811C), valorados respectivamente en 1.5423,02 euros, y 1.198,59 euros, relojes que se quedó para sí en vez de hacer de ellos entrega en Comisaría, y que fueron intervenidos en su domicilio el 17 de noviembre de 2004, con ocasión de una diligencia de entrada y registro judicialmente ordenada.*

*Dichos relojes formaban parte de un lote de joyas obtenido el 17 de septiembre de 2001, por personas no identificadas, tras fractura del escaparate del establecimiento denominado "Artesanía La Cartuja" sito en Valldemosa. Los mencionados efectos fueron entregados en calidad de depósito provisional a su titular Doña Margarita Más Etarás.*

*B) Que en la noche del 24 al 25 de agosto de 2002 personas no identificadas (sin que conste cumplidamente acreditado que fuesen Francisco Arqués Ginard y Francisco Javier Castillo Abades) tras apalancar una puerta de entrada de una de las naves existentes en la finca rústica denominada Son Ribera, sita en el kilómetro 4,7 de la carretera de Sineu, propiedad de Don Rafael Jaume Vallespir, se apoderaron de útiles y herramientas diversas.*

*En registro judicialmente ordenado, practicado en los domicilios de Arqués (en fecha 26 de noviembre de 2004) y Castillo (en fecha 15 de noviembre de 2004) respectivamente, se intervinieron una sierra radial marca Metano y una amoladora, marca Bosch, modelo PWS 500, que fueron reconocidas como propias por el Sr. Jaume Vallespir y a éste entregadas en calidad de depósito provisional.*

*Que en la noche del 7 al 8 de diciembre de 2002 aprovechando que Don Andrés Gelabert Oliver se hallaba de viaje, y titular de la vivienda que se dirá, diversos individuos de común acuerdo y en reparto de roles, mientras unos vigilaban en las inmediaciones de la rotonda existente cerca del inmueble núm. 13 de la calle Alcina de la Urbanización "Ancorarige Hill" sita en Bendinat (Calviá); otro/s tras saltar una valla de 1.50 metros, penetraron en el recinto del chalet y tras apalancar la puerta de la cocina, penetraron en su interior y, de uno de los dormitorios extrajeron la caja fuerte que se hallaba empotrada, que sustrajeron al igual que un vehículo marca Lexus matrícula 4244-BGR todo todoterreno, que fue recuperado en días ulteriores en las inmediaciones de Son Ferriol.*

*En el interior de la caja fuerte había 3000 libras esterlinas en un sobre, 150 libras esterlinas en una bolsa de plástico, 200 dólares USA y 20.000 euros (total efectivo 24.719,21 euros); además pluralidad de joyas, parte de las cuales fueron recuperadas en el domicilio de Francisco Arqués, en fecha 17 de noviembre de 2004, con ocasión de diligencia judicial de entrada y registro; un pequeño colgante de oro en forma de corazón fue intervenido en diligencia judicial de entrada y registro practicado en el domicilio del acusado Antonio Toro Algeciras (cuñado de Francisco Arqués) en fecha 22 de noviembre de 2004, las joyas de oro no recuperadas se hallaban valoradas en 12.770 euros.*

*Los hechos descritos fueron perpetrados cuando menos, por cuatro individuos, así, en un vehículo de alquiler, marca Opel Corsa y en las inmediaciones del domicilio, se hallaba el acusado Francisco Arqués ejerciendo labores de vigilancia y conectado mediante móvil con quienes se introdujeron en el chalet y llevaron a cabo las acciones merítadas uno de los cuales era el acusado Vicente Gallego Xamena. No consta cumplidamente acreditado que los acusados Francisco Javier Castillo y Antonio Toro Algeciras fueran alguno de los restantes sujetos que llevaron a cabo tales hechos.*

*D) Que en horas de la tarde del 9 de octubre de 2004 una persona no identificada (sin que conste fuera el acusado Francisco Javier Castillo), tras romper una cristalera de la cocina, penetró en el inmueble sito en la calle Levante núm. 3 1º 2 de Palma, domicilio de Doña Emiliana Vicente Gutiérrez, y se apoderó de 150 euros, ropa y una cadena con chapa de oro e inscripción "Pedro P. Romero" marido de la anterior.*

*La cadena sin la chapa fue intervenida en el domicilio de Castillo, con ocasión de diligencia judicial de entrada y registro, practicada el 15 de noviembre de 2004 y entregada a la Sra Vicente en calidad de depósito provisional.*

*E) Entre el 10 y el 14 de noviembre de 2004 el acusado Arqués en razón a los servicios que prestaba en la Comisaría de la Playa de Palma, tuvo conocimiento de que Georg Grasser que vivía solo en la Avda. Nacional núm. 19 1º A de El Arenal, había tenido que ser evacuado e ingresado en un centro hospitalario (San Llatzer) por lo que, viendo la oportunidad de hacerse con algo de valor, propuso a Castillo entrar en la vivienda y apoderarse de lo que fuera de interés, lo que éste aceptó. Luego de sucesivos intentos, sea para localizar el apartamento, sea para hacerse con las llaves, sea para elegir el momento propicio, no dudando Arqués en recomendarle prudencia a Castillo y que, si tenía problemas, lo dejase para el domingo, en que él estaría de guardia por la noche, finalmente, por vías que no*

constan acreditadas, Castillo, que se había hecho efectivamente con una llave del apartamento, bien a últimas horas del día 14 o primeros del día 15 de noviembre, penetró en su interior y se apoderó de determinados efectos, que escondió en el automóvil que se dirá.

Empero con la intención de obtener de otra tarjeta que había visto en el piso el código de identificación personal del Sr. Grasser que le permitiera extraer el metálico de una tarjeta ya previamente sustraída, comunicó a Arqués a las 01.45 horas que volvería al apartamento, como así hizo alrededor de las 02.30 horas trepando en esta ocasión por una columna que accedía a la terraza del apartamento, saliendo después de éste (lo que comunicó vía móvil a Arqués) por la puerta, y siendo detenido a escasos metros de la puerta de entrada principal de los apartamentos ofreciendo gran resistencia, en cuyo momento tiró al suelo la llave del apartamento, y tras cacheo, se le ocupó una alianza de oro, con la inscripción "Georg 14-12-63, 26-8-1966" un guante y una gorra. Practicado el registro en el vehículo en el que se había trasladado (matrícula 3602 BZD, propiedad de su madre, Aurelia Abades) se intervino debajo de la alfombrilla trasera detrás del asiento del conductor, una tarjeta 4B de la entidad Banca March y otra tarjeta Maestro de la entidad Sparkasse Rottenburg -Bremervörde, ambas a nombre de Georg Grasser, recuperándose así la totalidad de efectos sustraídos.

F) 1º) Que a mediados de septiembre de 2004 el acusado Francisco Javier Castillo Abades contactó con Pilar Masas Hernández empleada del salón de juegos sito en la calle Bartolomé Riutort núm. 89 bajos de Can Pastilla (uno de los que explota la sociedad denominada "Dosniha") y salón que el acusado frecuentaba asiduamente, siendo conocido allí y también por Pilar con el nombre de "Jaime", titular del DNI núm. 36949098, y usuario del vehículo marca Opel Astra matrícula 3692BZD quien le propuso que colaborara con él, facilitándole información sobre el código de alarma del salón, domicilio de sus jefes y otros pormenores en orden a darles "un palo", al hallarse convencido de que en algún lugar ocultaban el dinero, y que a cambio le darían (él y sus compinches, entre los que se hallaba uno apodado "el cubano") una parte del botín. Tal proposición, la comunicó Pilar Masas al administrador y socio de la sociedad Don Carlos Chacón, quien de inmediato denunció policialmente los hechos, lo que determinó las intervenciones judiciales telefónicas de autos.

2º) A comienzos del mes de noviembre de 2004 Francisco Arqués que tenía conocimiento de que Antonio Romano Segura (compañero sentimental de su hija) poseía información acerca de las circunstancias en que el empresario de Antonio

*transportaba el importe de las nóminas de quienes como él se dedicaban a la construcción, puso en contacto a Antonio con Francisco Javier Castillo Abades a fin de que comunicara a éste último todos los pormenores y viabilizar un plan para poder proceder, en su caso, a la sustracción de las nóminas.*

*A su vez, Castillo puso el hecho en conocimiento de Antonio Toro Algeciras, y ambos, contactaron telefónicamente con Antonio Romano, quien les aseguró que aproximadamente el empresario (que resultó ser Don Manuel Muñoz García) podía transportar en mano alrededor de 15 millones de pesetas, que lo hacía en moto (una scooter 125 gris) que lo ideal sería interceptarle en la rotonda de Cala Brava (por donde seguro tenía que pasar) entre las 15 y las 16 horas del día 10 de noviembre (fecha de pago) siendo más conveniente hacerlo en noviembre que en diciembre pues debido a las fiestas de este mes, los pagos serían inferiores, Castillo propuso a Toro que podían pegarle un "toque" por detrás, así se iba a "tomar por culo" y una vez en el suelo, el encapuchado, se bajaba y le daba con la "cacharra", a lo que Toro respondió que bien, pero que antes debían tenerlo todo claro, ya que Antonio Romano se había equivocado en otra ocasión en que tenía que haber 6000 euros y droga, llegando Toro y Castillo y adoplazarse hasta Lluçmajor para interesarse por la empresa constructora.*

*Por causas desconocidas el día 10 de noviembre de 2004 el hecho no llegó a ejecutarse.*

*G) Francisco Javier Castillo Abades en al menos 6 ocasiones (el 25 de enero de 2003, 25 de octubre de 2003, 17 de febrero de 2004, 30 de julio de 2004, 24 de octubre de 2004, y 6 de noviembre de 2004) acudió al establecimiento denominado Rent a Car "Autos Dakar" sito en la calle Asdrúbal de El Arenal, manifestando ser y llamarse Jaime Torreblanca Soler, titular del DNI núm. 36949098 (y persona real), exhibiendo al efecto un carnet de conducir con tal filiación y su foto a la vez que firmaba bajo tal identidad los correspondientes contratos de alquiler de los vehículos.*

*H) Francisco Javier Castillo Abades entre otras ha sido ejecutoriamente condenado por delito de robo, en Sentencia firme de 22 de julio de 2003, habiendo obtenido la suspensión de la condena en fecha 26 de julio de 2004.*

*Francisco Arqués Ginard, con anterioridad al acto del juicio oral, satisfizo directamente al perjudicado Don Andrés Gelabert Oliver la cantidad de 11.3489, 21 euros. Y además, ha consignado judicialmente, a resultas de la presente causa, la cantidad de 18.000 euros.*

*Francisco Arqués Ginard a raíz de su detención por el robo perpetrado en el domicilio del Sr. Grasser, reconoció policialmente su intervención en él. En una segunda declaración policial, reconoció que parte de las joyas que le fueron intervenidas en registro del domicilio, procedían del robo perpetrado en el chalet de Bendinat, su intervención en él y la de otros; la procedencia de los dos relojes "Festina" también intervenidos y el modo cómo se hizo con ellos, e igualmente confesó otros hechos así como la participación propia y ajena que finalmente no han sido objeto de acusación."*

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

*"FALLO: 1º) Debemos condenar y condenamos a Francisco Arqués Ginard:*

*A) En concepto de autor de un delito de apropiación indebida precedentemente definido, con la concurrencia de la agravante de prevalimiento de carácter público y la atenuante analógica de confesión, a la pena de 30 meses de prisión, y a las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, y de inhabilitación especial para empleo o cargo público, referido al ejercicio de funciones propias de la Policía Nacional, así como al pago de 4/28 partes de las costas procesales.*

*B) En concepto de coautor de un delito de robo en casa habitada, con la concurrencia de las circunstancias modificativas atenuante de reparación del daño y analógica a la confesión, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, y a la accesoria de inhabilitación especial para del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de 1/28 partes de las costas procesales, incluidas 1/3 partes de las devengadas por la Acusacion Particular.*

*C) En concepto de autor de un delito de robo en casa habitada, con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de prevalimiento, de carácter público, a la pena de 5 años de prisión, a las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para empleo o cargo público referido al ejercicio de funciones propias de la Policía Nacional, y al pago de 2/28 partes de las costas procesales.*

*2º) Que debemos condenar y condenamos a Francisco Javier Castillo Abades:*

*A) En concepto de autor de un delito de robo en casa habitada, con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de reincidencia, a la pena de 4 años de prisión, a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y al pago de 2/28 partes de las costas procesales.*

*B) En concepto de autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil, sin circunstancias modificativas, a la pena de 2 años y 6 meses de prisión, multa de 10 meses a razón de una cuota diaria de 6 euros (180 euros al mes) quedando sujeto, en caso de impago, a una responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas insatisfechas, a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de 4/28 partes de las costas procesales.*

*3º) Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Vicente Gallego Xamena en concepto de coautor de un delito de robo en casa habitada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de 3 años de prisión, a la accesoria de inhabilitación especial para del derecho de sufragio pasivo y al pago de 1/28 partes de las costas procesales, incluidas 1/3 parte de las devengadas por la Acusación Particular.*

*4º) Francisco Arqués Ginard y Vicente Gallego Xamena, conjunta y solidariamente indemnizarán a Don Andrés Gelabert Oliver en la cantidad de 26.000 euros.*

*5º) Que debermos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Francisco Arqués Ginard, de un delito de robo con fuerza, y un delito de asociación ilícita de que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las 3/28 partes de las costas procesales.*

*6º) Que debenmos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Francisco Javier Castillo Abades, de un delito de robo con fuerza, otro delito de robo con fuerza en casa habitada, otro delito de robo con fuerza en casa habitada y un delito de asociación ilícita, con declaración de oficio de las 8/28 partes de las costas procesales, incluidas 1/3 parte de las devengadas por la Acusación Particular.*

*7º) Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Antonio Toro Algeciras, de un delito de robo en casa habitada y un delito de asociación ilícita, con declaración de oficio de las 2/28 partes de las costas procesales.*

*8º) Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Antonio Romano Segura, de un delito de asociación iícita de que venía siendo acusado, con declaración de oficio de 1/28 partes de las costas procesales.*

*Para el cumplimiento de las penas impuestas, les serán de abono los días de privación de libertad sufridos por la presente causa.*

*Hágase entrega definitiva a sus titulares de los efectos provisionalmente depositados.*

*Conclúyase con arreglo a derecho las piezas de responsabilidad civil.*

*Y, firme que sea la presente resolución, participese al Juzgado de lo Penal núm. 3 de los de Palma, a los efectos que procedan en cuanto a la suspensión de condena acordada el 26-7-2004 respecto de Francisco Javier Castillo Abades."*

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de los procesados **FRANCISCO ARQUÉS GINARD, FRANCISCO JAVIER CASTILLO ABADES y VICENTE GALLEGO XAMENA**, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado **FRANCISCO JAVIER CASTILLO ABADES**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º y único.- Por infracción de Ley y de precepto constitucionales, artículos 849.1 y 852 de la L.E.Crim. Por infracción del art. 9.3 de la CE, que declara la interdicción de la arbitrariedad y del art 24.2 de la CE que proclama la presunción de inocencia.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado **FRANCISCO ARQUÉS GINARD**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24 de la CE, en relación con el art.a 120.3º por conculcación del del principio acusatorio.

2º.- Por infracción de Ley, al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim., por indebida aplicación del art. 21.6 en relación con el art. 21.4 del C. penal.

3º.- Por infracción de Ley, al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim., por indebida aplicación del art. 21.5 del C. penal.

El recurso de casación formulado por la representación legal del procesado **VICENTE GALLEGO XAMENA** se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1°.- Por infracción de Ley -preceptos constitucionales- por el cauce del apartado 4° del art. 5 de la LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 de la CE.

2°.- Recurso de casación por infracción de Ley -preceptos constitucionales- pro el cauce del apartado 4° del art. 5 de la LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a no sufrir indefensión, a la defensa, a un proceso con todas las garantías y a valerse de todas las pruebas pertinentes para la defensa, reconocidos en el art. 24.1 y 2 de la CE.

3°.- Recurso de casación por infracción de Ley -preceptos constitucionales- por el cauce del apartado 4 del art. 5 de la LOPJ, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en relación a la no aplicación del principio "in dubio pro reo" reconocido en el art. 24.2 de la CE.

4°.- Recurso de casación por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por indebida aplicación del art. 24 en relación al art. 66 ambos del C. penal.

5°.- Recurso de casación por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 de la LECrim., por no expresar clara y manifiestamente los hechos que se consideran probados y resultar manifiesta contradicción entre ellos.

6°.- Recurso de casación por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3 de la LECrim., por no resolver la sentencia todos los puntos objeto de acusación y defensa.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista e impugnó todos los motivos del mismo, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 30 de noviembre de 2006 sin vista.

**SEPTIMO.-** La Sala Segunda del Tribunal Supremo con fecha 30 de noviembre de 2006 dicta Auto cuya **Parte Dispositiva** es la siguiente:

*"Se prorroga el término para dictar Sentencia en el presente recurso 2/10457/2006 P, hasta la reunión del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el que se logre un acuerdo sobre la mencionada materia objeto del recurso.*

*Así lo acuerdan y firman los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen de lo que como Secretario certifico."*

**OCTAVO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 8 de enero de 2007 se levanta el término para dictar Sentencia acordado en el presente recurso de casación, al haber resuelto la cuestión objeto del debate en el mismo, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 20 de diciembre de 2006.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El primer motivo del recurso de Francisco Arqués Ginard plantea, como vulneración constitucional, por el cauce previsto en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la infracción del principio acusatorio, al habersele impuesto mayor pena que la solicitada concretamente para él por el Ministerio fiscal, alegando que mientras la petición fiscal fue de 4 años de prisión (para uno de los delitos en que incurrió: delito de robo en casa habitada), la Sala sentenciadora de instancia impuso la pena de 5 años (máxima imponible), agregando un razonamiento para dicha elevación del umbral de la petición del Ministerio Público.

Al efecto, invoca como infringido el art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el ámbito del procedimiento abreviado, como es el caso, establece:

*"... La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones..."*

Este ha sido el punto nuclear de su queja casacional, y el que ha merecido la atención de la Sala Plenaria en funciones de unificación de doctrina, como luego trataremos.

La doctrina tradicional de esta Sala, hasta este momento, de la que es exponente, entre otras muchas, la STS 1426/2005, de 7 de diciembre, nos dice que esta cuestión ha dado lugar a opiniones doctrinales diferentes. Se refiere a la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas (en concreto) por las acusaciones. Un sector doctrinal entiende, ciertamente, que tal decisión puede infringir el principio acusatorio al actuar el Tribunal más allá de lo pedido por las acusaciones, y también el derecho de defensa, pues el acusado organiza su defensa en función de la acusación y no de una eventual agravación, de la clase que sea, procedente del Tribunal.

No obstante, la aludida línea mayoritaria y tradicional de esta Sala y del Tribunal Constitucional, permite que el tribunal pueda imponer pena más grave que la solicitada por las acusaciones *siempre que la motive suficientemente y se mantenga dentro de los límites legales establecidos*, pues la vinculación del órgano jurisdiccional deriva directamente de la Ley y no de las peticiones de las partes, y la individualización de la pena corresponde únicamente al Tribunal y no a la acusación (SSTS 21.10.1988, 16.11.1989, 18.6.1994, 22.5.95, y STC 43/1997, entre otras). Esta doctrina precisa que el principio acusatorio no exige la vinculación estricta del Juzgador a las calificaciones jurídicas y al «petitum» de las partes, sino sólo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquél sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un «crimen», sino un «factum», «que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al hecho posible objeto de la acusación sin incurrir en incongruencia», aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal. Recordando la reciente STC 163/2004 de 4.10, que la imposición de la pena de multa, comprendida en el tipo que fue objeto de la acusación y que no fue pedida por error por el Ministerio Fiscal, no quebranta el derecho de defensa, pues el acusado pudo defenderse del tipo penal en el debate contradictorio del juicio oral y el Tribunal motivó la razón por la que imponía la pena.

Además, sigue manteniendo tal Sentencia de esta Sala Casacional (la número 1426/2005), que la cuestión suscitada de si el Tribunal está vinculado por la pena en abstracto que corresponde al delito determinado por la acusación, o que el límite se encuentra en la pena concreta solicitada por las acusaciones y que, por error u otro motivo, puede no corresponder con la que

legalmente está fijada para el delito acusado, la redacción actual del art. 789.3, en el extremo que ahora interesa, *y con independencia de que este precepto no resulte aplicable al caso que nos ocupa, tramitado por los cauces del procedimiento ordinario (se decía en tal resolución judicial)*, una interpretación del nuevo texto y su relación sistemática con lo dispuesto en el procedimiento ordinario, lleva a considerar que, en todo caso, un error material en la solicitud de la pena, por clara divergencia entre lo pedido en el escrito de acusación y la pena que señala la Ley para el delito que es objeto de la acusación, no vincula al Tribunal sentenciador.

Cierto es que en el caso ahora enjuiciado, el procedimiento seguido no es el ordinario sino efectivamente el abreviado. Pero ello no es lo importante, como veremos, sino la esencia misma del principio, su fundamento y su vinculación con el órgano jurisdiccional al que corresponde el enjuiciamiento del asunto.

Digamos ya de este momento, que no es justificable mantener ante esta cuestión dos criterios diversos, en función del tipo de procedimiento por el que se ventile la causa penal, pues es patente que no puede haber un procedimiento más “acusatorio” que otro.

En trance de poner en cuestión la posición tradicional en esta materia, conviene señalar que la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio, y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio, en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno.

Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

Como tiene señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, entre las exigencias derivadas de tal principio acusatorio, «se encuentra la de que nadie puede ser condenado por *cosa distinta* de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica» (SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio, 225/1997, de 15 de diciembre, 4/2002, de 14 de enero, F. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2; y 120/2005, de 10 de mayo, F. 5). La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por tal Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, F. 2; 4/2002, de 14 de enero, F. 3). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero, F. 3; 95/1995, de 19 de junio, F. 2; 36/1996, de 11 de marzo, F. 4; 4/2002, de 14 de enero, F. 3).

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al *factum* sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones.

Cierto es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como consecuencia de este reproche casacional, se debatió en Pleno no Jurisdiccional para la Unificación de Criterios, el día 20 de diciembre de 2006, mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal:

**“El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”.**

Se funda tal Acuerdo en la propia estructura del proceso acusatorio, en donde es necesaria la neta separación entre las funciones de acusar y juzgar, de modo que si el Tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad, se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno. Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el *ámbito del procedimiento abreviado*, como es el caso, establece: “... La sentencia no podrá imponer *pena* más grave de la *solicitada* por las acusaciones...” Obsérvese que la ley acentúa sobre la *pena a imponer* la cuantificación *solicitada* por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio.

Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: “lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación” (*ad exemplum*, STC 278/2000 de 27 de diciembre).

De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros).

Y desde un plano de legitimación, la postulación procesal y correlativa reacción punitiva, no corresponde al Tribunal sentenciador, sino a las acusaciones, en el mismo seno del desenvolvimiento del juicio oral, porque “siendo éste el arsenal donde el acusador y el acusado deben tomar sus armas de combate y de defensa y el Tribunal los fundamentos de su veredicto”, “los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales ...”, y desde luego, sin descender a la “arena del combate”. Así se expresa la brillante Exposición de Motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, suscrita por el Ministro de Justicia, Manuel Alonso Martínez. Tomar partido en la pena a imponer, por encima de lo postulado por las acusaciones, es descender a dicha “arena”, frustrar fundadas expectativas basadas en el derecho de defensa y, en suma, colocarse en el papel de acusador más que en el juzgador.

Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin

que podamos decir, como ya anunciábamos, que un procedimiento es más *acusatorio* que otro.

Y, finalmente, siempre el Tribunal podrá plantear *la tesis* a que se refiere el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la moderación que este Tribunal Supremo ha interpretado para su utilización, al efecto de corregir los manifiestos errores u omisiones en la estructuración de la pena solicitada por las acusaciones, dando oportunidad a todas las partes a un debate contradictorio.

En este sentido, el motivo ha de ser estimado, dictándose a continuación segunda sentencia.

**SEGUNDO.-** El segundo motivo, formalizado por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del art. 21-6º, en relación con el 21-4º, ambos del Código penal, pretendiendo el recurrente la apreciación de la atenuante analógica a la confesión también respecto al delito de robo con fuerza en casa habitada, concretamente resultante del apartado E) de los hechos probados, y además con la consideración (tal atenuante) como muy cualificada respecto a los delitos que se describen en los apartados A) y C) del *factum*.

Con relación a la primera queja, no concurre ni el elemento cronológico, ni el mismo fundamento atenuatorio, toda vez que reconoció su participación después de que el procedimiento se dirigiera contra él, estando en grado avanzado de investigación para el esclarecimiento de los hechos, mediante la actuación seguida policialmente al efecto. La jurisprudencia así lo declara. En Sentencias de 13.7.98, 17.9.99, 13.10.99, 1579/99 de 10.3.2000, 1968/2000 de 20.12 y 1067/2001 de 30.5, ha entendido que en principio no cabrá aplicar la atenuante de confesión por vía analógica en los casos en que falta el requisito cronológico, en cuanto que la analogía no puede considerarse como expediente que sirva para crear atenuantes incompletas, haciendo irrelevante la ausencia de un requisito exigido por la Ley para su valoración como atenuante. Para que se estime integrante de atenuante analógica de confesión, la autoinculpación prestada cuando ya el procedimiento -policial o

judicial- se dirigía contra el confesante, será necesario que la colaboración proporcionada por las manifestaciones del inculpado sea de *gran relevancia* a efectos de la investigación de los hechos; en el caso que estos efectos excepcionales no se den, habrá de tenerse en cuenta si concurren los requisitos básicos de la atenuante nominada, cuya aplicación analógica se pretende.

Respecto al segundo problema que plantea, la jurisprudencia de esta Sala exige que la colaboración sea, como ya hemos dicho, **relevante**, para que tenga los efectos de muy cualificada (Sentencias 2425/2001 y 1199/1998), lo que no se produce en ambos casos, como razona la Sala sentenciadora de instancia en el fundamento jurídico décimo (páginas 29 a 31), en donde se explica que ha sido el Tribunal “generoso” en la concesión de ambas atenuantes analógicas, de modo que no concurre esa intensidad atenuatoria superior a la normal, derivadas de las circunstancias del hecho, el culpable y el caso.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**TERCERO.-** Por el tercer motivo, formalizado por idéntico cauce al anterior, el recurrente ahora pretende la apreciación de la atenuante de reparación del daño a todos los delitos que han sido sancionados.

Como dice la STS 890/2003, de 19 de junio, el actual artículo 21 del Código Penal, ha escindido la genérica circunstancia del arrepentimiento espontáneo en dos modalidades atenuatorias que valoran, respectivamente, el comportamiento del acusado respecto de su colaboración con la tramitación de la causa y el esclarecimiento de los hechos y, por otro lado, la actitud observada respecto de la reparación del daño ocasionado a la víctima o la disminución de sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral (Sentencia 1621/2001, de 22 de septiembre).

La Sala sentenciadora de instancia estimó concurrente la atenuante de reparación del daño en uno de los robos en casa habitada, a la vista de las consignaciones efectuadas (página 31), si bien no en su consideración de atenuante muy cualificada, como postulaba su defensa.

Francisco Arqués Ginard consignó con anterioridad al acto del juicio oral, directamente al perjudicado (Andrés Gelabert Oliver), la cantidad de 11.489,21 euros, y a resultas de la causa, 18.000 euros. Es de ver que el Tribunal de instancia tuvo de todos modos en cuenta tal consignación para la individualización penológica, salvo en el segundo delito de robo en casa habitada, cuya estimación se ha producido en el primer motivo, por lo que el motivo no puede prosperar.

**CUARTO.-** Los dos primeros motivos de Vicente Gallego Xamena cuestionan, por vía de vulneración constitucional, la enervación de la presunción de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna.

En ambos, se alega la valoración probatoria de la declaración inculpativa del coimputado.

Hemos dicho (SSTS 23/2003, de 21 de enero, y 413/2003, de 21 de marzo), que los rasgos que la definen son: a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede *mínimamente* corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y d) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

La propia presencia del recurrente en la zona de Bendinat, permaneciendo alrededor de dos horas, corrobora lo declarado por Francisco Arqués Ginard en el sentido de que realizó actos de ejecución nuclear, reconociendo que no le preguntó hacia dónde iban, ni qué hacían delante de tal edificio, por lo que sus manifestaciones, como dice el Tribunal “a quo” carecen intrínsecamente de verosimilitud objetiva, cuando existía tanta confianza entre ellos que, según declaró, se dirigió a su domicilio un festivo a realizar determinada reparación, quedándose a cenar en su casa.

Y como quiera que no existen tales elementos mínimamente corroboradores respecto a Francisco Javier Castillo Abades, la Sala sentenciadora de instancia le absuelve, sin que pueda, en consecuencia, extraer el recurrente un diferente trato valorativo, pues las circunstancias concurrentes son diferentes.

**QUINTO.-** El motivo tercero de Vicente Gallego Xamena, gira en torno a la invocada regla valorativa “in dubio pro reo”.

Como dice nuestra Sentencia 21-7-2003 (1060/2003), el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay: existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (S. 21-05-1997, núm. 709/1997 y S. 16-10-2002, n° 1667/2002, entre otras muchas).

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**SEXTO.-** El motivo cuarto, formalizado por infracción del ley del art. 849-1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de los arts. 66 y 67 en relación con el art. 241 (robo en casa habitada), todos ellos del Código penal, bajo el argumento de que el recurrente hubiera sido acreedor de la pena mínima de 2 años de prisión, y no 3 años, como ha decidido imponer el Tribunal de instancia.

La regla sexta del art. 66 del Código penal permite recorrer en toda su extensión la banda punitiva establecida por el legislador, en atención a las circunstancias del hecho y las personales del autor, razonándolo en la Sentencia. Esta facultad discrecional de la Sala sentenciadora de instancia solamente es controlable en casación en función de la motivación dispuesta al efecto, de modo que si es razonable, no es posible invadir sus facultades decisorias al respecto.

En la fundamentación jurídica, los jueces “a quibus” explican que la mayor perversidad del hecho radica en el arrancado de la caja fuerte empotrada, con causación de daños, y la sustracción de un vehículo todoterreno que se encontraba en el garaje de la casa. Tales elementos fácticos suponen un plus de antijuridicidad que justifica la sanción penal por encima del umbral mínimo, como quiere el recurrente, sin llegar a la mitad superior.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**SÉPTIMO.-** Por el motivo quinto pretende ver el recurrente una contradicción entre los hechos probados, que viabiliza a través del cauce previsto en el art. 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el hecho de haber sido condenado como autor de tal robo y no el co-acusado Francisco Javier Castillo Abades.

La única contradicción que constituye quebrantamiento de forma es, según una constante doctrina jurisprudencial, la que reúne las siguientes características: a) tiene que ser interna, es decir, producida dentro de la propia declaración de hechos probados, no pudiendo ser denunciada como contradicción la que se advierte o crea advertirse entre el «factum» y la fundamentación jurídica de la resolución; b) ha de ser gramatical o semántica, no conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada; c) la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no pueda ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato; d) como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el «iudicium», lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas.

Examinada la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, no es posible encontrar en la misma una contradicción de las características enunciadas ni de clase alguna, sino una valoración probatoria con la que discrepa el recurrente, por lo que el motivo debe ser terminantemente rechazado.

**OCTAVO.-** Finalmente, el motivo sexto de Vicente Gallego Xamena, denuncia otro quebrantamiento de forma que esta vez deriva de una incongruencia omisiva, que resulta de una nueva versión de los hechos sucedidos en el chalet denominado de Bendinat, que extrae el Tribunal -se alega- tanto del escrito de acusación del Ministerio fiscal como de la acusación particular, y de lo probado en el proceso, lo que no vulnera precepto alguno, ni puede ser tildado de incongruencia omisiva o fallo corto, sino fruto de la labor de apreciación probatoria que a la Sala sentenciadora de instancia atribuye el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**NOVENO.-** Con un único motivo de contenido casacional, denuncia Francisco Javier Castillo Abades la vulneración de la presunción constitucional de inocencia, tanto en el robo en la casa del Sr. Grasser (hecho E), de los probados), como en el delito de falsedad en documento mercantil (hecho G).

1. El principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución española; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo, que han ser relacionados y valorados por el Tribunal de instancia, en términos de racionalidad, indicando sus componentes incriminatorios por cada uno de los acusados; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas, conforme a sus formalidades especiales; 4º) que tales pruebas

incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental, pues la función de este Tribunal Supremo, al dar respuesta casacional a un motivo como el invocado, no puede consistir en llevar a cabo una nueva valoración probatoria, imposible dada la estructura y fines de este extraordinario recurso de casación, y lo dispuesto en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues solamente al Tribunal sentenciador pertenece tal soberanía probatoria, limitándose este Tribunal a verificar la siguiente triple comprobación:

1ª. Comprobación de que hay prueba de cargo practicada en la instancia (prueba existente).

2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada al proceso con las garantías exigidas por la Constitución y las leyes procesales (prueba lícita).

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, realmente existente y lícita, ha de considerarse razonablemente bastante para justificar la condena (prueba suficiente).

2. El delito de robo que se describe en la letra E) de los hechos probados, narra que, conociendo Francisco Arqués Ginard, como funcionario policial, que Georg Grasser vivía solo en El Arenal, y que había sido ingresado hospitalariamente, ideó entrar a robar en su casa, y para ello propuso a Francisco Javier Castillo Abades entrar en la vivienda y apoderarse de lo que fuera de interés, lo que éste aceptó, haciéndose el recurrente con una llave del apartamento, por medios que no se han determinado, entrando en una primera ocasión en aquél; pero teniendo que entrar de nuevo para obtener el código de identificación de una tarjeta, que le permitiera extraer el dinero a través de un cajero automático, comunicó al primero que iba a volver al piso, lo que así hizo (siendo todo ello seguido a través de la interceptación telefónica, operada al efecto), y trepando en esta ocasión por una columna que accedía a la terraza del apartamento, fue detenido inmediatamente después, portando una llave que coincidía con la del piso, y tras el cacheo, una alianza de oro con inscripción correspondiente a Georg, y en el vehículo, debajo de una alfombrilla, dos tarjetas (una 4B y otra Maestro), ambas a nombre de Georg Grasser, de las que pretendía hacerse indudablemente con el código secreto de acceso, en la

vivienda del perjudicado, y lo que determinó la segunda entrada en el piso del mismo.

Con estas pruebas, refutar que al no haberse determinado el modo cómo se hizo con la llave del piso, o preguntarse por la razón de entrar por la terraza la segunda vez, están totalmente fuera de lugar, pues en el primer caso, es indudable que satisface las exigencias legales de acceso con llave falsa (como sustraída a su propietario ilegítimamente), y en el segundo, un acceso por vía insólita, que igualmente sirve para calificar los hechos como delito de robo, tal y como razonó el Tribunal sentenciador.

3. Con respecto al hecho G), se dice que no hubo una correcta identificación del recurrente, cuando es lo cierto que, al menos en seis ocasiones, concertó y firmó contratos falsos de alquiler de vehículos con simulación de una identidad falsa, al decir llamarse Jaime Torreblanca Soler, con un determinado D.N.I., correspondiente a una persona real, ajena por supuesto a estos hechos, exhibiendo al efecto un carnet de conducir.

Niega el recurrente que fuera identificado en el juicio oral por el titular de la empresa “Renta a Car”, Francisco Cuenca Carrillo, y que anteriormente solamente lo fue mediante reconocimiento fotográfico, siendo así que el Tribunal “a quo”, en contra de lo expuesto en el motivo, afirma que ninguna duda albergó el testigo citado en *identificar en el plenario* a Francisco Javier Castillo Abades, como la persona que conoció a través del acusado Francisco Arqués Ginard, y como la persona que *reiteradamente acudía* a arrendar vehículos, aportando al efecto un permiso de conducir con esa falsa identidad. Es más la Sala sentenciadora de instancia para reforzar su convicción dice que ese mismo D.N.I. le usó en el caso “Casino”.

No existe, pues, vulneración del principio de presunción de inocencia, pues la prueba practicada es suficiente para enervarle, sin que nuestro control casacional se extienda más allá, no habiéndose planteado por el expresado recurrente ninguna queja más de contenido jurídico respecto a estos hechos.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

**DÉCIMO.-** Al estimarse parcialmente el recurso de Francisco Arqués Ginard, se han de declarar de oficio las costas procesales, y en cambio, condenarse a las mismas a los co-recurrentes Vicente Gallego Xamena y Francisco Javier Castillo Abades, que han visto desestimados sus respectivos recursos.

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de los procesados **FRANCISCO JAVIER CASTILLO ABADES y VICENTE GALLEGO XAMENA**, contra Sentencia 11/2006, de 6 de marzo de 2006 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Condenamos a dichos procesados al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR, por estimación parcial**, al recurso de casación interpuesto por la representación legal del procesado **FRANCISCO ARQUÉS GINARD** contra la mencionada Sentencia 11/2006, de 6 de marzo de 2006 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Declaramos de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

En consecuencia casamos y anulamos, en la parte que le afecta, la referida Sentencia núm. 11/2006 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta, a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Julián Sánchez Melgar

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

**10457/2006P**

***Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar***

***Fallo: 30/11/2006***

***Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Antonio Auseré Pérez (sustitución)***

***TRIBUNAL SUPREMO***  
***Sala de lo Penal***

***SEGUNDA SENTENCIA Nº: 1319/2006***

***Excmos. Sres.:***

**D. Julián Sánchez Melgar**  
**D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**  
**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

---

En nombre del Rey

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

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Enero de dos mil siete. El Juzgado de Instrucción núm. 10 de Palma de Mallorca incoó P.A. núm. 72/2005 por delitos de apropiación indebida, robo con fuerza en las cosas, robo con fuerza en las cosas en casa habitada, asociación ilícita y delito continuado de falsedad documental, contra **FRANCISCO ARQUÉS GINARD**, con DNI núm. 42964507, nacido el día 2 de

octubre der 1957, hijo de José y de Francisca, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, **FRANCISCO JAVIER CASTILLO ABADES**, con DNI núm. 42977063, nacido el día 15 de abril de 1958, hijo de Francisco y de Aurelia, con antecedentes penales, cuya solvencia no consta, **VICENTE GALLEGO XAMENA**, con DNI núm. 42965348, nacido el día 31 de octubre de 1956, hijo de Emilio y de Catalina, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, **ANTONIO TORO ALGECIRAS**, con DNI núm. **42954891**, nacido el 19 de febrero de 1955, hijo de José y de Ana, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta , y **ANTONIO ROMANO SEGURA**, con DNI núm. 43142350, nacido el día 8 de noviembre de 1981, hijo de Antonio y de Rosa, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 6 de marzo de 2006 dictó Sentencia núm. 11/23006, la cual ha sido recurrida en casación y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

## **I. ANTECEDENTES**

**PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.-** Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

**SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.-** Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO.-** De conformidad con lo razonado en nuestra Sentencia Casacional, procede casar la resolución recurrida exclusivamente en el

particular referido a la pena a imponer al acusado Francisco Arqués Ginard, respecto al delito de robo en casa habitada (caso *Grasser*), y al concurrir la agravante de prevalimiento de carácter público, imponer la pena en su mitad superior, pero en la máxima extensión solicitada por el Ministerio fiscal, que lo fue en 4 años de prisión, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

### **III. FALLO**

Que exclusivamente en el apartado C) del fallo, correspondiente a la pena del acusado **Francisco Arqués Ginard**, debe éste ser condenado a la pena de **cuatro años de prisión**, manteniendo los demás pronunciamientos de dicho apartado en sus propios términos.

Y en lo restante, se mantienen y dan por reproducidos todos los pronunciamientos de la sentencia de instancia, igualmente en sus propios términos, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta resolución judicial.

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

Julián Sánchez Melgar

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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