

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10ª, Sentencia de 5 Nov. 2008, Rec. 127/2007

Ponente: Birulés Bertrán, María Montserrat.

LA LEY 152242/2008

Resolución confirmada

ASESINATO. Muerte de una indigente tras ser quemada viva en el cajero de la sucursal bancaria donde pernoctaba. Acción de acoso, previa a su muerte, arrojando objetos e insultando a la víctima. Dolo homicida. Concepto y modalidades. Dolo directo y dolo eventual. Doctrina general. Actuación con plena conciencia de la alta probabilidad de acabar con su vida. ALEVOSÍA. Uso de líquido inflamable acelerante de la combustión, considerado esencialmente alevoso. Situación de desvalimiento de la víctima por imposibilidad de opciones de defensa. Huída del lugar del crimen con actitud sonriente y sin prestar auxilio ni solicitarlo a terceros. ENSAÑAMIENTO. Dolor intenso causado a la víctima, que agonizó tras 24 horas de hospitalización con quemaduras de segundo grado. No concurre. Ausencia de actos deliberados y conscientes para aumentar el sufrimiento de la víctima. DAÑOS POR INCENDIO. Subtipo agravado. Ocasionados en el habitáculo del cajero automático. En concurso medial con el asesinato. COAUTORÍA. Participación conjunta con independencia de las concretas atribuciones de cada coautor al resultado. Teoría del dominio funcional del hecho. Doctrina jurisprudencial. Realización de un propósito común con dolo compartido. RESPONSABILIDAD EX DELICTO. Indemnización por daños materiales y daño moral. Fijación de la cuantía por pérdida de la vida humana en 46.000 euros a favor de la hija y madre de la víctima. Alta repercusión mediática del asesinato que fue grabado por las cámaras de seguridad del banco y difundidas por los medios de comunicación.

La Audiencia Provincial de Barcelona condena a los acusados por delito de asesinato cualificado con alevosía en concurso medial con un delito de daños dolosos cometidos mediante incendio.

En Barcelona, a cinco de noviembre de dos mil ocho.

VISTA, en juicio oral y público ante la SECCIÓN DÉCIMA de esta Audiencia Provincial de Barcelona, la presente causa al margen referenciada seguida por un delito de daños intencionales ex arts 263 y 266.1 CP y un delito de asesinato cualificado ex arts. 139.1º y 3º y 140 CP, contra los acusados Oriol P. S., con DNI, mayor de edad, nacido el día 4 de junio de 1987 en Barcelona, España, hijo de José Mariano y Dulcis, con domicilio en Barcelona, sin antecedentes penales, en prisión provisional por esta causa desde el día 21 de diciembre de 2005, representado por el/la Procurador/a don Joan Grau Martí y defendido por el/la Letrado/a doña Esther Palmés Bosch y contra Ricard P. B., con DNI, mayor de edad nacido el 21 de noviembre de 1987 en Barcelona, España, hijo de Esteban y María del Carmen con domicilio en Barcelona, sin antecedentes penales en prisión provisional por esta causa desde 21 de diciembre de 2005, representando por el/la Procurador/a de los Tribunales D. José Joaquín Pérez Calvo y defendido por el/la letrado don Juan Antonio del Moral Vizcaíno. Siendo parte acusadora particular doña Chantal R. E. y doña María de la C. P. L. representadas por la Procuradora de los Tribunales doña Luisa Infante Lope y asistidas de Letrado/a don Lluís Costa Sánchez, así como la entidad Caixa d' Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» representado por el/la Procurador/a de los Tribunales don Ramón Feixó Fernández-Vega, asistida de Letrado/a don Enrique Cancelo Castro, y

parte acusadora popular el Excmo. Ayuntamiento de Barcelona, representado por el/la Procurador/a de los Tribunales doña Nicolasa Montero Sabariego, asistido de letrada doña Lydia Lajara Fernández en sustitución de doña Olga Tubau Martínez.

Ejerce la acusación pública el Ministerio Fiscal representado por el. Ilmo. Sr. D. Amadeu Melis i Bosch.

Siendo ponente la Iltma. Magistrada Sra. D.^a Montserrat Birulés i Bertrán, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas ha calificado los hechos como constitutivos de un delito de daños intencionales mediante incendio ex art. 263 y 266.1 CP y de un delito de asesinato cualificado ex arts 139.1º y 3º y 140 CP sin concurrencia de circunstancias modificativas de las respectivas responsabilidades criminales, autores los acusados e interesa la imposición a cada uno de ellos de las penas de, por el primer delito, tres años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, costas e indemnicen conjunta y solidariamente a la entidad bancaria «la Caixa» en 26.717 € y, por el segundo delito, la pena de veinticinco años de prisión con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, costas, así como que en concepto de responsabilidad civil indemnicen conjunta y solidariamente ambos acusados a los legítimos herederos de María Rosario E. P. en la cantidad de 98.000 € por el fallecimiento de ésta.

Por su parte la Acusación Particular constituida por D.^a María de la C. P. y D.^a Chantal R., madre e hija de D. María Rosario E. P., ha elevado igualmente a definitivas sus conclusiones provisionales por las que reputando a ambos acusados autores, sin concurrencia de circunstancias modificativas de sus respectivas responsabilidades, califica los hechos como sendos delitos de daños ex arts 263 y 266.1 CP y asesinato cualificado, al concurrir alevosía y ensañamiento, ex arts 139.1 y 3 y 140 CP, interesando la imposición a cada uno de los acusados, de las penas de, por el primer delito, tres años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, costas e indemnicen conjunta y solidariamente a sus representadas en la cantidad de 120.000 €.

En cuanto a la acusación particular ejercida por la entidad bancaria «La Caixa» la misma ha elevado a definitivas sus conclusiones provisionales con las correcciones que en acta constan, por las que reputando a ambos acusados autores, sin concurrencia de circunstancias modificativas de sus respectivas responsabilidades, califica los hechos como sendos delitos de daños ex arts 263 y 266.1 CP y asesinato cualificado, al concurrir alevosía, o alternativamente abuso de superioridad ex art. 22.2 y ensañamiento, ex arts 139.1 y 3 y 140 CP, concurriendo la agravante genérica del artículo 22.4 CP e interesando la imposición a cada uno de los acusados, de las penas de, por el delito de daños, tres años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, costas por mitad y por el delito de asesinato la pena de veinticinco años con inhabilitación absoluta para cada uno de ellos, costas por mitad e indemnicen conjunta y solidariamente a D.^a Chantal y D.^a María de la C., por partes iguales, en la cantidad de 120.000 €.

En cuanto a la acusación popular ejercida por el Excmo. Ayuntamiento de Barcelona el mismo ha elevado a definitivas sus conclusiones provisionales, con la modificación de su conclusión primera, conforme escrito presentado, y el resto elevándolo a definitivo, por las que calificando los hechos como constitutivos de sendos delitos de daños intencionales mediante incendio ex arts 263 y 266.1 CP y de un delito de asesinato cualificado al concurrir alevosía y ensañamiento ex arts. 139.1 y 3 y 140 CP, reputa autores a los acusados, sin concurrencia de circunstancias modificativas de sus

respectivas responsabilidades criminales, e interesa se les imponga, a cada uno de ellos, las penas de, por el primer delito, la de tres años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas por mitad y por el delito de asesinato la pena de veinticinco años de prisión, con inhabilitación absoluta para cada uno de ellos y costas por mitad. Que en concepto de responsabilidad civil indemnicen a los respectivos perjudicados, La Caixa, en las cuantías de 26.717€ y a las Sra. P. y R. en la de 120.000 €.

SEGUNDO.- Por su parte la defensa de O. P. efectuó calificación admitiendo la autoría, de un delito de omisión del deber de socorro ex art.195.2 y 3 CP y alternativamente cómplice por cooperación no necesaria, de un delito de homicidio imprudente ex art. 142 CP. Aceptando por el delito de omisión del deber de socorro la pena de tres años de prisión y en la alternativa la de seis meses de prisión.

En cuanto a la defensa de Ricard P. por ésta se efectuó calificación admitiendo la autoría, sin circunstancias, de su patrocinado respecto de dos delitos uno de trato degradante ex art. 173.1 CP y otro de homicidio imprudente ex art. 142.1 CP, aceptando la imposición de la penas de un año de prisión por el primer delito y de dos años de prisión por el segundo de ellos.

HECHOS PROBADOS

SE DECLARA PROBADO QUE:

Que sobre las 22:10 h del día 15 de diciembre de 2005 D.^a María Rosario E. P., de cincuenta años de edad, accedió al interior del habitáculo acristalado, cajero automático, existente en la oficina 0880 de la entidad bancaria Caixa d' Estalvis i Pensions de Barcelona, «La Caixa», sita en la calle Guillem Telt núm. 28 de Barcelona con intención de pernoctar en su interior dada su condición de indigente e instalándose en el ángulo derecho del mismo según se entra.

En dicha finca se estaban realizando obras de limpieza de la fachada y se encontraban instalados andamios utilizándose en dichas tareas disolvente que estaba almacenado en bidones de plástico azul de 25 litros, debidamente etiquetados e ilustrados en orden a indicar su composición y carácter tóxico y altamente inflamable del contenido. Bidones a los cuales se podía acceder escalando hasta la primera planta del andamio donde se encontraban los mismos, algunos de los cuales contenían sólo parte de su capacidad al haber sido utilizados diversas veces para las mencionadas tareas.

Y sobre las 1:40 horas ya del día 16 de diciembre de 2005, los acusados O. P. Simó y Ricard P. B., ambos mayores de edad, sin antecedentes penales, unidos por previa relación de amistad y movidos por la conjunta intención de menoscabar la integridad física y moral de la Sra. E. accedieron al interior del habitáculo del cajero, increpando y mofándose de la mencionada persona, al tiempo que Oriol le lanzaba objetos diversos que desde el exterior le facilitaba Ricard, así entre otros, una naranja, una botella de plástico de dos litros conteniendo restos de líquido y dos conos de señalización viaria. Tras un breve forcejeo por el control de la puerta la Sra. E. consiguió cerrar el pestillo de la misma, ausentándose los acusados.

Sin embargo, como quiera que se habían juntado con varios amigos, uno de los cuales, Juan José M. (menor de edad a la fecha de los hechos y ya juzgado) no había sido visto con anterioridad por la Sra. E. conscientes de ello, urdieron una trampa con el objetivo de engañarle y que la misma cediera en su autoprotección, y así conseguir que la citada mujer les franquease el paso. A tal fin, el menor mientras los dos acusados se hallaban escondidos tras unos andamios cercanos, golpeó la puerta y con gestos de necesitar operar en los cajeros automáticos convenció a aquélla para que le abriera, lo que consiguió, accediendo acto seguido a su interior. Tras simular operar en los cajeros, procedió a salir inmediatamente, dejando la puerta cerrada si bien franqueable, de modo tal que en breves minutos, tras proveerse de objetos contundentes tipo palos o tubos de cartón rígido y duro hallados en contenedores de restos por obra allí existente, volvieron a entrar diversas veces golpeando a la mujer con ellos y repartiéndose entre sí los alternativos papeles agresores hasta salir del mencionado

cajero.

Acto seguido el acusado Ricard P. se ausentó, acompañado del menor, para ir en busca del resto de grupo de amigos con los que habían estado cenando y tomando alguna copa con anterioridad, quedando O. P. en las cercanías de la puerta del cajero esperándoles hasta el regreso de los mismos, que lo fue a los diez minutos aproximadamente y sin los amigos.

Seguidamente Ricard P. y el menor procedieron a apoderarse de uno de los bidones que se hallaban en el andamio y que contenía como mínimo cinco litros del disolvente «Universal 039» compuesto de acetona, acetato de etilo, metanol y tolueno, sustancias todas ellas acelerantes de la combustión y tras oler su contenido, para confirmar la certeza de la clase de sustancia de que se trataba, con plena conciencia de la alta probabilidad de acabar con su vida, a las 4:57 h, proveídos de sendos cigarrillos encendidos, los dos acusados junto con el referido menor portador del bidón ya destapado, accedieron al interior del cajero automático quedando Oriol en su parte interna sujetando abierta la puerta, garantizando así la inmediata huida e iniciando el menor el vertido de la sustancia inflamable a escasa distancia de la mujer que se hallaba tendida y adormecida. En el transcurso del vertido, por exceso de peso, el bidón se le venció cayendo al suelo esparciéndose su contenido casi completo, saliendo en tal momento el menor del cajero y procediendo Ricard P. a tirar la colilla encendida que portaba, sobre el líquido inflamable lo que produjo una potente deflagración con inmediato incendio de la mujer, incendio que también se extendió a las instalaciones del referido cajero, causando desperfectos en el mismo tasados pericialmente en la cantidad de 26719 €, reclamados por la parte perjudicada.

Acto seguido los acusados y el joven, quienes se hallaban en el exterior del cajero con la puerta abierta y sonrientes, abandonaron el lugar sin que ninguno de ellos auxiliara o requiriera el auxilio para la víctima a pesar de hallarse proveídos de teléfonos móviles.

Como consecuencia de ello María Rosario ingresó en la Unidad de Quemados del Hospital de la Vall d' Hebró en Barcelona, a las 5:49 minutos del 16 de diciembre de 2005 presentando quemaduras en el 65% de la superficie de su cuerpo, siendo de segundo y tercer grado las que afectaban a las extremidades, tanto superiores como inferiores, así como el cráneo, cuello, tórax, espalda, glúteos y órganos genitales y quemaduras de cuarto grado (carbonización) en el rostro. María Rosario falleció por shock y fallo multiorgánico a consecuencia de tales quemaduras a las 9:00hs del día diecisiete de diciembre de 2005.

La mencionada María Rosario aunque vivía en la calle tenía familia, María de la C. P. L. y Chantal R. E., respectivamente madre e hija, que no la habían abandonado, si bien por el propio proceso de desocialización de aquella no alcanzaron a prestarle más ayuda que instar la intervención de asistente social y la tramitación y obtención a su favor de una exigua pensión. Efectúan reclamación por daño moral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados hallan su fundamento en el conjunto de la prueba practicada a lo largo del acto del juicio oral consistente en interrogatorio de los acusados, testifical del tercer interviniente ya mayor de edad Juan José M., de los agentes de Mossos d' Esquadra y restantes testigos que en acta consta, pericial química, médico forense y del servicio de Toxicología del INT, documental con visionado de cintas y cd's conteniendo grabaciones de seguridad admitidas por todas las partes sin impugnación alguna.

En cuanto a los hechos acaecidos antes de las 4:47 h del día 16.12.05 es decir las diversas veces que los acusados habían entrado en el cajero automático para insultar y tirar objetos a la Sra E., han sido reconocidos por los mismos, amén de ser absolutamente visible en la cinta de seguridad de la Caixa, examinada en el acto del juicio oral, evidenciándose una acción conjunta de las dos personas Oriol y

Ricard uno proporcionando y el otro arrojando los objetos hacia su derecha donde se hallaba la Sra. E. Si bien el testigo Juan José aclara que sí llegaron a darle con los objetos, según su conocimiento. Siendo asimismo sugestivos los hematomas parieto-occipitales que la fallecida presentaba según informe de autopsia ratificado en el acto del juicio.

Por lo que se refiere a haberla posteriormente asimismo golpeado directamente con los tubos, en un crescendo que aumentará a lo largo de la noche, ello es parcialmente reconocido por los acusados y es de ver claramente en la referida cinta y viene confirmado por la declaración del testigo Juan José al tiempo que los tubos fueron hallados por los agentes (M d'e 1943).

Y ciertamente existe en el actuar de los acusados un concierto en el modo y papeles adoptados en el curso de la noche. A pesar de que O. P. afirma que iban por libre cada uno de ellos y que no sabe porqué él se quedó ante la puerta del cajero cuando sus amigos se ausentaron, diciéndole que les esperara después de que el entonces menor hubiera dejado la puerta franqueable, lo que por otra parte implica una intención de retorno más o menos rápido, las pruebas practicadas a los largo de las sesiones del juicio oral determinan lo contrario.

Así por ejemplo Ricard P. afirma que marcharon porque querían reunirse con sus amigos para ir a otro lugar, lo que carece de todo sentido pues en tal caso hubieran marchado los tres. Por otra parte conforme el visionado de la cinta de grabación de la cercana Caixa Penendés sólo transcurren cinco minutos desde que a paso ligero vuelven Ricard, delante, y el entonces menor detrás, con las manos vacías hasta que los mismos aparecen ya entrando en el cajero, portando con esfuerzo Juan José el bidón semilleno y sujetando un Oriol sonriente la puerta cuyo paso les franqueaba. El testigo Juan José ha manifestado que el bidón le pesaba mucho, que ya lo había destapado y que sabía que era disolvente porque olía mucho a tal, (extremo este el del intenso olor que viene confirmado por la declaración del técnico Sr. R. en cuanto a necesario uso de mascarilla y la de los agentes de policía en cuanto al intenso olor a tal que desprendía el cajero). En consecuencia de modo claro se desbarata la idea de no saber qué acaecía y pensar que el bidón estaba vacío y lo iban a usar para tirárselo a la Sra. E., por el contrario se expresa una acción más o menos predeterminada y ejecutada de común acuerdo o aceptación, con suma ligereza y coordinación, desarrollando cada uno de ellos un papel o rol determinado, coincidente con lo declarado en el acto del juicio oral por Juan José, en el sentido de la muy expresiva frase que le profirió Oriol «como antes no has pegado, ahora te toca a ti».

En el mismo sentido significar que, conforme documental y testifical practicada, los bidones eran todos portadores de etiquetas indicativas muy visibles del carácter sumamente tóxico y altamente inflamable de su contenido también con ilustración y dibujo al respecto. Amén de haber manifestado el testigo Juan José en el acto del juicio oral que, además, olió el contenido del bidón una vez destapado «para saber que era eso», es decir para tener la certeza de que el contenido se correspondía con lo advertido en las etiquetas exteriores. Así pues tenían un plan a ejecutar en régimen de cooperación necesaria.

Igualmente es de reseñar que a pesar de los esfuerzos de las defensas para señalar desconocimiento o vertido muy escaso del contenido del bidón, de la prueba practicada se desprende claramente que los acusados conocían perfectamente que el bidón de veinticinco litros no se hallaba vacío, el acusado Ricard P. por haberlo escogido junto con el entonces menor Juan José, y Oriol cuando menos por el modo en que lo portaba con esfuerzo Juanjo, sujeto con la mano derecha, el hombro alzado por el peso y la mano izquierda debajo para mayor sostén del mismo. Todo ello es de ver no sólo según la testifical del citado Juan José sino por la evidencia del visionado de la cinta de La Caixa a las 4:47 h de la madrugada. Igualmente la cantidad de inflamable vertido tenía que ser como muy mínimo unos cinco litros por lo ya expresado respecto del peso y resto sobrante de uno o dos litros, y por el hecho de que a pesar de la deflagración cuando llegaron los bomberos y primeros agentes, tras airear para dar salida a la gran cantidad de humo, pudieron comprobar que aún había llama en el

interior del habitáculo, (testifical Sr. M.) apercibiéndose entonces de la presencia de la víctima. Amén de conocer perfectamente los acusados el carácter extremadamente peligroso del contenido del bidón, altamente inflamable y resultar que tal era su intención por cuanto ambos, Ricard y Oriol, se proveyeron de sendos cigarrillos encendidos -y dado que Oriol manifiesta que carecían de fuego y debieron pedirlo a un transeúnte, ello aún confirma el elemento finalístico de su uso. Porte igualmente acreditado en la ya tantas veces repetida grabación de la cinta de seguridad de La Caixa-, y en cuanto al bidón lo destaparon previamente, Ricard y Juanjo, como así lo ha manifestado éste último y olieron el contenido, ello confirmado por el hecho de que el tapón fue hallado en el exterior incólume (M d' E 2191 y 2948) y fue aportado a la causa como pieza de convicción. Finalmente, según se concluye del iter reflejado en la citada cinta, Ricard esperó a tirar la colilla hasta que Juan José estuviera ya en el umbral de la puerta y obviamente él mismo en zona cercana puesto que de otro modo la deflagración le hubiera envuelto de pleno y no sólo le habría incendiado los pantalones. Pantalones que se le inflamaron en los bajos, sin llegar a quemarse conforme declaración del entonces menor en el acto del juicio y documental no impugnada en cuanto a haber la madre de Ricard procedido a lavar los referidos pantalones y declaración testifical del M d' E 8199. Por otra parte Ricard efectuó el encendido del líquido inflamable en concreto modo, no sobre el bidón puesto que no se produjo explosión de su contenido y al llegar la policía científica (f 111 y declaración MM d' Esquadra 1954 y 1943) aún restaba una cierta cantidad, dos o tres litros, pudiendo ser posteriormente analizado, sino en el charco en zona más cercana a la Sra E. la que sufrió severísimas quemaduras, incluso en zona vulvar, habiendo acreditado la pericial de los escasos restos casi carbonizados de las ropas que aquella vestía, que el líquido le había alcanzado.

El propio Juan José M. ha admitido que el bidón pesaba mucho, que al verter una parte, por el peso, se le venció el bidón con vertido del resto, (y que a pesar de ello Ricard tiró la colilla) y, de las citadas testificales de los agentes de policía (MM d' E núm. 1943, 2191 y 11973), se concluye que la zona donde se produjeron más daños era al fondo a la derecha, es decir cerca del sitio donde se hallaba tendida la Sra. E., junto a la máquina del tercer cajero automático. Asimismo de la inspección ocular y reportaje fotográfico, debidamente ratificado (MM d' E núm. 2191, 8508 y 11973) se concluye el mismo extremo.

La acción se produjo en un continuo prácticamente sin solución de continuidad en un supuesto de progresión delictiva enmarcado en un mismo escenario fáctico, expresivo de un uso, por los acusados, de la violencia sobre tercera persona no ya meramente gratuito sino de tintes recreo, sin límites, representándose por ello el resultado y aceptando no obstante las consecuencias de tal conducta.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de asesinato, por dolo eventual, concurriendo la circunstancia agravante de alevosía ex art. 139.1 CP en concurso medial con un delito de daños por dolo asimismo eventual ex art. 263 y 266.1 CP.

En efecto es necesario subrayar que tal y como establece la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 17.07.08, 30.04.08 y 15.03.07 entre otras) el elemento subjetivo del delito de homicidio, como delito base, no solo es el «animus necandi» o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el «dolo homicida, el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS. 8.3.2004).

Como se argumenta en la STS. de 16.6.2004 el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. Si bien la voluntad de conseguir el resultado no es mas que una manifestación de la modalidad mas frecuente del dolo, en el que el autor persigue

la realización de un resultado, ello no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado. Pero ello no excluye, cual acaece en el presente supuesto, un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, la vida, pues, en efecto, «para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado» (véase STS de 1 de diciembre de 2.004, entre otras muchas). En definitiva el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sabe el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual continúa su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción y el agente realiza igualmente la conducta, que somete a la víctima a riesgos que aquél no tiene la seguridad de poder controlar, y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca, no obstante actúa y continúa en ella.

Así pues, y como concluye la sentencia TS de 3.7.2006, bajo la expresión «ánimo de matar» se comprenden generalmente en la jurisprudencia tanto el dolo directo como el eventual.

Los acusados sabían perfectamente la situación de la Sra. E., de hecho la veían tendida en el suelo y durmiendo, amén de haber dejado a Oriol para así mejor garantizar su acción posterior, como sabían asimismo perfectamente las características del contenido del bidón del que se apoderaron, precisamente para el fin propuesto. Ello ha quedado debidamente acreditado en virtud de las testificales practicadas, entre otros, en la persona del Sr. R., así como la del propio menor, hoy ya mayor de edad. Conocían las características y riesgo del líquido inflamable y por ello lo tomaron e incendiaron al lado mismo de la Sra. E. pues sus quemaduras según los peritos médicos forenses lo fueron por contacto del fuego no por la deflagración. Actuaron conscientes de la altísima probabilidad de la muerte de la Sra. E. y no obstante actuaron en consecuencia y con el resultado antedicho.

El uso del fuego y más concretamente incendio mediante uso de acelerantes del fuego es un medio esencialmente alevoso de conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 11.12.01, 20.03.02, 20.03.03 y 24.05.04 entre otras muchas). Y con mayor razón su aplicación a un inflamable cual el de constante referencia Disolvente Universal 039. Tal medio constituye la agravante de alevosía, ex art. 139.1 CP, siendo ésta una circunstancia agravante de carácter predominantemente objetivo que incorpora un elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuridicidad, denotando de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios, con la debida conciencia e intención, de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal y cuyo núcleo esencial radica en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima, compatible incluso con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación. En efecto al Sra. E. se

hallaba tendida en el suelo del cajero, dormitando, por lo que se hallaba en situación de desvalimiento en tanto que inadvertida de todo peligro aprovechando los acusados tal especial situación, de la que tenían conocimiento no sólo porque Oriol había quedado allí, sino por que al ser recinto acristalado podían verlo perfectamente, para prender fuego al líquido inflamable en el modo declarado probado.

El hecho de matar una persona mediante incendio agrede un bien jurídico cuya protección penal aparece recogida en toda su dimensión antijurídica y culpable en el tipo penal del asesinato del artículo 139.1 CP (STS 20.03.03).

Significándose que para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución sino que es suficiente que se aproveche, en cualquier momento y de forma consciente, de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone (Sentencias sts 29.3.93, 8.3.94, 26.6.97, 13.07.00, 1.12.00 y 14.09.06). Ello es así porque la alevosía se vincula especialmente con la ejecución material del hecho (STS 479/04 de 15.04).

Igualmente recordar que el dolo eventual es compatible con la alevosía (SSTS 20.12.93, 21.01.97, 21.06.99, 4.06.01, 31.10.02, 20.01.03 y 24.05.04 entre otras muchas) dado que, conforme reiterada doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (SSTS 1229/2005 de 19.10, 415/04 de 25.03 y 715/04 de 13.02) debe distinguirse el dolo con el que se ejecuta la acción alevosa y el concurrente respecto de la acción agresiva, bastando conforme STS 3.06.02 la concurrencia del dolo eventual respecto del resultado, en el delito de asesinato alevoso, para la realización del tipo.

De las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, altas horas de la madrugada, en el cobijo de un cajero automático en que la mujer no podía razonablemente esperar tal ataque y la propia posición de la misma, echada en el suelo, adormilada y si bien en algún momento pudiera haberse semidespertado, no llegó ni a moverse ni en los escasos segundos en que se produjo el ataque sorpresivo se concluye que en modo alguno pudo siquiera reaccionar. Resultando evidente que aunque el dolo de muerte pudo ser eventual lo que sí conocían los autores era la situación cuasi inerte de la víctima y lo sorpresivo, inmediato y devastador del ataque que efectuaron, pues no sólo la agravante recae en el hecho del estado de la mujer sino en el medio y método que aquéllos usaron. Extremo que se confirma a la vista de que, conforme el iter cronológico dimanante de las cintas visionadas y las declaraciones del testigo principal el menor Juan José, la entrada en el cajero de los acusados junto con aquél portando el bidón con disolvente altamente inflamable, ya previamente destapado, se efectuó a las 4:57'5 «h, a las 4:57'29» se produjo la salida a la carrera del menor e instantánea deflagración con subsiguiente incendio, siendo que inmediatamente salió corriendo Ricard y a las 4:57'41» el sistema de seguridad quedó totalmente calcinado, dejando de funcionar y alcanzando el punto central de combustión el de 400° conforme los extremos afirmados por los peritos que han depuesto en el acto del juicio.

A pesar de que la Sra. E. tardase en morir 24 horas de agonía, no concurre en la conducta de los acusados ensañamiento ex art. 139.3 CP, puesto que no consta que aquéllos ejecutasen, de modo deliberado y consciente, actos -no ya dirigidos de modo directo a la perpetración del delito -sino al aumento del sufrimiento de la víctima, elemento del todo punto necesario a la concurrencia del mencionado tipo cualificado, conforme exige la dicción del mismo y así viene reiteradamente expresado en la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal (SSTS 7.06.06, 8.06.05, 20.04.05, 21.06.04 entre otras). El empleo del fuego ya ha sido objeto de subsunción en la alevosía y la violencia de los episodios previos, acaecida a las 4:29hs, no tenía por objeto ni directo ni indirecto el padecimiento para causar la muerte de la Sra E.

TERCERO.- La conducta desarrollada por los acusados no es constitutiva ni de un delito de omisión del deber de socorro según impetra la defensa de O. P., ni de un delito contra la integridad moral

según admite la defensa de Ricard P., por cuanto en cuanto al primer delito la conducta desarrollada por los acusados con posterioridad a los hechos lo es de autoencubrimiento impune incompatible con la exigencia de la prestación de socorro y en cuanto al otro delito el mismo quedó integrado y absorbido por el más grave del asesinato, en consecuencia en modo alguno escindible del mismo.

CUARTO.- Del definido delito son criminalmente responsables, en concepto de autores los acusados O. P. y Ricard P. por su participación material y voluntaria en su ejecución, conforme a lo dispuesto en los artículos 27 y 28 primer párrafo del Código Penal, participación que resulta de la prueba practicada y todo ello con fundamento en anteriores razonamientos.

Sostiene las defensas que en el momento de los hechos cada uno de los acusados actuó por su cuenta sin previo acuerdo ni concierto y específicamente la defensa de O. P., sostiene que su presencia en el cajero sin verter el líquido ni haber tirado la colilla sobre el mismo implica una participación de índole menor e impetra, en lo que aquí interesa, una complicidad por cooperación no necesaria en delito de homicidio imprudente, delito este último que ya ha quedado excluido en pro del de asesinato según se ha razonado.

En cuanto a la opción efectuada respecto de la autoría y no de la complicidad, se significa que a tal efecto obviamente se parte del principio penal de responsabilidad personal, que exige como mínimo la realización de una acción culpable, no respondiendo nadie por las acciones de otro. Pero no es menos cierto que existe la figura de la coautoría construida a partir de la tesis del dominio funcional del hecho. Teoría acogida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosa sentencias, entre ellas las de 12.02.86, 24.03.86, 15.07.88, 8.02.91 y 4.10.94, y según la cual, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca.

E igualmente el concepto de coautoría viene actualmente ya muy delimitado en el sentido antedicho bastando, por su claridad con reproducir literalmente lo mantenido en STS 2.07.98, en la que se reconoció lo siguiente: «El art. 28 del C.P. vigente nos permite disponer ya de una definición legal de la coautoría que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que el mismo fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelincuencia -ss 31/5/85, 13/5/86 entre otras- por la doctrina de esta Sala. Preciso es pues, esclarecer que debemos entender por uno y otro elemento -objetivo y subjetivo- de la coautoría. La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común».

Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SS.T.S. 3.07.86, y 20.11.81, han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este (SSTS 10.02.92, 5.10.93 y 2.07.94) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades

de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

Y de conformidad con las pruebas practicadas ello así fue en la medida en que, negado por los acusados que la total conducta desarrollada por los mismos a lo largo de la noche respondiera a un acuerdo conjunto, previa y asimismo sucesivamente adoptado, afirmando actuar cada uno por su lado, ello ha devenido contradicho no sólo por el análisis conjunto de sus propios actos sino por la declaración del testigo Juan José M. concluyéndose que la decisión no fue instantánea ni personalísima de quien la llevó a cabo, sino que fue desarrollada con el previo conocimiento y consentimiento de todos los participantes, siendo que a mayor abundancia, en momento alguno Oriol les disuadió ni efectuó nada por impedirlo, sino que por el contrario participó en los hechos en primer lugar quedando a modo de guardia delante del cajero cuando el otro acusado acompañado del menor se ausentó, entendiéndose que el único sentido que ello tenía era el de que alguien quedara en tal función de guardia para asegurar el posterior ingreso en el cajero de todos ellos e impedir, en su caso, que la víctima aprovechase su ausencia para encerrarse. Y en segundo lugar, de conformidad con las pruebas practicadas especialmente visionado de la cinta grabada por la entidad La Caixa y declaración del testigo Juan José-, el acusado Oriol franqueó el paso a sus compañeros yendo el menor cargado con el bidón y Ricard portador del cigarrillo encendido, siendo el mismo Oriol portador de otro cigarrillo asimismo ya encendido, según es de ver en la mencionada cinta, y en tercer lugar Oriol permaneció en el interior del cajero sonriendo y riendo mientras sus compañeros actuaban en el modo declarado probado, sujetando la puerta para que se mantuviera abierta y garantizar así la huida de todos evitando que pudieran quedar atrapados en el interior del cajero. No siendo tampoco en absoluto inocuo que conforme testifical del referido menor Oriol le «cediera» su turno de intervención bajo expresión de «como yo ya he pegado y tú no, hazlo tú, yo me quedo fuera» expresiva del actuar conjunto en tracto sucesivo, in crescendo y por turnos de los acusados según ya se ha razonado.

QUINTO.- La conducta descrita se halla en concurso medial ex art. 77 CP con un delito de daños intencionales, asimismo por dolo eventual, cometidos en el habitáculo cajero automático, mediante incendio ex arts 263 en relación al supuesto primero inciso primero del artículo 266 CP, por cuanto los bienes jurídicos afectados son diversos -vida de la Sra E. e incolumidad del patrimonio ajeno, el de la entidad bancaria- y por lo tanto existiendo dos posibles subsunciones resulta precisa su doble punición para así cubrir todo el injusto previsto en la norma, con regla específica en la aplicación de la pena cual la del artículo 77 CP.

SEXTO.- No concurren circunstancias, ni en los hechos ni en los autores, modificativas de su respectiva responsabilidad criminal distintas de las propias del tipo del que se les considera autores, asesinato cualificado, por cuanto la agravante de superioridad impetrada por la acusación particular ejercida por «La Caixa» no concurre, ello a la vista del relato de hechos probados, dado que el hecho se hubiera podido producir igualmente con menos personas y lo que resultó especialmente trascendente fue el método comisivo usado, alevoso, en tanto que el uso del fuego aplicado a varios litros de un acelerante de la combustión en sitio cerrado, con inmediata deflagración eliminó completamente las posibilidades de defensa de la víctima, a mayor abundancia tendida en el suelo semiadormecida, y no sólo las disminuyó de un modo notable.

No concurriendo tampoco la agravante impetrada por la acusación particular de La Caixa, con discutible legitimación para ello, en cuanto a móvil subsumible en el apartado 4º del artículo 22 CP, dado que no existe prueba que funde tal aserto, que por otro lado ni siquiera se ha concretado en qué supuesto versaría, significándose que la marginalidad o desocialización y situación de exclusión social no resulta contemplada en el elenco previsto en el mencionado apartado, cuya interpretación debe ser restrictiva en cuanto son circunstancias agravantes.

SÉPTIMO.- Por ello, en cuanto a la individualización de la pena, de conformidad con lo establecido en los arts 66.6, 139.1, 263, 266.1 y 77.2 CP -que impone la aplicación de la pena prevista para la

infracción más grave, asesinato, en su mitad superior, con el límite de la suma de ambas si se penasen separadamente- y tomando en consideración el dolor intenso causado a la víctima, la gravedad de los hechos y que si bien éstos fueron cometidos por los acusados en edad muy joven, ambos con dieciocho años, no es menos cierto que su conducta lo fue en tracto sucesivo, in crescendo y por turnos, distribuidos y aceptados por los intervinientes a modo de violencia jocosa, sin límite, en proceso de degradación ajena, del más débil, hasta culminar en el resultado declarado probado.

Por todo ello, con el límite mencionado, se considera justa y adecuada a los hechos la sanción por separado de los injustos, correspondiendo para cada uno de los acusados, un año de prisión por los daños dolosos y dieciséis por el asesinato alevoso.

Se les impone asimismo la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena ex art.55 CP.

No se impone la accesoria de prohibición de acercarse al cajero automático en cuestión al considerarse innecesaria dada la extensión de la pena de prisión impuesta.

OCTAVO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 116, 109 y 110 del Código Penal procede declarar a los acusados responsables civiles y, en dicho concepto, condenarles a abonar la suma de veintiséis mil setecientos diecinueve en concepto de indemnización a la entidad Caixa d' Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» de conformidad con la pericial obrante en autos no impugnada por ninguna de las partes.

Igualmente indemnizarán conjunta y solidariamente a D.^a María de la C. P. L. y a D.^a Chantal R. E. en la cantidad de 46.000 euros por daño moral en tanto que perjudicadas. Para fijar la cantidad citada, se toma en consideración la edad de la fallecida, cincuenta años de edad, y a pesar de que la misma desde largo tiempo ni convivía con su familia ni mantenía lazos estables con la misma, no es menos cierto que, por su parte no se había desconectado absolutamente de su hija Chantal a quien esporádicamente llamaba, tal y como consta en actuaciones conforme testifical del ex esposo y de la propia hija, amén de que difícilmente ésta y la madre podían contactar con la Sra E. dado su proceso de desocialización, al parecer inicialmente voluntario; lo que no implicó la abandonasen totalmente puesto que efectuaron lo que a su alcance se hallaba cual conseguir la intervención de los servicios de asistencia social y por medio de los mismos la concesión de una pensión a su favor si bien tampoco consta otro seguimiento ni intento de mejora de sus condiciones. Por otra parte se ha tomado en consideración la gravedad de los hechos producidos, y el sufrimiento tanto de la finada cuanto de los familiares en la agonía de aquélla dimanante de las atroces quemaduras que la misma presentaba. Se ha tomado pues como referencia la cantidad solicitada por el Ministerio Fiscal, en cuanto parte pública objetiva, y se ha reducido en su cincuenta por ciento.

Las indemnizaciones se abonarán con el interés legalmente establecido ex art. 576 LEC.

NOVENO.- En cuanto a las costas debe recordarse que las mismas vienen regidas por lo establecido en los arts. 123 y 124 CP y 239 y ss LECrim. en su actual interpretación jurisprudencial relativa a su dimensión constitucional como resarcimiento de los gastos procesales ocasionados, por un comportamiento antijurídico, a los perjudicados y como aplicación última al proceso penal del principio de la causalidad como destaca la doctrina procesal.

Así y por directo mandato del artículo 123 del Código Penal, procede condenar a los acusados al pago mancomunado de las costas procesales, correspondientes a las del delito de asesinato y del de daños por los que se les condena, y que se componen de dos tercios de las mismas. Dos tercios en que se incluyen las correspondiente a la acusación particular ejercida por la familia, en cuanto que perjudicada por el delito y personada en actuaciones en defensa de sus intereses y en ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE). Incluyéndose asimismo el tercio correspondiente a las ejercidas por la acusación particular, La

Caixa, al haber recaído condena respecto del delito de daños dolosos cometidos mediante incendio.

No obstante se excluyen las costas correspondientes a la acusación popular, Excmo. Ayuntamiento de Barcelona exclusivamente en virtud de la doctrina al respecto establecida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo por la que la condena en costas no incluye las de la acción popular (S.T.S. 21 de febrero de 1995, 2 de febrero de 1996, 30.01.00 y 5.04.2002, entre otras).

Se decreta de oficio, ex art. 240.2 inciso segundo LECrim., pues un tercio de las costas procesales.

Vistos los preceptos legales citados así como los de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS:

Que, debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a D. Oriol P. S. y a D. Ricard P. B. como criminalmente responsables, en concepto de autores, de un delito de asesinato cualificado con alevosía ya referenciado en concurso medial con un delito de daños dolosos cometidos mediante incendio, por los que venían siendo acusados, sin concurrencia de circunstancias modificativas de sus respectivas responsabilidades criminales, a las penas respectivamente de DIECISEIS AÑOS DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación absoluta, por el primer delito y a la de UN AÑO DE PRISION, con accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por el segundo.

Les condenamos también al pago de dos tercios de las costas procesales decretando el restante tercio de oficio en los términos establecidos en el razonamiento jurídico noveno de la presente resolución.

Por vía de responsabilidad civil, ambos acusados indemnizarán, conjunta y solidariamente, a la entidad Caixa d' Estalvis i Pensions de Barcelona, «La Caixa», en la suma de veintiséis mil setecientos diecinueve (26719€) euros y a D.^a María de la C. P. y D.^a Chantal R., en la cantidad de cuarenta y seis mil (46.000€) euros, en ambos supuestos con más el interés legalmente establecido ex art. 576 Lec.

Conclúyase la pieza de responsabilidad civil.

Para el cumplimiento de la pena de prisión les será abonado a los acusados todo el tiempo de prisión provisional sufrido en la presente causa, si no le hubiera sido abonado en otra.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-

Leída por la Iltma. Sra. Magistrada Ponente, ha sido publicada la anterior Sentencia el día de la fecha. Doy fe.