

**d. Cendoj:** 28079120012007100072

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

**Sede:** Madrid

**Sección:** 1

**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Fecha de resolución:** 08/01/2007

**Nº Recurso:** 1318/2005

**Ponente:** JOSE ANTONIO MARTIN PALLIN

**Procedimiento:** PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

## SENTENCIA

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

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuestos por los procesados Bernardo, Mauricio y Jesus Miguel, y por las Acusaciones particulares Gaspar, Jose Augusto, Blas, Irene y EL TESTIGO PROTEGIDO NUM000, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, que los condenó por delitos de quebrantamiento de condena, atentado en concurso con dos delitos de asesinato en grado de tentativa, de tenencia ilícita de armas de fuego, de asesinato, de robo de uso de vehículo de motor, de detención ilegal y agresión sexual. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, estando los procesados recurrentes representados por los Procuradores Sra. Goñi Toledo, Sra. Rodríguez Pérez y Sra. Rujas Martín, respectivamente; las Acusaciones particulares recurrentes representadas por los Procuradores Sra. Montes Agustí, Sr. Granados Bravo y Sra. Bermejo García, respectivamente; asimismo se han personado como recurridos: el Procurador Sr. Zamora Bausa, en representación de Jose María, y el Procurador Sr. Velasco Muñoz-Cuéllar, en representación de la Generalitat de Cataluña. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín.

## I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Cerdanyola del Vallés, instruyó Diligencias Previas con el número 10251, contra Jose María, Bernardo, Mauricio, Jesus Miguel, Enrique, Jose Antonio Y David y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª que, con fecha 17 de Junio de 2005, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

**PRIMERO:** Se declara probado que los procesados Bernardo, mayor de edad, ejecutoriamente condenado en sentencia de fecha 19 de octubre de 1.999 por delito de Robo con homicidio a la pena de 30 años de reclusión mayor, y Jose María, mayor de edad, ejecutoriamente condenado en

sentencia de fecha 18 de Junio de 1.997 por delito de quebrantamiento de condena y sentencia de fecha 10 de Marzo de 1.999 por dos delitos de Robo con intimidación a pena de 3 años y 6 meses de prisión, por cada uno de ellos. Penas que estaban cumpliendo en el Centro Penitenciario de Lérida, donde se conocieron y trabaron amistad, acordaron un plan para evadirse del Centro Penitenciario y evitar el cumplimiento de las penas que se les habían impuesto. Para conseguir su propósito era necesario que Jose María lograra un permiso penitenciario y desde el exterior planificara la fuga de Bernardo, ayudado por Mauricio, mayor de edad, ejecutoriamente condenado por sentencia de fecha 14 de Octubre de 1.998, por tenencia ilícita de armas, a pena de multa; y Sentencia de 25 de Mayo de 1.999, por delito de robo a la pena de multa.

**SEGUNDO.-** En fecha 3 de Octubre de 2.001 Jose María obtuvo un permiso ordinario de 48 horas, en cuya planificación estaba previsto que fuera recogido y reintegrado por su familia, en cuya compañía disfrutaría del permiso. No obstante, ante la imposibilidad de la familia de acudir al Centro Penitenciario, lo que comunicó oportunamente, la persona que lo recogió fue David, mayor de edad, sin antecedentes penales, a quien su hermano Bernardo había pedido que ayudara a su amigo. Jose María, realmente, estuvo con su familia, en Lloret, durante el tiempo que duró el permiso penitenciario. Pero finalizado el mismo, según lo acordado, no reingresó en el Centro Penitenciario, siendo trasladado por David desde la citada ciudad a la localidad de Vacarisses, donde ocupó una vivienda, sita en la CALLE000, nº NUM001-NUM002, propiedad de Jose Antonio, mayor de edad, sin antecedentes penales, amigo y jefe de Mauricio; sin que conste que Jose Antonio conociera los planes de fuga, ni el hecho de que Jose María no había reingresado en el Centro Penitenciario.

Desde el Centro Penitenciario Bernardo, que era considerado interno de confianza, encargado del economato de su módulo, por lo que tenía grandes facilidades para llamar por teléfono, se puso en contacto con Mauricio, al que indicó que debía prestar a Jose María toda la ayuda que este solicitara.

David facilitó a Jose María un teléfono móvil, nº NUM003, le indicó donde se encontraba un terreno con una "caseta" propiedad del padre, sita en Albareny, al que acudirían tras la fuga, y trasladó al mismo una serie de enseres, necesarios para la supervivencia, como comida, agua, medicinas, material de acampada, etc. Por parte de Mauricio también se entregaron enseres, del mismo tipo, por encargo de Jose María, que quedaron depositados en el mismo lugar.

Jose María acudió a Mauricio para que le proporcionara un arma y un vehículo, elementos necesarios para llevar a cabo su plan. Le fue proporcionado un revolver Astra, modelo 960, que tenía el número de serie exterior eliminado, constando en su interior el nº R230274, el cual presentaba las estrías del ánima desgastadas, lo que no afectaba a su funcionamiento a corta distancia. Así como el vehículo matricula X-....-XQ, propiedad de Ernesto, que no reclamó, el cual fue sustraído por Mauricio y Jesus Miguel, mayor de edad, ejecutoriamente condenado en sentencia de fecha 31 de Mayo de 1.999, por delito de Robo con fuerza a pena de multa, en la ciudad de Terrassa; forzándose para ello la cerradura de la puerta y el sistema de puesta en marcha.

El día 14 de Octubre de 2.001, fue la fecha fijada para la fuga por David y Jose María, que mantuvieron un contacto telefónico constante. Esa fecha se eligió por ser domingo, ya que en el Centro Penitenciario se cuenta con personal sanitario reducido, por lo que resulta más fácil; que ante cualquier lesión se proceda al traslado del interno al Servicio de Urgencias del Hospital Arnau de Vilanova de Lérida. Parte del plan consistía en que David se lesionara y consiguiera el traslado al Centro Médico citado. David se causó una lesión en el codo derecho, al caer, intencionadamente, por una escalera. La médico de guardia Amanda, tras explorar la lesión presentada, consideró que era necesario el traslado al Servicio de Urgencias, para que la lesión fuera explorada por un especialista.

Tras los trámites administrativos oportunos se procedió al traslado de David, encargándose de ello los Mozos de Escuadra Gaspar y Jose Augusto, este último en prácticas, a quienes se entregó la hoja penitenciaria penal del interno, en la que constaba que cumplía condena por homicidio. El traslado se efectuó en ambulancia.

En el Hospital se diagnosticó que Bernardo sufría una sinovitis-capsulitis, y le fue inmovilizado el brazo. Los Agentes consideraron que el traslado lo podían efectuar ellos en el vehículo policial, que había quedado estacionado, sobre una acera, a la puerta del Servicio de Urgencias.

Cuando los dos Agentes y Bernardo se preparaban para subir al vehículo, hizo acto de presencia Jose María, que estaba controlando la situación, y dirigiéndose en primer término a Jose Augusto le disparó con el revolver reseñado, para acto seguido disparar a Gaspar, el cual no tuvo tiempo ni de sacar su arma, aunque se dio cuenta de que habían disparado a su compañero. De forma inmediata los procesados se apoderaron de las armas de los Agentes y se dieron a la fuga en el vehículo matrícula X-....-XQ.

Jose Augusto presentaba herida por arma de fuego con entrada por hemotórax izquierdo y salida pro región infraclavicular del hemitórax derecho, sufriendo herida en pulmón traumática abierta, fractura vertebral dorsal D7 D12 cerrada con lesión medular, y, lesión medular dorsal Nivel D-7, D-10; precisó ingreso hospitalario durante 90 días, un tiempo de curación de 262 días, restando con secuelas: Atrodesis vertebral dorsal D-4, D10 con material de osteosíntesis, y paraplegia síndrome medular completa por debajo del segundo segmento neurológico dorsal (D2). Eso hace que presente:

- a) parálisis completa de miembros inferiores y tronco, con anestesia y analgesia por debajo del nivel lesional. Espasticidad severa;
- b) falta de control de esfínteres que determina la necesidad de utilizar un sistema colector convencional, y ocasionalmente el uso de cateterismos intermitentes para evitar residuos miccionados elevados. Presenta ocasionalmente episodios de infección urinaria que precisa de control neurológico especializado y tratamiento antibiótico;
- c) en la esfera sexual presenta alteraciones en forma de disfunción eréctil y enaeyaculación, precisando tratamiento específico;

- d) color neuróptico severo que afecta a la zona hipogástrica hasta el periné y que se irradia hasta metameres lumbares y que interfiere de forma importante las actividades de la vida diaria, limitando el tiempo de sedestación a pocas horas al día;
- e) respecto a la movilidad se desplaza en silla de ruedas que puede autopropulsar en trayectos planos y cortos, precisando ayuda para desplazamientos con desniveles;
- f) parcialmente depende para las actividades diarias de terceras personas, precisa adaptación de la vivienda;
- g) como perjuicio estético presenta nueve cicatrices.

Gaspar presentaba herida de bala con orificio de entrada a nivel de la pala ilíaca y región pélvica posterior izquierda, así como, fractura de apófisis transversa y cuerpo vertebral L4 con presencia de cuerpo extraño; radiculopatía L4 izquierda. Estuvo hospitalizado 24 días y tardó en curar 214 días.

Como secuela restan:

- A) lumbalgia postraumática;
- B) radiculopatía L4 izquierda con sintomatología de parestesia pretibial;
- C) cicatriz lumbar izquierda de 2'5 x 1 cm; y, D) permanencia de cuerpo extraño (bala) en cuerpo vertebral o disco L3-L4. Sigue ejerciendo sus funciones de Mozo de Escuadra, pero el "cuerpo extraño" le limita para el ejercicio de actividades físicas.

**TERCERO.-** Los procesados fueron sorprendidos por un control policial en la carretera N-240, lo que les obligó a abandonar el vehículo y emprender la huida a pie.

Durante unos cuatro días estuvieron moviéndose por zona rural de la Provincia de Lérida. Ante la falta de comida y agua, así como del cansancio que presentaban se pusieron en contacto con Mauricio, al que pidieron que los recogiera.

Mauricio los recogió en el punto que fijaron, sin que conste que fuera acompañado por Jose Antonio, trasladándose a la ciudad de Sabadell, donde permanecieron unas horas, en una vivienda que estaba ocupada por una mujer y un niño, sin que conste que fuera la vivienda de Enrique, mayor de edad, sin antecedentes penales, cuñado de Mauricio, ni que este tuviera contacto con los procesados. Estos se ducharon, comieron y descansaron y fueron trasladados, por Mauricio, que había adquirido provisiones para ellos, a la Sierra de Collserola.

Desde el 19 de Octubre, aproximadamente, los procesados David y Jose María permanecieron escondidos en la citada sierra, desplazándose por la misma y recibiendo ayuda de Mauricio, que era auxiliado por Jesus Miguel, cuyo vehículo BMW matrícula H-....-HQ fue visto por una dotación policial, ocupado por dos personas, el día 3 de Noviembre en la citada sierra. El contacto era telefónico, pues los procesados conservaban el teléfono que facilitó David, y se les facilitaba recarga, además de comida, tabaco, etc.

**CUARTO.-** El día 13 de Noviembre de 2.001 los procesados David y Jose María decidieron que abandonarían la sierra de Collserola, pues el cerco policial se estaba estrechando, haciéndose muy difícil la ayuda de terceros. Armados con una de las pistolas que habían sustraído a los Mozos de Escuadra, pues la otra la perdió Bernardo en la huida, y con el revólver ya reseñado, portando algunos enseres imprescindibles, iniciaron el camino, siendo su fin primordial hacerse con un vehículo, para trasladarse al norte del país.

En el denominado Camí Vell de Sant Iscle a 2 km. de Cerdanyola, estaba parado el vehículo matrícula H-....-HF, ocupado por el hijo del propietario, Juan Luis, y su novia la testigo protegida nº NUM000, los cuales se encontraban en la parte trasera.

Bernardo portaba el revólver, Jose María la pistola sustraída y ambos el rostro tapado con un pasamontañas, se acercaron al vehículo, con ánimo de sustraerlo, tocaron los cristales con las armas, lo que dio lugar a que Juan Luis, avisado por su novia, pasar a la parte delantera y pusiera en marcha el vehículo, hacia atrás, colisionando con un talud. Mientras Juan Luis hacía esta maniobra, los procesados comenzaron a disparar, comenzando Jose María, que efectuó dos disparos. Por su parte, Bernardo comenzó a disparar y se acercó a la ventanilla del conductor, donde siguió disparando hasta terminar el cargador que contenía 6 balas.

Tras ello obligaron a la testigo a abrir las puertas del vehículo, y entre los dos sacaron el cuerpo de Juan Luis, que estaba ya sin vida, y lo dejaron en una cuneta.

Bernardo subió a la parte trasera con la testigo y Jose María condujo el vehículo. En ese momento ambos estaban sin pasamontañas. Tomaron una carretera y pasados unos 10 minutos el vehículo se estropeó, lo que les obligó a dejar el mismo y emprender el camino a pie. A la testigo le ataron las manos con unas bridas, sujetándola Bernardo en todo momento y la hicieron caminar, por la zona de bosque, durante un tiempo no determinado. En un momento dado decidieron dejar a la testigo.

Para ello se adentraron en una zona arbolada y Bernardo se encargó de atarla a una rama, que era fácilmente rompible, facilitándole un cuchillo para que pudiera cortar las bridas. Jose María se había apartado del lugar, quedando Bernardo con la testigo a la que manifestó que "rompería su promesa", pues los dos procesados habían manifestado a la testigo que no le causarían daño alguno. El procesado tocó los pechos de la joven, le introdujo los dedos en la vagina y en el ano, y terminó penetrándola vaginalmente. Tras unos 15 minutos apareció Jose María preguntando a Bernardo sobre la tardanza, abandonando ambos el lugar, tras indicar a la testigo de forma amenazante que tardara una hora en desatarse. La testigo pudo librarse fácilmente de sus ataduras, rompiendo la rama a la que estaba sujeta. Tras ello pidió auxilio a una casa cercana.

El cadáver de Juan Luis presentaba nueve heridas de bala, que corresponden a tres balas seguras y a cinco probables. Uno de los proyectiles penetró por el lado izquierdo del cuerpo a nivel 1/3 externo de región subclavicular, sigue un trayecto ligeramente descendente y perpendicular al eje corporal,

atravesando y lesionando órganos (ambos pulmones y corazón) y se dirige hacia la cara interna de la musculatura pectoral inferior del lado derecho. Esta lesión es la causa de la muerte.

En el cuerpo de la víctima se encontró una bala que había sido disparada por el revólver. El vehículo presentaba impactos, en el cuadrante correspondiente al conductor. Se recuperaron dos balas correspondientes a la pistola sustraída, una en el suelo del vehículo y otra en capot, parte izquierda.

El día 16 de Noviembre de 2.001 los procesados fueron finalmente detenidos, en la carretera de L'Arrabassada, donde habían quedado con Mauricio que no acudió.

Bernardo portaba el revólver y Jose María el arma sustraída a Gaspar. La sustraída a Jose Augusto fue recuperada por una dotación policial.

**QUINTO.-** Mauricio padece una grave enfermedad mental, se trata de un psicótico crónico, con rasgos paranoicos, que presenta graves trastornos de conducta. Está en tratamiento desde el año 1997. Padece delirio y elabora el pensamiento desde su padecimiento, adaptando su conducta al mismo.

**SEXTO.-** La testigo protegida presentaba erosiones, y en el interior de su vagina se encontraron restos de tierra y "ramitas". En la actualidad padece síndrome de estrés posttraumático.

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

**FALLAMOS:**

CONDENAMOS a Bernardo como autor criminalmente responsable de los siguientes delitos:

- 1º) por un delito de quebrantamiento de condena a la pena de dos años de prisión;
- 2º) por un delito de atentado en concurso con dos delitos de asesinato en grado de tentativa, con la concurrencia de la circunstancias modificativa de la responsabilidad criminal agravante de reincidencia, a la pena de quince años de prisión por cada delito de asesinato;
- 3º) por un delito de tenencia ilícita de armas de fuego a la pena de un año y seis meses de prisión;
- 4º) por un delito de asesinato con la concurrencia de las circunstancias agravantes de reincidencia y lugar del hecho, a la pena de veinte años de prisión;
- 5º) por un delito de robo de uso de vehículo de motor, con la concurrencia de las anteriores agravantes, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión;
- 6º) por un delito de detención ilegal, con la concurrencia de la agravante de lugar del hecho, a la pena de tres años de prisión; y,
- 7º) por un delito de agresión sexual, con la concurrencia de la anterior agravante, a la pena de quince años de prisión. Se impone la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

CONDENAMOS a Jose María como autor criminalmente responsable de los siguientes delitos:

- 1º) por un delito de quebrantamiento de condena, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, a la pena de un año de prisión;
- 2º) por un delito de quebrantamiento de condena, con la agravante, a la pena de dos años y seis meses de prisión;
- 3º) por un delito de tenencia ilícita de armas, a la pena de un año y seis meses de prisión;
- 4º) por un delito de atentado en concurso con dos delitos de asesinato en grado de tentativa, a la pena de quince años de prisión por cada delito de asesinato;
- 5º) un delito de asesinato, con la concurrencia de circunstancia agravante de lugar del hecho, a la pena de veinte años de prisión;
- 6º) por un delito de robo de uso de vehículo de motor, con la concurrencia de agravantes de reincidencia y lugar del hecho, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión;
- 7º) por delito de detención ilegal, con la concurrencia de agravante de lugar del hecho, a la pena de tres años de prisión. Se impone la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

Se condena a ambos al pago de las costas correspondientes, incluidas las causadas por las acusaciones particulares.

Respecto de ambos condenados se establece como pena máxima de cumplimiento la de veinticinco años de prisión declarándose extinguidas el resto de las impuestas.

Para el cómputo de beneficios penitenciario se tendrá en cuenta el tiempo correspondiente a la totalidad de las penas impuestas.

SE ABSUELVE a ambos condenados de un delito de robo con violencia, de un delito de tenencia ilícita de armas y de un delito de atentado, declarándose de oficio las costas correspondientes.

CONDENAMOS a David como autor criminalmente responsable de un delito de quebrantamiento de condena, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de multa con cuota diaria de doce Euros y pago de costas correspondientes.

CONDENAMOS a Mauricio como autor criminalmente responsable, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal eximente incompleta de anomalía psíquica, de los siguientes delitos:

- 1º) un delito de quebrantamiento de condena a la pena de cuatro meses de prisión;
- 2º) por un delito de tenencia ilícita de armas a la pena de ocho meses de prisión;
- 3º) por un delito de robo de uso de vehículo de motor, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, a la pena de tres meses multa, con cuota diaria de doce Euros, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y pago de las costas correspondientes. Le ABSOLVEMOS de un delito de atentado en concurso con dos delitos de asesinato en grado de tentativa, declarándose de oficio las costas correspondientes.

CONDENAMOS a Jesus Miguel como autor criminalmente responsable de los siguientes delitos:

- 1º) por un delito de quebrantamiento de condena, a la pena de ocho meses de prisión y doce meses multa, con cuota diaria de seis Euros;
- 2º) por un delito de robo de uso de vehículo de motor, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de seis meses multa, con cuota diaria de seis Euros; y,
- 3º) por un delito de encubrimiento a la pena de un año de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y al pago de las costas correspondientes.

ABSOLVEMOS a Enrique y Jose Antonio de los delitos por los que venían acusados, declarándose de oficio las costas correspondientes.

Se acuerda el comiso del revólver intervenido al que se dará destino legal. Hágase entrega definitiva de los objetos intervenidos a sus propietarios.

Por vía de responsabilidad civil, los condenados Bernardo y Jose María, de forma solidaria indemnizarán a las víctimas en las siguientes cantidades:

a Jose Augusto en Novecientos Treinta Mil Euros (930.000 Euros); a Gaspar en Cuarenta y Cinco Mil Euros (45.000 Euros); a la testigo protegida nº NUM000 en la cantidad de Sesenta Mil Euros (60.000 Euros); a los padres del fallecido Juan Luis, en la cantidad de Cien Mil Euros (100.000 Euros), para ambos; y a la Generalidad de Cataluña en la cantidad de Ciento Cuarenta y Nueve Euros con Seis céntimos de Euros (149,06 Euros).

Acredítese la solvencia de ambos condenados.

SE ABSUELVE a la Generalidad de Cataluña en concepto de responsable civil subsidiaria.

Se declara de abono, respecto a todos los condenados, para el cumplimiento de las penas impuestas, todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por la presente causa.

Notifíquese que contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma, dentro del plazo de cinco días.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por tres de los procesados y por las tres Acusaciones particulares, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- La representación del procesado Mauricio, basa su recurso en los siguientes

**MOTIVOS DE CASACION:**

**PRIMERO.-** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 564, 1º-1ª del Código Penal, con vulneración de precepto constitucional del artículo 24. 2 de la Constitución, presunción de inocencia.

**SEGUNDO.-** Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del nº 2, del artículo 470 del Código Penal.

5.- La representación del procesado Bernardo, basa su recurso en los siguientes

**MOTIVOS DE CASACION:**

**PRIMERO.-** Por infracción de precepto sustantivo, al amparo de lo establecido en el art. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 28 y 139. 1º del Código Penal, así como, al amparo de lo establecido en el artículo 5.4 de la L.O.P.J., por la inobservancia de lo establecido en los arts. 24.2, 24.1 y 2 C.E.

**SEGUNDO.-** Por infracción de precepto sustantivo, al amparo de lo establecido en el art. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del art. 139. 1º del Código Penal.

**TERCERO.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo establecido en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el art. 5.4 de la L.O.P.J., al haberse vulnerado el art. 24.2 de la Constitución.

6.- La representación del procesado Jesus Miguel, basa su recurso en los siguientes

**MOTIVOS DE CASACION:**

**ÚNICO.-** Por infracción de ley, por el cauce del art. 5.4 de la L.O.P.J., en relación con el artículo 849, 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender vulnerado el artículo 24.2 de la C.E., que regula el derecho fundamental de la presunción de inocencia.

7.- La representación de la Acusación particular Gaspar , basa su recurso en los siguientes  
**MOTIVOS DE CASACION:**

**PRIMERO.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del art. 120.3 del Código Penal, por cuanto que, concurriendo los elementos que tipifican la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalidad de Cataluña, la sentencia recurrida le absuelve.

**SEGUNDO.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de los artículos 110 y 115 del Código Penal, así como el baremo de la Ley 30/1995, de 8 de Noviembre.

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, basado en documento que obra en autos.

CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, basado en documento que obra en autos.

QUINTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851, núm. 1, inciso segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por manifiesta contradicción en el relato fáctico de la Sentencia.

8.- La representación de la Acusación particular Agustín, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación del art. 120 del Código Penal.

9.- La representación de la Acusación particular Blas, Irene y TESTIGO

PROTEGIDO NUM000, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de precepto penal de carácter sustantivo, en concreto, inaplicación del art. 237 en relación con el art. 242, robo con violencia e intimidación, del Código Penal.

SEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de precepto penal de carácter sustantivo, en concreto, incorrecta inaplicación del art. 66 y 72 del Código Penal, en relación con la aplicación del art. 469 del mismo Código, con respecto a la extensión de la pena impuesta en el delito de quebrantamiento de condena a Bernardo.

TERCERO.- Por infracción de ley, el artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 139 del Código Penal, en relación con el art. 140 del mismo Código, al entender que no concurre la circunstancia de ensañamiento con respecto al asesinato de Juan Luis.

CUARTO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 470. 1º del Código Penal, delito de quebrantamiento de condena por parte de David.

QUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 470 .2º del Código Penal, en relación con el art. 66 del mismo Código, por inaplicación de la pena legalmente establecida para el delito de quebrantamiento de condena cometido por particular en relación con Mauricio.

SEXTO.- Por infracción de ley, amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del art. 139.1º, 16 62 y 63 del Código Penal, en relación con la comisión de dos delitos de asesinato en grado de tentativa en concurso ideal con dos delitos de atentado a la autoridad del art. 550, 551 y 552.1ª del Código Penal, pro el acusado Mauricio.

SÉPTIMO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por incorrecta inaplicación del art. 66 y 72 del Código Penal, en relación con la aplicación del art. 470. 1º del mismo cuerpo legal, con respecto a la extensión de la pena impuesta en el delito de quebrantamiento de condena y con respecto a la pena impuesta por el delito de robo y uso de vehículos a Jesus Miguel.

OCTAVO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del art. 120. 3º del Código Penal, por entender que los hechos por los que han resultado condenados Bernardo y Jose María, se iniciaron en el Centro Penitenciario de Lleida, dependiente de la Generalidad de Cataluña, y como consecuencia de las infracciones del Reglamento Penitenciario.

NOVENO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la no aplicación del art. 1221 del Código Penal.

DÉCIMO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la aplicación indebida de los artículos 109, 110, 113, 115, todos ellos del Código Penal.

DECIMOPRIMERO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba, respecto de documentos obrantes en autos; por inaplicación del art. 470. 1º y 451. 3º, ambos del Código Penal, respecto de Jose Antonio y Enrique

DECIMOSEGUNDO.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la apreciación de la prueba, respecto de documentos obrantes en autos.

DECIMOTERCERO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir contradicción entre el fallo y los hechos declarados probados.

DECIMOCUARTO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

10- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 10 de Julio de 2006, evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de todos motivos de los recursos que, subsidiariamente, impugnó.

11.- Por Providencia de 16 de Noviembre de 2006 se declaró el recurso admitido y quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

12.- Hecho el señalamiento de la vista prevenida, se celebró la misma el día 19 de Diciembre de 2006, estando presentes los Letrados: D. Alonso José Morgado Miranda (en nombre de Bernardo), D<sup>a</sup>. Esther Palmes Bosch (en nombre de Mauricio), D. Eduardo Morillo- Velarde Taberne (en nombre de Jesus Miguel), D. José María Fuster-Fabra Torrerrillas (en nombre de Blas, Irene y testigo protegido nº NUM000), D. Antonio Cudos Puig (en nombre de Jose Augusto), D. Enric Rubio i Gallart (en nombre de Gaspar), D<sup>a</sup>. María Yolanda Morillo Vázquez (en nombre de Jose María) y D<sup>a</sup>. Yolanda Hernandez Darnes (en nombre de la Generalidad de Cataluña); concluyendo la deliberación el día 8 de Enero de 2007.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **A) RECURSOS DE LOS ACUSADOS.**

#### **I.- RECURSO DE Bernardo**

PRIMERO.- Comenzaremos por el motivo tercero en el que se plantea la inexistencia de prueba en cuanto al delito de agresión sexual con penetración.

1.- Para justificar esta postura, contrasta las declaraciones realizadas sobre los otros hechos delictivos que admite con matizaciones, con la constante negativa en su participación en este delito.

Admite, en todo caso, haber tocado a la víctima en los pechos, pero poco.

Este dato se obtiene únicamente de las manifestaciones de su compañero, con el que había planeado la fuga y de la que se desprenden todos los gravísimos hechos que son objeto de enjuiciamiento en la presente causa.

Sólo admite, en pura lógica, que únicamente son válidas las pruebas practicadas en el juicio oral, con vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad.

Rechaza el valor probatorio de las manifestaciones de la víctima porque, en su opinión, fué prestada sin las garantías necesarias para la defensa.

Por último, cuestiona la existencia, contrastada pericialmente, de restos de tierra y ramas en la vagina de la víctima, admitiendo el informe médico pero achacando la aparición de estos restos, al hecho de que hubiera tenido relaciones sexuales con su novio antes de que éste fuese asesinado.

2.- La tesis resulta absolutamente inaceptable en todos sus aspectos y variantes con las que se pretende presentar al debate en este acto casacional.

En relación con las garantías de la prueba, acogiéndonos a su tesis, no se puede obviar que esta versión está avalada por las declaraciones, precisas y descriptivas de la víctima, incluso en el momento del juicio oral, con las posibilidades de contradicción pública oral y dialécticamente abierta a cualquiera de las versiones exculpatorias que estimara dignas de ser esgrimidas.

En cuanto a la tesis alternativa sobre el resultado admitido del informe médico forense, parece ignorar el recurrente que de los hechos probados se desprende con claridad que la pareja se encontraba en el interior del automóvil en el asiento de atrás, lo que les evitaba cualquier contacto con la naturaleza. Asimismo, está acreditado que el novio intentó desesperadamente pasarse al asiento delantero para poner el coche en marcha y huir del peligro, lo que no consiguió al ser abatido a tiros por parte de los acusados.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

SEGUNDO.- En el primero y segundo motivo no cuestiona los hechos probados, limitándose a disentir de la calificación jurídica de los mismos.

1.- El motivo primero señala claramente que se acoge al error de derecho. Él mismo nos traza o señala el camino para dilucidar la cuestión, por mucho que después invoque una serie de preceptos constitucionales que tratan de volver a cuestionar la valoración de la prueba y las garantías de defensa.

Según su tesis, se admite el planeamiento de la fuga con la autolesión del recurrente, para forzar el traslado, pero sostiene que se iba a realizar sin violencia y sin que estuviese previsto que su compañero disparase contra los Mossos D'Esquadra.

Pretende que se considere como cierta la versión de que no sabía que su compañero llevara armas. Mantiene que las utilizó porque había seis agentes policiales lo que no tiene el más mínimo sentido de la lógica ni de respeto a la realidad de las cosas. Hubiera sido interesante y echamos de menos que el recurrente, explicase, cual era el método no violento que pensaban utilizar. Descargar toda la responsabilidad sobre el coacusado que esperaba la llegada del traslado del autolesionado, pretendiendo mantener, como verdad admisible en la dialéctica procesal, que éste asumió espontánea y unilateralmente la decisión de disparar contra dos de los agentes, no sabemos si incluso con el disgusto y reproche del recurrente, va más allá de lo admisible y esperable en los lógicos argumentos de cualquier defensa.

En esa línea desesperada empeora las cosas al negar que dijera a un tercero que prestara a su auxiliador directo todo género de ayuda y que éste le dió un arma.

Pretende, ni más ni menos, que la carga de la prueba sobre la entrega de la pistola deba establecerse sobre manifestaciones y no sobre hechos concluyentes.

2.- El motivo segundo impugna la calificación de los hechos como asesinato, pues la muerte no se produjo a traición o por la espalda ni mediante ataque imprevisible, sorpresivo y repentino ni tampoco hubo aprovechamiento o prevalimiento de una situación de indefensión.

La intención, en principio, era la de robar el vehículo por lo que golpearon con las pistolas en los cristales, lo que motivó que el conductor saltase al asiento delantero y pusiese el motor en marcha. Según su versión, cuando el vehículo dio marcha atrás, chocó con un talud. Rectificó el conductor y se fue hacia delante. El argumento que se utiliza no deja de ser sorprendente. Sostiene que el recurrente y su compañero "se vieron amenazados por la posibilidad de ser atropellados y comienzan a disparar".

Según esta tesis, que se utiliza para llegar a la legítima defensa, no hubo ánimo de matar sino disparar al bulto. No obstante, solicita que se califiquen los hechos como homicidio.

3.- Veamos si los hechos soportan semejante teorías. Según las descripción de los mismos, el conductor dio marcha atrás y chocó con un talud. Mientras hacía esta maniobra, "los procesados comenzaron a disparar". El compañero de fuga realizó dos disparos y el recurrente se acercó a la ventanilla del conductor "donde siguió disparando hasta terminar el cargador que contenía seis balas".

4.- Desde cualquier perspectiva doctrinal que podamos escoger para examinar la concurrencia de la alevosía, se llega a la misma conclusión. La imprevisibilidad del ataque está fuera de toda discusión.

Ante la lógica y humana reacción de cualquier persona en las circunstancias descritas, las posibilidades de realizar una mínima defensa eficaz, estaban anuladas. Las circunstancias sitúan a la víctima en una verdadera trampa rodante, en la que sus opciones de salvaguarda son inexistentes, ante la furia con la que reaccionan ambos acusados, armados con sendas armas de fuego mortíferas que utilizaron a placer, conscientes de la imposible respuesta de la víctima. Es una muerte en la que los actores actuaron con plenitud de posibilidades de ataque sin que en ningún momento pudiesen esperar una mínima defensa de la víctima. La alevosía es paradigmática y no puede ser descartada.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

## **II.- RECURSO DE Mauricio**

TERCERO.- El recurrente acumula, en un solo motivo, la aplicación indebida del artículo relativo a la tenencia de armas de fuego y la vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia y, en un segundo motivo alega error de hecho en la apreciación de la prueba cuestión que está indisolublemente unida a las anteriores.

1.- Como es lógico, debemos comenzar por esta cuestión última, ya que es determinante de la realidad del hecho y de su sustento probatorio.

Admite que reconoció en el escrito de conclusiones provisionales, la existencia del delito de robo de uso de vehículo de motor y quebrantamiento de condena, pero nunca admitió que existiese prueba de cargo sobre el delito de tenencia ilícita de armas.

Si bien admite que fue llamado por David ordenándole que ayudara a Jose María en todo lo que necesitara, mantiene que toda su intervención se basó en el apoyo logístico y en establecer comunicación telefónica con ambos.

Jose María siempre dice que la persona que le entregó el automóvil no es la misma que le entregó el arma. En consecuencia, solo existe la manifestación de David y estima, por una serie de razones, que es espúrea y marcada por el resentimiento.

2.- La manifestación de que fue otra persona la que entregó el arma, no encaja en el contexto de los hechos que estamos examinando. Desde el primer momento, David manifiesta y esto es reconocido por el recurrente, que Mauricio debía facilitar todo lo necesario para la fuga. Es evidente que en ningún momento se hace referencia a que

David encargase a Jose María la adquisición del arma y parece absolutamente disfuncional e incluso comprometido, introducir a una persona desconocida en una operación tan minuciosamente planeada.

Esta conclusión es absurda y contradictoria con todo el devenir de los acontecimientos, tal como han sido narrados por David, independientemente de cual fuese su estado de ánimo respecto del recurrente. Lo cierto es que éste se encargó de todo el aparato logístico de ayuda entre el que estaba prevista la adquisición y entrega del arma, bien adquirida o por que la tuviese en su poder.

En consecuencia, la presunción de inocencia ha sido desmontada con pruebas sólidas y cualquier discrepancia sobre la veracidad del hecho probado, está fuera de lugar, por lo que los dos motivos deben ser rechazados.

Por lo expuesto los motivos deben ser desestimados

### **III.- RECURSO DE Jesus Miguel**

CUARTO.- Formaliza un único motivo alegando el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

1.- Denuncia que existe la más absoluta carencia de prueba de cargo legítima que, sometida a las reglas de la contradicción e inmediatez, permita justificar la condena impuesta al recurrente.

Se le ha considerado autor de un delito de quebrantamiento de condena y un delito de robo de uso de vehículo de motor.

Desarrolla un amplio estudio del contenido de la presunción de inocencia y nos recuerda la doctrina de esta Sala sobre la precaución con la que hay que examinar los testimonios de los coimputados.

2.- Es evidente que, como señala el Ministerio Fiscal, a partir de testimonio del coimputado hay que desarrollar toda una tarea de contraste con los demás elementos de prueba e incluso, con las posibles imputaciones espúreas que podrían, aunque no siempre, viciar las manifestaciones inculpatórias.

Llama la atención esta impugnación relacionada con el robo de uso de vehículo de motor, ya que existe una manifestación del coautor de este hecho que aparece corroborada posteriormente y que le involucra en su comisión. Añade que le acompañó a Colserola para dejarles los efectos que había convenido, dato este último que no ha sido negado por el recurrente. Así como la negativa es rotunda respecto de la apertura y forzamiento de la puerta del automóvil sustraído, no es nada consistente, ni puede ignorarse su participación en la subida al lugar a donde habían convenido dejarles los objetos necesarios para la fuga.

3.- También se cuenta con el contenido de las conversaciones telefónicas que revelan la participación del recurrente, resultando, como simplemente circunstancial, el dato que, unido a los anteriores, demuestra que el vehículo fue visto por los alrededores, ocupado por dos personas.

4.- Sin embargo no deja de causar sorpresa la condena autónoma y desligada de los anteriores hechos, por un delito de encubrimiento cuyo sustento fáctico individualizado e independizado del resto de la conducta, no aparece por ningún lado.

El contraste es mayor, cuando Mauricio, que desempeñó una actividad más directa incluso que el recurrente, no ha sido condenado por esta modalidad delictiva.

Por lo expuesto el motivo debe ser parcialmente estimado

## **B) RECURSOS DE LAS ACUSACIONES PARTICULARES**

### **IV.- RECURSO DE Gaspar**

QUINTO.- Dejaremos para un examen conjunto todo lo relativo a la responsabilidad civil subsidiaria ya que las premisas sobre las que se plantea son sustancialmente las mismas. Por ello estudiaremos todos aquellos motivos que se refieren a la cuantía de la indemnización.

1.- En el motivo segundo se denuncia la vulneración de los artículos 110 y 115 del Código Penal y el baremo de la Ley 30/1995 de 8 de Noviembre.

En lo que se refiere a la determinación de las indemnizaciones por daños y perjuicios, pide que se establezcan razonadamente la cuantía de las mismas.

2.- Estimamos que no se puede establecer un paralelismo entre las indemnizaciones por daños físicos y materiales derivados del hecho de la circulación de vehículos de motor con el resultado de los delitos dolosos. Los primeros no se mueven por criterios de equivalencia o justicia sino por los parámetros que se marcan por el sistema financiero de explotación del ramo del seguro en sus diversas modalidades. Estos criterios, puramente economicistas, obtenidos de un cálculo matemático, chocan frontalmente con los daños físicos, psíquicos y materiales originados por una conducta dolosa con la multiplicidad de motivaciones que pueden impulsarla, sin descartar la intencionada y deliberada decisión de causar los mayores sufrimientos posibles.

3.- Sin necesidad de seguir estas pautas, es evidente que existen las bases necesarias para hacer un cálculo más razonable y ajustado a la naturaleza de los hechos. A todas luces, la indemnización es absolutamente precaria y dudosamente razonada, ya que la sentencia se refugia en el cómodo cuadro de cálculos del seguro y desprecia la gravedad del resultado dolosamente causado.

Estimamos que, a la vista de los datos fácticos, la suma en la que se estima adecuada es la solicitada por el Ministerio Fiscal, parte imparcial, que solicitó 200.000 euros, atendiendo además a las molestias crónicas que le acompañarán a lo largo de su vida.

4.- El motivo tercero por error de hecho ya ha sido integrado en la anterior respuesta.

5.- El motivo cuarto denuncia el error en uno de los fundamentos jurídicos. Ya hemos dicho que la propia estructura lógica de la sentencia exige que los hechos se declaren clara y terminantemente probados en el apartado correspondiente. Cualquier pretensión de seleccionar los fundamentos para extraer piezas fácticas, es inseguro, produce indefensión y se opone a las previsiones legales que sólo permite el error sobre los hechos probados y no sobre los fundamentos de derecho.

6.- El motivo quinto denuncia, con la misma incorrección formal, la contradicción entre los hechos y los fundamentos jurídicos, cuando el quebrantamiento de forma sólo permite establecer puntos de contraste entre los hechos probados.

Por lo expuesto, se debe estimar el motivo segundo y desestimar los restantes que hemos examinado.

V.- RECURSO DE Blas, Irene y TESTIGO PROTEGIDO NUM000

SEXTO.- Los motivos primero a séptimo, de estos recurrentes, los examinaremos de forma conjunta al referirse todos ellos a cuestiones de infracción de ley. Se afirma que no se han calificado correctamente los hechos en relación con los acusados.

1.- El motivo primero solicita que Jose María y Bernardo sean condenados por el delito de robo de las armas pertenecientes a los Mossos D´Esquadra realizado con violencia e intimidación.

Insiste, a pesar del relato de hechos, en que ambos actuaron con ánimo de lucro y apropiatorio.

Considera que debió conjugarse el ánimo de detentar las armas (tenencia ilícita de armas) y el ánimo de enriquecerse, único motivo que puede dar lugar a la existencia de un delito contra la propiedad (robo violento).

Los esfuerzos dialécticos resultan baldíos ya que, dada la dinámica de los violentos sucesos que estamos examinando, no aparece, por ningún lado, el ánimo de lucro.

Materialmente las armas tienen un valor económico pero no puede decirse, sin caer en un rechazable objetivismo, que existió en el apoderamiento de las mismas otro ánimo que favorecer la fuga y su decisión de utilizarlas contra cualquiera que se interpusiese en el camino.

2.- El motivo segundo denuncia la incorrecta determinación de la extensión de la pena en el delito de quebrantamiento de condena que es impuesta a Bernardo.

Discrepa de la fijación de la pena en la cuantía de dos años. La pena, en toda su extensión, prevista en el artículo 469 del Código Penal, en la modalidad específica de utilización de la violencia, va de seis meses a cuatro años. Invoca la cláusula genérica del artículo 66. 6º del Código Penal prevista para los casos en que no exista agravantes ni atenuantes. En estos supuestos se puede y se debe atender a las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad de los hechos.

Podrá discutirse la medida de la pena, sobre todo en los casos en que está huérfana de motivación o conculca los preceptos legales que establecen las cláusulas para la fijación de la pena. La sentencia razona su decisión y no es cierto que la pena se haya puesto en la mitad inferior. El máximo de la mitad inferior es de 21 meses, es decir, un año y nueve meses. Al imponerse dos años se sitúa en la mitad superior.

3.- El motivo tercero solicita la aplicación de la circunstancia de ensañamiento al delito ya cualificado por la alevosía. Dados los hechos probados no se puede mantener que se aumente innecesariamente el dolor de la víctima derrochando, lo que califica, como un lujo de males. El hecho de descargar los seis tiros de un revólver sobre una persona no integra por sí misma, ni en este caso concreto, el ensañamiento solicitado.

4.- El motivo cuarto denuncia la inaplicación de la figura de facilitación de la evasión al acusado David, hermano de Bernardo, considerando esta circunstancia como prevista en el artículo 454 (encubrimiento de parientes). La acusación se dirige más bien a imputarle su participación encaminada a garantizar el quebrantamiento de condena de Jose María como paso previo a la de su hermano Bernardo. El hecho probado no sostiene ni puede sostener esta tesis ya qu Jose María

salió con un permiso del Centro Penitenciario sin mediar participación alguna por parte de David, sólo la de ir a recogerlo.

5.- El motivo quinto solicita la aplicación del delito de favorecimiento de quebrantamiento de condena en su modalidad de uso de violencia o intimidación o fuerza en las cosas o soborno. Esta petición se realiza respecto de Mauricio.

Considera relevante la actuación de este al proporcionar el arma y facilitar el vehículo robado.

Posteriormente, sin haberlo mencionado antes, combate la aplicación de la eximente incompleta de enajenación mental.

No se trata de disentir la figura delictiva aplicada, pero es evidente que, con la lectura del hecho probado, no cabe objeción alguna a la aplicación de la eximente incompleta y la adecuación de la pena impuesta.

6. - El motivo sexto se refiere también al acusado Mauricio, al que considera autor de dos delitos de asesinato en grado de tentativa, en concurso ideal con dos delitos de atentado a agente de la autoridad.

Se parte de la entrega, por parte del acusado, del arma con la que se llevó a cabo las agresiones a las víctimas, asumiendo la utilización de las mismas y convirtiéndose en partícipe en estos hechos.

La actividad del acusado, según los hechos probados, se circunscribe a su participación directa y decisiva en el plan de fuga (facilitación del arma y del vehículo robado). Fuera de esta precisión nada permite extender el consentimiento y participación y asunción de los actos violentos que se desencadenaron exclusivamente por Jose María y David, como forma directa y personal de consumir su fuga. Cualquier involucración del acusado debe estar firmemente soportada por el relato fáctico que, en este caso, no concede apoyo a las tesis de los recurrentes.

7.- El motivo séptimo se refiere al acusado Jesus Miguel. Consideran que la pena impuesta por el delito de favorecimiento del quebrantamiento de condena no es correcta. Asimismo mantiene esta postura respecto del delito de robo de uso de vehículo de motor. La petición de aumento de pena carece de sustento legal ya que la determinación de la misma ha sido razonada y no infringe ninguna de las previsiones legales establecidas para la fijación de las mismas.

Por lo expuesto los motivos deben ser desestimados

SÉPTIMO.- Los motivos octavo y noveno los examinaremos en el bloque conjunto que dedicaremos a la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat de Catalunya, que tiene transferidas las competencias en materia penitenciaria.

OCTAVO.- El motivo décimo denuncia la incorrecta aplicación de los artículos 109, 110, 113 y 115, todos del Código Penal en cuanto a la indemnización fijada en la sentencia para los herederos de Juan Luis y para la testigo protegida NUM000.

1.- La utilización de los baremos derivados de la Ley General del Contrato de Seguros nos parece inadecuada, no solo en el caso concreto que estamos examinando sino, en general, referida a toda clase de delitos dolosos.

Como ya hemos señalado, la fijación de los baremos en el caso de responsabilidades civiles derivadas de hechos que deberían estar cubiertos por la garantía de un seguro, responde, no a criterios objetivos o de justicia, sino a cálculos matemáticos obtenidos a partir de un estudio de posibilidades, entre la cobertura técnica en función del mercado, las ramas de explotación y las reservas matemáticas que hay que contemplar para que el sistema pueda subsistir, sin riesgos inasumibles por los fondos de cobertura.

La fluctuación, al alza o a la baja, no responde a criterios equitativos sino a factores como el alza o la baja de la siniestralidad e incluso a ponderaciones mercantiles de cuotas de mercado.

La indemnización baremada no es sino la permisible por el sistema. Si el legislador quiere, puede duplicar las cantidades, subiendo correlativamente las cuantías de las pólizas de seguro.

2.- En el caso de los delitos dolosos se rompe cualquier criterio de justicia, racionalidad, proporcionalidad y legalidad si se trasvasa, sin más, el criterio técnico y objetivo del contrato de seguro. Es evidente que nadie puede asegurar su responsabilidad civil para el caso de que cometa un delito doloso. Es claro que los criterios de determinación son radicalmente diferentes.

3.- La obligación de reparar en los términos previstos por las leyes, incluye, con carácter complementario pero no excluyente, los previstos a las numerosas disposiciones de ayudas a las víctimas de delitos violentos. El baremo como es lógico se limita a las cláusulas restrictivas de un contrato de seguro. El artículo 115 del Código penal concede la más absoluta libertad de los Jueces y Tribunales para declarar la existencia de responsabilidad civil, si bien, como es lógico y consustancial al sistema, establece que, razonadamente, se fijen las bases en las que fundamentar la cuantía de las indemnizaciones. Estas bases, en los delitos dolosos, están al margen de cualquier intento o propósito de encorsetarlos en tablas económicas, matemáticamente calculadas.

4.- La inaplicabilidad de los baremos viene reforzada por la propia ley penal al establecer en el artículo 117, la responsabilidad directa de los aseguradores que hubieren asumido las responsabilidades pecuniarias comprendidas entre los riesgos asegurables. Si se produce el evento, ineludiblemente culposo, se establece la responsabilidad civil directa hasta el límite legalmente establecido o convencionalmente pactado, lo que indica, sin lugar a dudas, que el límite legal es puramente técnico y no excluye la posibilidad de libertad de pacto, para establecer una cobertura ilimitada que va más allá de las restricciones técnicas del seguro y que dependerá, en todo caso, de

la prima que convencionalmente se estime adecuada para cubrir el montante de las indemnizaciones ilimitadas.

5.- Las obligaciones que nacen del delito se rigen por los parámetros derivados de la reparación, dolor causado y consecuencias de toda índole derivadas del hecho delictivo.

En relación con la testigo protegida, las vivencias sufridas, las secuelas psíquicas inevitables y sus expectativas de futuro, difícilmente tienen encaje en ninguna modalidad del baremo, lo que demuestra su inaplicabilidad a casos derivados de acciones dolosas. La cantidad de 150.000 euros parece más cercana al calvario que vivió la víctima que cualquier frío y objetivo, pero rechazable, módulo matemático.

6.- En relación con los padres de Juan Luis el desglose que se realiza por la acusación particular en función de los factores de edad, expectativas de futuro de la víctima y los daños irreparables, nos lleva a una cifra de 500.000 euros perfectamente ajustada a las terribles consecuencias del crimen. Por lo expuesto los motivos deben ser estimados

NOVENO.- Los motivos decimoprimeros y decimosegundos denuncian la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba que ha redundado en la absolución de dos de los inicialmente acusados.

1.- Considera que la absolución no tiene base y que existen pruebas de cargo suficiente para integrar hechos que permitan su condena por encubrimiento.

2.- Para conseguir esta finalidad acude a manifestaciones de coimputados sin disponer de una sola base documental por lo que el motivo no puede prosperar.

3.- En relación con los hechos que permiten valorar el grado de responsabilidad de la Generalitat de Catalunya, examinaremos esta cuestión en el bloque anunciado.

Por lo expuesto ambos motivos deben ser desestimados

DÉCIMO.- Existe un bloque de motivos por quebrantamiento de forma.

1.- La primera cuestión, es la relativa a la existencia de contradicción entre el fallo y los hechos declarados probados. Su alcance no tiene cabida en la contradicción ya que se trata de una conclusión sobre la relación causal entre el funcionamiento de la Administración Penitenciaria de la Generalitat y los hechos producidos. Esta cuestión queda al margen de un quebrantamiento de forma.

2.- El segundo punto es el relativo a la incongruencia omisiva y ya ha sido resuelta al abordar el tema que afectaba a la determinación de la indemnización a los padres de Sergio.

Por lo expuesto los motivos deben ser desestimados

## **VI.- RECURSO DE Agustín**

DECIMOPRIMERO.- El recurrente suscita cuestiones semejantes a los anteriores en relación con la cuantía de la indemnización y la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat de Catalunya.

1.- En cuanto a la segunda cuestión la analizaremos conjuntamente por afectar a la totalidad de los perjudicados.

2.- Por lo que se refiere a la cuantía de la indemnización, ya hemos mostrado nuestra disconformidad con la aplicación de los módulos del baremo de la Ley del Seguro ya que el ámbito de la responsabilidad civil derivada de los delitos dolosos, cae fuera de la cobertura de los seguros de riesgo, por lo que los parámetros que se utilicen deben ser distintos y ajustados a principios de proporcionalidad y justicia que están ausentes en los cálculos matemáticos del seguro.

3.- La descripción de las lesiones y secuelas del recurrente, que se describen con todo género de detalles en el relato de hechos probados y que damos por reproducidas, son acreedoras de una indemnización muy superior a la que se determina en la sentencia recurrida acudiendo al baremo de accidentes de circulación. Una vez más estimamos que la suma de 1.862.042,55 euros representa más adecuadamente la compensación e indemnización racional de las gravísimas lesiones y secuelas que padece el recurrente.

En este último punto el motivo debe ser estimado

**C) RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA COMO TITULAR DE LAS COMPETENCIAS EN MATERIA PENITENCIARIA.**

DECIMOSEGUNDO.- Examinaremos conjuntamente todos los motivos de las acusaciones que solicitan esta declaración.

1.- Para afrontar sistemáticamente esta cuestión, es necesario comenzar sintetizando la postura que mantiene la sentencia recurrida. Se señala la existencia de un plan de fuga concertado entre los dos principales acusados Jose María y Bernardo que comienza por la concesión a Jose María, con fecha 3 de Octubre de 2001, de un permiso ordinario de cuarenta y ocho horas en cuyo otorgamiento estaba previsto que el interno fuese recogido por su familia. El condenado no regresó en el plazo previsto y no consta cuales fueron las medidas adoptadas por el Centro Penitenciario.

2.- A partir de esa fecha, pone en marcha un plan detallado de fuga en el que estaba previsto utilizar un arma que otro de los acusados proporcionó a Jose María.

El día 14 de Octubre de 2001 se fija como fecha para concretar el plan de fuga.

Bernardo que permanecía en prisión se causó una lesión intencionada en el codo derecho. La médico de guardia consideró que era conveniente que se la trasladase a un servicios de Urgencias de un Hospital externo para que lo examinase un especialista.

3.- El Centro Penitenciario acuerda el traslado encargando el traslado y custodia a un Mosso D'Esquadra en prácticas y a otro titular. Se les entrega la hoja penitenciaria en la que constaba que cumplía condena por delitos graves realizándose el traslado en una ambulancia.

En el Hospital se le diagnosticó una sinovitis capsulitis y se le inmovilizó el brazo.

Los agentes decidieron que el regreso se podía realizar en coche policial y cuando se dirigían al mismo, Jose María disparó contra ambos con los resultados que constan en las actuaciones. Se apoderaron de sus armas y se dieron a la fuga en un vehículo sustraído.

4.- A partir de este momento se monta un dispositivo policial y se estrecha el cerco, por lo que los dos acusados deciden abandonar el vehículo y sus planes de fuga e internarse en las montañas para buscar un vehículo e intentar trasladarse al norte del país.

El día 13 de Noviembre de 2001 abordan un automóvil que estaba ocupado por dos jóvenes y dispararon contra el conductor matándole, mientras Bernardo después violó a la joven.

5.- Hasta aquí y de manera escueta, los hechos que recoge la sentencia y que sirven para desarrollar en el fundamento de derecho decimotavo su posición sobre la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat de Catalunya, como encargada de las competencias penitenciarias. Examinando exhaustivamente las respuestas jurisprudenciales y la interpretación de los artículos 120.3º y 121 del Código Penal, los recurrentes sostienen que la fuga comenzó a prepararse en el interior del Centro

Penitenciario. Recogen una serie de datos de hecho que debió incluir en los hechos probados, por ser la base sobre la que se debe decidir la responsabilidad civil subsidiaria. Más adelante haremos referencia a estos datos. No aprecia infracción reglamentaria alguna, en cuanto a la concesión del permiso penitenciario a Jose María ni en lo relativo al traslado al hospital de David. La única infracción reglamentaria que admite, es el uso excesivo del teléfono pero se estima que no tiene relación causal con los resultados producidos. Rechaza la responsabilidad civil subsidiaria y remite a los perjudicados a las reclamaciones que procedan por la vía del funcionamiento anormal de los servicios públicos y por las indemnizaciones debidas en función de la Ley 35/1995, de 11 de Noviembre, de Ayuda y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

6.- En síntesis, todos los recurrentes vienen a mantener, como punto de partida, que los hechos por los que se ha condenado a Bernardo y Jose María se iniciaron en el Centro Penitenciario de Ponent (Lérida) dependiente de la Generalitat de Catalunya y fueron consecuencia de infracciones del Reglamento penitenciario, por lo que resulta de aplicación el artículo 120.3 del Código Penal.

7.- La inclusión de un apartado específico para la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la isla, el Municipio y demás entes públicos (artículo 121 del Código Penal) no modifica ni altera la responsabilidad tradicional de estos entes, recogida en la referencia general del artículo 120. 3º del Código Penal a las personas naturales o jurídicas por los delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

8.- La homologación de ambos supuestos ha sido avalada por el acuerdo de la Sala General de 26 de Mayo de 2000 en el que se llegó a la conclusión de la compatibilidad entre ambos preceptos, aplicándose el artículo 121 cuando el daño causado pueda ser atribuido a un funcionario imputado en el proceso y el 120.3 cuando se observe un funcionamiento de la administración contrario a las previsiones reglamentarias que regulan el funcionamiento del servicio.

En dicho acuerdo se aprobó que: "el artículo 121 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del artículo 120.3 del Código Penal".

9.- Como es lógico no basta con detectar irregularidades en el cumplimiento de las previsiones reglamentarias sino que es necesaria una conexión causal entre la infracción de los reglamentos y el resultado de tal manera que, sin dicha infracción, el tercero no hubiera cometido el delito.

10.- Como hemos dicho la sentencia admite dialécticamente la existencia de infracciones reglamentarias pero no le atribuye valor causal.

No obstante debemos señalar, en relación con el permiso concedido a Jose María, que, en ocasiones anteriores, dada la peligrosidad del mismo se le había denegado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

La cuestión, en principio, podría estar desconectada de la comisión del hecho delictivo pero es necesario examinar cual fue el comportamiento de la Administración Penitenciaria a partir de la concesión de un permiso ordinario de cuarenta y ocho horas.

11.- El permiso se concede el día 3 de Octubre de 2001, hasta las 14 horas del día 5. Al no regresar no consta que se pusiesen los hechos en conocimiento de las autoridades policiales y judiciales por la posible comisión de un delito de quebrantamiento de condena, y para que se adoptaran las oportunas medidas.

12.- A este hecho se une las numerosas llamadas telefónicas realizadas por Bernardo durante ese período de tiempo hasta el 14 de Octubre siguiente, en el que se pone en ejecución el plan de fuga.

Se trataba de delincuentes, ambos peligrosos, condenados por delitos violentos con antecedentes por delitos de quebrantamiento de condena y era pública y notoria, su estrecha amistad conocida por todos los vigilantes y presos del Centro Penitenciario.

13.- La sentencia, para desvirtuar la posible negligencia o descuido, desconecta el plan de fuga de estas llamadas y contactos y sostiene que éste se perfiló mediante cartas entre ellos, cuyo contenido está amparado por el artículo 18 de la Constitución.

14.- Compartiendo, en términos generales, esta observación, en el caso concreto, existían los antecedentes que hemos narrado y se habían producido los contactos telefónicos, cuyo listado de destinatarios pudo ser perfectamente solicitado para prevenir una posible concertación entre ambos, sin afectar al derecho al secreto de las comunicaciones.

15.- Hubo por tanto, negligencia previa y en la reacción posterior a la concesión del permiso que puede conectarse con el plan de fuga tal como se había diseñado. Las medidas se toman el día 10 de Octubre cuando ya habían transcurrido cinco días desde el quebrantamiento de la condena. Se sabía que había sido el hermano de Bernardo el que había ido a recogerlo y, por tanto, se debió poner este dato en conocimiento de la policía y citar a éste para que diera razón de lo que había sucedido. El juzgado, a su vez, no dictó orden de detención hasta el siguiente día 19 de Octubre.

16.- A posteriori, se comprueba que el anormal número de llamadas desde el Centro Penitenciario, se realizaron al teléfono del hermano de Bernardo y a otro que tenía Jose María. Es incuestionable que hubo una absoluta relajación en cuanto al control reglamentario de las llamadas telefónicas, resultando anormal las que se realizan precisamente el día de la fuga. No hubo ni el control que impone el artículo 47 del Reglamento Penitenciario, ni la más mínima previsión reglamentaria.

17.- La autolesión se realiza el día 14 de Octubre por ser domingo y saber que se cuenta con un personal sanitario reducido. Hay un médico de guardia en la prisión pero el aparato de Rayos X no funciona por ser fin de semana. Esta circunstancia revela que el Centro destinado a presos peligrosos había descuidado, hasta cosas tan elementales como que una simple radiografía se pudiera hacer en cualquier momento sin tener que esperar a los días laborales. No se explica muy bien esta deficiencia que hubiera puesto de manifiesto que la lesión en el codo era absolutamente banal y que no requería ningún tratamiento urgente, bastando con la simple inmovilización.

18.- Acordado el traslado se entra en una fase en la que la Administración Penitenciaria se responsabiliza de las condiciones y medidas de seguridad en que este se efectúa. El artículo 79 del Reglamento Penitenciario regula las medidas que deben observarse para la salida de internos para consulta o ingreso en Centro Hospitalario no Penitenciario. En general, tendrá que ser acordada oír al Centro Directivo y, en casos de urgencia, según dictamen médico, el Director del Centro solicitará la fuerza pública que deberá hacer la conducción y encargarse de la custodia en el centro hospitalario. En el caso presente, se acuerda la conducción por un Mosso D'Escuadra en prácticas y

otro agente que van en su vehículo siguiendo a la ambulancia. Dadas las características y antecedentes del preso que la vigilancia y custodia era absolutamente insuficiente.

19.- Por otro lado, el médico de guardia del Hospital que tenía concertado sus servicios con el Centro Penitenciario comenta que "para que lo había llevado para eso". En todo caso, ninguna de las dos personas que se encargaron del traslado eran del equipo especial de traslados y custodias, lo que revela una absoluta negligencia por parte del Centro Penitenciario.

20.- En consecuencia, se puede decir que existe una negligencia conexas en la que confluyen los evidentes y palmarios descuidos en poner en marcha las previsiones reglamentarias para detectar, sin grandes esfuerzos ni conculcaciones de derechos fundamentales, un plan definido que tenía su base y fundamento en la inexcusable y previa concesión de permiso a Jose María y que se enlaza con la cadena sucesiva de negligencias reglamentarias que se observan en el traslado. Esta confluencia de circunstancias nos permiten relacionar causalmente, no sólo lo sucedido con los agentes tiroteados sino las actuaciones posteriores, un poco más dilatadas en el tiempo, que culminan con el asesinato y violación de la pareja que se encontraba en el interior del automóvil.

21.- Queremos resaltar que la imputación del riesgo y responsabilidad civil subsidiaria no se basa en el pronóstico equivocado sobre el permiso ya que, por sí mismo, no es un factor desencadenante causal. Por otro lado cualquier imputación objetiva de responsabilidad a una decisión equivocada, pondría en riesgo el sistema de rehabilitación del que forma parte importante la concesión de permisos para una gradual reinserción social en el momento del cumplimiento de la condena. Cualquier hecho delictivo cometido en el curso de un permiso penitenciario no puede anudarse a una responsabilidad civil subsidiaria sino a un funcionamiento anormal de la Administración Penitenciaria, que debe ser soportada por el Estado y solidariamente por toda la sociedad ya que el fin que se persigue, constitucionalmente exigido, merece ser intentado aún con el riesgo de que la confianza depositada sea traicionada y se produzca un comportamiento contrario a las previsiones y a la finalidad de la concesión del permiso.

22.- La relación causal que declaramos, tiene su origen no en un posible pronóstico equivocado en la concesión del permiso, sino en el cúmulo de negligencias reglamentarias que han quedado reflejadas y que son la causa eficiente de la consumación de una fuga violenta, planeada gracias a la laxitud en el cumplimiento de las normas de prevención y custodia, así como a la imprevisión sobre las más que razonables acciones violentas de unas personas que tenían unos antecedentes conocidos. No hay obstáculos para establecer esta relación causal también con el asesinato y la violación. Estos hechos se producen después de una inmediata y continuada persecución y cerco policial que obliga a los acusados a esconderse y variar sus planes de fuga. Después de sustraerse durante días a la persecución, el día 13 de noviembre siguiente, deciden apoderarse de un vehículo, única alternativa, que les quedaba para escapar al cerco y consumir la fuga. Insistimos en que se dejó realizar negligentemente y que ello fue la causa de creación de un riesgo por culpa de la Administración Penitenciaria que debe responder subsidiariamente, en la totalidad de los resultados

que se derivan de la creación del mismo y de la culpa in vigilando que ha quedado minuciosamente descrita.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado

### **III. FALLO**

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones procesales de Blas, Irene, TESTIGO PROTEGIDO NUM000, Gaspar, Agustín y Jesus Miguel, casando y anulando la sentencia dictada el día 17 de Junio de 2005 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª en la causa seguida contra Bernardo, Jose María, David, Mauricio Y Jesus Miguel por los delitos de quebrantamiento de condena, atentado en concurso con dos delitos de asesinato en grado de tentativa, de tenencia ilícita de armas de fuego, de asesinato, de robo de uso de vehículo de motor, de detención ilegal y agresión sexual. Declaramos de oficio las costas causadas.

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por las representaciones procesales de Bernardo y Mauricio, contra la sentencia dictada el día 17 de Junio de 2005 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª en la causa seguida contra Bernardo, Jose María, David, Mauricio Y Jesus Miguel por los delitos de quebrantamiento de condena, atentado en concurso con dos delitos de asesinato en grado de tentativa, de tenencia ilícita de armas de fuego, de asesinato, de robo de uso de vehículo de motor, de detención ilegal y agresión sexual. Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Delgado García D. Perfecto Andrés Ibáñez D. José Manuel Maza Martín D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. José Antonio Martín Pallín

### **SEGUNDA SENTENCIA**

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

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Cerdanyola del Vallés, con el número 10251 contra Jose María, Bernardo, Mauricio, Jesus Miguel, Enrique, Jose Antonio Y David, en libertad provisional todos ellos, a excepción de Bernardo, que se encuentra preso por la presente causa desde el 19 de Noviembre de 2001, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 17 de Junio de 2005, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al

margen, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, que hace constar lo siguiente:

### **I. ANTECEDENTES**

1.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1.- Se dan por reproducidos los fundamentos de derecho quinto, octavo, decimoprimer y decimosegundo de la sentencia antecedente.

### **III. FALLO**

FALLAMOS: QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Jesus Miguel del delito de encubrimiento por el que venía acusado.

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIA A LA GENERALITAT DE CATALUNYA, la cual, en este concepto, deberá abonar las siguientes cantidades:

- 1.- A la testigo protegida NUM000 la cantidad de CIENTO CINCUENTA MIL EUROS (150.000 €).
- 2.- A D.Blas y D<sup>a</sup>. Irene, como padres de Juan Luis, la cantidad de QUINIENTOS MIL EUROS (500.000 €), y por los daños en el automóvil SETECIENTOS CATORCE EUROS Y TREINTA Y TRES CÉNTIMOS (714,33 €).
- 3.- A Agustín la cantidad de UN MILLÓN OCHOCIENTAS SESENTA Y DOS MIL CUARENTA Y DOS EUROS Y CINCUENTA Y CINCO CÉNTIMOS (1.862.042,55 €).
- 4.- A Gaspar la cantidad de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 €).

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a la presente.

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

Perfecto Andrés Ibáñez D. José Manuel Maza Martín D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. José Antonio Martín Pallín T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Penal

## Voto Particular

### VOTO PARTICULAR

FECHA:08/01/2007

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSE MANUEL MAZA MARTIN

Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de los miembros de este Tribunal, he de discrepar de la conclusión que por los mismos se alcanza en relación a la indebida cuantificación de algunas de las indemnizaciones establecidas en la Resolución de instancia y que lleva a la Sentencia de la mayoría a rectificar ese "quantum" indemnizatorio.

En efecto. La Audiencia expresamente manifiesta que llega a su decisión en este punto con apoyo en los criterios previstos en el Baremo legal anexo a la Ley 30/1995 para la determinación de las reparaciones relativas a las consecuencias dañosas causadas como consecuencia del tráfico rodado, lo que es rechazado por la mayoría de mis compañeros, con base en los argumentos expuestos en el Fundamento Jurídico Octavo de nuestra Resolución.

Ya, desde este inicial planteamiento, ha de surgir mi primer cuestionamiento de la decisión que, modestamente, critico, pues no debe olvidarse, a mi juicio, cómo es doctrina sobradamente conocida, antigua, reiterada y pacífica de este Tribunal y, por ende, dudosamente alterable sin Acuerdo de Pleno de la Sala convocado a fin de revisar y, en su caso, modificar su sentido, el que los criterios para la concreta cuantificación de las correspondientes responsabilidades civiles consecuentes a la comisión de las infracciones penales constituyen materia vedada a la Casación, que tan sólo ha de centrarse en el análisis de la corrección de las bases fácticas dañosas a partir de las cuales se produce esa cuantificación (SsTS de 23 de Marzo de 1987, 27 de Mayo de 1994, 28 de Noviembre y 20 de Diciembre de 1996, 16 de Mayo de 1998 y así hasta hoy).

Hubiera bastado, en consecuencia, la sola cita de la anterior doctrina para la desestimación de este extremo del Recurso y por ello, considero que no procedía la corrección que se ha llevado a cabo, y más aún cuando en modo alguno puede afirmarse que la cuantía indemnizatoria se obtuviera a partir de argumentos irracionales o carentes de toda justificación.

Pero es que, además, resulta importante, en mi opinión, salir al paso ante las razones que, una vez corregida la decisión de los Jueces "a quibus" contra la ya recordada doctrina jurisprudencial, sustentan la exclusión, con carácter general, del sistema del Baremo legal para su uso, incluso como simple referencia orientadora, en la fijación de las indemnizaciones aplicables a los perjuicios ocasionados por las conductas dolosas.

Porque no debemos olvidar que la Sentencia recurrida no está sometiendo a una eficacia vinculante del Baremo que, sólo para el ámbito automovilístico ya proclamó la STC de 29 de Junio de 2000, sino que, exclusivamente, alude a aquel como referente dotado de un carácter meramente orientador.

Desde un tal planteamiento, de nuevo hemos de insistir en otro aspecto de los precedentes jurisprudenciales en esta materia que, de manera abrumadoramente coincidente, vienen a afirmar la conveniencia de la utilización de ese valor orientativo de la norma baremada.

Así, se sostiene con reiteración en numerosas ocasiones (SsTS de 22 de Diciembre de 2001, 20 de Febrero de 2002, 23 de Enero y 9 de Junio de 2003, etc.) que aunque, como ya se ha dicho, el ámbito propio, con carácter vinculante inexcusable, del Baremo lo constituye el de la responsabilidad patrimonial derivada de los daños a personas en accidente de circulación, según la propia Exposición de motivos de aquella Ley, que se precisa en el artículo 1.2 de las Disposiciones

Generales de la misma, ello no quiere decir que los Tribunales no puedan tener en cuenta ese sistema legal indemnizatorio también en los delitos dolosos, aunque sin ese referido carácter de obligada vinculación y sí tan sólo como pautas orientativas, adaptándolo al caso concreto con todas las especificidades y matices que estimen pertinentes y justificadas dentro de su arbitrio interpretativo.

Segunda razón, por consiguiente, de nuevo desde el estricto respeto a una doctrina jurisprudencial plenamente consolidada, que me impide compartir el criterio de mis respetados compañeros.

Más tampoco considero que con estos dos argumentos se agote la respuesta que hubieran merecido las alegaciones del recurrente que discrepaba de la utilización por el Tribunal de instancia de la referencia al Baremo legal.

Antes al contrario, a semejante planteamiento debería haberse respondido precisamente justificando la manera de actuar de la Audiencia, con razones de fondo que explican la doctrina de esta Sala ya expuesta y que se apoyan en razonamientos que aconsejan invitar a todos los Juzgadores a transitar por ese mismo camino.

Parte la mayoría de este Tribunal de la idea, central en toda su argumentación, de que el Baremo legal no procura en realidad la satisfacción íntegra de los perjuicios realmente sufridos, según se deduce de sus dichos incluso ni siquiera en el ámbito del automóvil, sino que, muy al contrario, las determinaciones cuantitativas que en él se contienen responden "...no a criterios objetivos o de justicia, sino a cálculos matemáticos obtenidos a partir de un estudio de posibilidades, entre la cobertura técnica en función del mercado, las ramas de explotación y las reservas matemáticas que hay que contemplar para que el sistema pueda subsistir, sin riesgos inasumibles por los fondos de cobertura."

No parece que éste sea un criterio compartido ni por el propio Legislador ni por el Tribunal Constitucional. Por mí he de decir que tampoco lo es.

La propia Ley 30/1995, en el inciso segundo de la Regla 7ª de su Anexo afirma el principio de "total indemnidad" frente a los perjuicios sufridos, que persigue, al proclamar:

"Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas..."

A su vez, el Tribunal Constitucional, al pronunciarse en la Sentencia ya mencionada sobre el cuestionamiento al que dicha norma fue sometido acerca de la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, precisamente por la insatisfactoria reparación resultante de sus preceptos, respecto de los reales perjuicios padecidos como consecuencia del evento dañoso, afirma la constitucionalidad de la respuesta legal sobre la base de la suficiencia de esa reparación, salvo en el concreto caso, que aquí no nos concierne, de los factores de corrección aplicables al resarcimiento de la incapacidad temporal, cuyo contenido declara expresamente inconstitucional.

Por mi parte, coincidiendo plenamente con esta última declaración de inconstitucionalidad referente, tan sólo, al sistema indemnizatorio del "lucro cesante" y aún cuando pudiera discrepar de la afirmación del Legislador a propósito de la satisfacción de la reparación íntegra de los perjuicios causados en algún otro supuesto concreto de los contemplados en el Baremo, lo que no puedo olvidar es que, en el supuesto que nos ocupa, nos hallamos exclusivamente frente a un concepto indemnizatorio muy peculiar y concreto, cual es el del daño moral, "pecunia doloris", sufrido por los familiares del fallecido, en este caso como consecuencia de la conducta dolosa objeto de enjuiciamiento, y sobre el que el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere a las previsiones del Baremo, no halló objeción alguna en cuanto al incumplimiento del principio de "total indemnidad", puesto en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Y esta circunstancia, por otra parte trascendental, es la que me hace disentir aún con más energía de la opinión de mis dignos compañeros de deliberación.

En múltiples ocasiones los Tribunales insisten en la imponderabilidad en términos económicos de un concepto, por otra parte indudablemente susceptible y siempre digno de alguna reparación, como es el denominado "daño moral".

Pues ¿Cómo cuantificar monetariamente el sufrimiento de unos padres que padecen la pérdida del hijo como consecuencia de la actuación ilícita de un tercero?

¿Sobre qué criterios objetivos y razonables medimos la correspondiente indemnización?

En este concreto supuesto, por ejemplo, la Audiencia otorga a los padres de la víctima, entre otros perjudicados que también se reconocen, la cantidad de 100.000 euros. Nuestra Sentencia les concede 500.000. Y ¿por qué no 50.000, 300.000 o 3.000.000?

Los únicos argumentos ofrecidos para justificar esa rectificación del criterio de la Audiencia se contienen en el apartado 6 del Motivo Octavo de la Sentencia mayoritaria al explicar que:

"En relación con los padres de Juan Luis el desglose que se realiza por la acusación particular en función de los factores de edad, expectativas de futuro de la víctima y los daños irreparables, nos

lleva a una cifra de 500.000 euros perfectamente ajustadas a las terribles consecuencias del crimen."

¿Se puede afirmar que una tal argumentación es más fundada, objetiva y justa que la utilizada por la Sala de instancia cuando se apoya, como referencia, en las previsiones establecidas en el texto aprobado por el Legislador?

Rotundamente creo que no y, por ello, entiendo, como tercera de las razones de mi discrepancia, que tampoco desde este prisma merecía corrección el pronunciamiento de la recurrida.

Antes al contrario, la alusión y el empleo del Baremo legal proporciona elementos que, aunque sólo fuera desde planteamientos respetuosos con los principios de igualdad y seguridad jurídica, deberían ser siempre tenidos en cuenta por el Juez cuando se enfrenta a cuestión tan relativa y difícil como la de la valoración económica del dolor subjetivo.

Pienso que, como axioma esencial, puede afirmarse que el arbitrio judicial debe alcanzar tanto como la posibilidad de razonamiento objetivo y suficiente acerca de las consecuencias producidas a través de ese arbitrio. Cuando ello no es posible, resulta preferible la asunción de criterios generales contenidos en la Ley.

Todo lo cual no significa, por supuesto, pretender atribuir al Baremo una eficacia vinculante que en el ámbito de los delitos dolosos no ostenta y que la Audiencia en ningún momento ha sostenido. Ni tampoco, por cierto y aunque la Sentencia mayoritaria no aluda a ello, respecto de las conductas imprudentes de trascendencia penal, ajenas a la circulación rodada.

De hecho, la naturaleza meramente orientativa del Sistema legal de baremación es también sistemáticamente matizada en diversas Resoluciones de esta Sala, como la recientísima de fecha 9 de Febrero de 2007, que insiste en algo ya reiterado en Sentencias que la preceden, como es la conveniencia de incrementar las cuantías indemnizatorias correspondientes al daño moral en un cierto porcentaje prudencial, a pesar de que objetivamente considerado no exista diferencia en el perjuicio a reparar por el dato de que provenga de una acción dolosa o culposa, atendiendo al dato subjetivo del mayor sufrimiento que evidentemente representa para el perjudicado el que las consecuencias que sufre deriven no de un siniestro automovilístico (por hablar en términos propios del Derecho de seguros), sino de una conducta intencionadamente lesiva de carácter delictivo.

Resolución la que se acaba de mencionar que además se aparta, incluso de la enumeración cerrada que del concepto "perjudicado" establece la Ley 30/1995, para otorgar derecho al resarcimiento a quien no es familiar, sino novia, del fallecido, por considerar que el realismo que ha de presidir la interpretación de las normas relativas a la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho Penal no se compeadece con esa restricción formal contenida en las previsiones de la norma.

Ejemplo que refuerza mi opinión acerca de la compatibilidad entre un uso orientativo y razonable del Baremo, en lo que pueda tener de indudables ventajas incluso para el propio Juzgador a la hora de tomar su decisión, y las exigencias de la justicia material, excluyendo posiciones categóricas o absolutas, como las expresadas por la Sentencia que cuestiono, que, en definitiva, corrigen el pronunciamiento de instancia por la única razón de haber utilizado el Baremo como referencia.

Finalizando ya, he de manifestar, como un botón de muestra más de la Jurisprudencia reciente, mi absoluta coincidencia con la Sentencia, también dictada por esta misma Sala, el día 4 de Noviembre de 2003, que respecto de las cuestiones aquí tratadas vá incluso más allá en las conclusiones de su razonar, cuando afirmaba:

"La Ley 30/1995, antes citada, incorporó a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en Circulación de Vehículos a Motor un anexo conteniendo un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Sus reglas no son de aplicación obligatoria para la determinación de la indemnización que pueda corresponder en cada caso por los daños y perjuicios derivados de los delitos dolosos, tal como resulta de su propia regulación y de una jurisprudencia consolidada. Pero nada se opone a que su minucioso contenido sea tenido en cuenta por los Tribunales como regla orientativa.

Es claro que de la forma dolosa o culposa de actuar no se deriva una diferenciación del resultado lesivo o de las secuelas causadas por la conducta, por lo que el perjuicio indemnizable puede ser idéntico en uno y otro caso. De manera que en esta materia es posible partir de una consideración inicial en la que se otorgue una valoración similar para los perjuicios sufridos a causa de lesiones y secuelas por las víctimas de delitos dolosos y culposos, de forma que las primeras no resulten injustificadamente de peor condición que las segundas en el aspecto que tratamos. Ello no significa que las previsiones del referido sistema deban ser consideradas como un mínimo necesariamente aplicable de modo automático a los perjuicios causados por delitos dolosos, pero sí implica que el Tribunal debe explicar suficientemente en la sentencia las razones que ha tenido, en el caso concreto, para no atender a los criterios objetivos introducidos por la norma.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el Tribunal dispone de unos criterios objetivos establecidos por el legislador, que son útiles, con carácter orientativo, como base para determinar la cuantía de la indemnización por perjuicios personales derivados de delitos dolosos, es exigible que razone expresamente en la sentencia su decisión de separarse de los mismos.

Es por esto que aquella consideración inicial puede resultar modificada en cada caso en atención a las circunstancias que concurran, las cuales debe tener en cuenta el Tribunal al establecer razonadamente en la sentencia las bases de las que resulta la cuantía de la indemnización. Pues, como decíamos en la STS num. 130/2000 de 10 de Abril, «el baremo en cuestión, sin suponer una inflexible limitación en la valoración de los perjuicios, brinda cuando menos criterios objetivos, y generales para todos, introduciendo claridad, precisión y certeza. Por ello su observancia no precisa

de una expresa justificación, exigible por el contrario cuando el Tribunal decide separarse de las valoraciones normadas».

Consideraciones que en la transcrita Sentencia hacen además referencia a la indemnización de unas secuelas y que, por las razones ya expuestas, considero incluso más justificadas cuando de algo tan relativo como la cuantificación económica del daño moral se trata.

En definitiva y resumiendo todo lo dicho hasta aquí, tres son las razones por las que, en mi opinión, no debió estimarse el motivo, con su consecuencia en orden a la corrección del pronunciamiento de la Audiencia, a saber: el respeto a la propia doctrina de esta Sala, tanto cuando excluye del control casacional el extremo concreto de la cuantificación de las indemnizaciones como al haberse pronunciado reiteradamente a favor de la utilización del Baremo, como criterio orientativo, en los supuestos ajenos a lo automovilístico y , en tercer lugar, la concurrencia de razones ya de fondo que justifican plenamente, a mi juicio, semejante doctrina jurisprudencial incentivadora del uso del Baremo.

Por último, tan sólo indicar que sí que coincido con mis compañeros, aunque considero que con ello igualmente nos podemos estar apartando de la doctrina de esta Sala relativa a la responsabilidad de las compañías aseguradoras del automóvil en los hechos de carácter doloso cometidos mediante el vehículo a motor (vid., por ejemplo, la STS de 2 de Junio de 2005, en la que también incorporé mi Voto Particular discrepante), cuando se dice literalmente, en el apartado 2 del repetido Fundamento Jurídico Octavo:

"En el caso de los delitos dolosos se rompe cualquier criterio de justicia, racionalidad, proporcionalidad y legalidad si se trasvasa, sin más, el criterio técnico y objetivo del contrato de seguro. Es evidente que nadie puede asegurar su responsabilidad civil para el caso de que cometa un delito doloso. Es claro que los criterios de determinación son radicalmente diferentes." José Manuel Maza Martín

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