PUBLIC

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL
DE PALMA DE MALLORCA
SECCIÓN PRIMERA

ROLLO: Procedimiento Ordinario 75 /2015
Órgano de procedencia: Juzgado de Instrucción nº 12 de Palma
Procedimiento de origen: Sumario 3/15

SENTENCIA nº 142/2016

S.Sª Ilmas.
Dña. Rocío Martín Hernández
Dña. Gemma Robles Morato
Dña. Eleonor Moyá Rosselló

En Palma de Mallorca, a 1 de Diciembre de 2016.

LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA, Sección Primera, ha entendido en la causa registrada como Rollo 75/15, en trámite de juicio oral, dimanante del Procedimiento Sumario previamente referenciado, seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 12 de Palma de Mallorca por un delito continuado de robo con fuerza en casa habitada (art. 237,238 y 241 y 74 del C.P.) y otro delito de incendio previsto en el artículo 351 del Código Penal, contra el acusado DANIEL RODRIGUEZ DIEZ DE URE, de nacionalidad española en situación de prisión provisional por esta causa desde el día 13-5-2015 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, representado por la Procuradora Dña. Ana Maria Vicens Pujol y defendido por el Letrado D. Antonio Vicens Pujol, siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal y en su representación el Ilmo. Sr. Ramón Vázquez; la acusación particular ejercida por Dña. Pauline Spence , representada por el Procurador D. Juan Francisco Cerda Bestard y asistido por el letrado D. Andres Buades Armenteras ; la entidad aseguradora SANTA LUCIA, asistida por el Letrado D. Julian Luque Soriano y representada por la Procuradora Dª. Cristina Suau Morey y la entidad aseguradora MUTUA DE PROPIETARIOS, asistida por el Letrado D. Juan Font y representada por la Procuradora

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Dª. Juana Socias Reynes, Es magistrada ponente, que expresa del parecer de este Tribunal, la Sra. Dña. Eleonor Moyá Rosselló.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de atestado de la Guardia Civil (Puesto de Palma Nova) de fecha 25-11-2014 presentado ante el Juzgado de Guardia en fecha 27-11-2014 en el que se daba noticia de las actuaciones realizadas por la referida fuerza pública a raíz de un incendio en las viviendas nº 903 y 904 ubicadas en los apartamentos El Toro en el municipio de Calviá, propiedad de la denunciante; así como diversos robos acaecidos en estas y en otra vivienda del mismo inmueble y cuyo conocimiento correspondió por turno de reparto a dicho Juzgado de Instrucción nº 12, el cual tras los oportunos trámites dictó auto acordando la continuación del proceso por los cauces del procedimiento Sumario, declarando procesado al imputado mediante auto de fecha 21-09-2015 y conclusa la fase de investigación por resolución de fecha 22-10-2015 .

SEGUNDO.- Cumplidos dichos trámites, se remitieron las actuaciones a esta Sección Segunda de la Audiencia, en la cual y por Auto de fecha 24-05-2016 se confirmó el auto de conclusión del sumario y se acordó la apertura de juicio oral, dando traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las acusación particulares personadas y, una vez presentadas por estas los respectivos escritos de conclusiones provisionales, se dio el preceptivo traslado a la defensa para calificación.

Cumplimentados dichos trámites, se dio traslado al letrado de la administración de justicia para señalamiento del juicio oral, habiendo resuelto previamente la Sala y mediante auto de fecha 26-07-2016 acerca de la admisión de pruebas propuestas por las partes.

TERCERO.- El juicio tuvo lugar en la fecha señalada practicándose la prueba propuesta por el Fiscal y las defensas.

Tras ello y en el trámite de conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal modificó parcialmente su escrito de calificación provisional y consideró que los hechos enjuiciados eran constitutivos de un delito de incendio con grave peligro para la vida e integridad de las

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

personas, previsto y penado en el a artículo 351 del Código Penal y de un delito continuado de robo con fuerza en casa habitada de los artículos 237, 238.1° y 2°, 240 y 241.1 y 2 del C.P. de los que estimó responsable al acusado en concepto de autor, concurriendo la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del Código penal y solicitando se le impongan las siguientes penas: por el delito de robo, la de 4 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena; y por el delito de incendio, la de 10 años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del Código penal, la de prohibición de acercarse a menos de 500 metros de Dña. Pauline Spence, su domicilio, lugar de trabajo, así como de comunicarse con ella por cualquier medio durante 10 años. En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a la compañía aseguradora SANTA LUCIA en la suma de 107.396,74.-€. A Dña. Pauline Spence en la suma de 700.-€ por efectos sustraídos y no recuperados y en la cantidad de 5.000.-€ en concepto de daños morales; a la entidad MUTUA de propietarios en la suma de 19.694,84.-€; a D. KEVIN MACREANOR en la suma de 2.716,93.-€ por los daños causados en su domicilio; al Guardia Civil n° A20423Z en la suma de 455.-€ por las lesiones; y por el mismo concepto, al Guardia n° H54391S, en la cantidad de 500.-€; al Policía Local n° A370010 en la suma de 160.-€, al Guardia Civil X11299J, en la cantidad de 160.-€ y al Guardia Civil H25716A en la cantidad de 64.-€, cantidades que devengarán el interés legal moratorio previsto en el artículo 576 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

La acusación particular ejercida por Dña. PAULINE SPENCE también modificó sus conclusiones provisionales, sosteniendo el mismo relato fáctico y calificación jurídica que en el escrito del Ministerio Público, si bien interesa la imposición al acusado de la pena de 14 años de prisión por el delito de incendio y la de 4 años y 6 meses de prisión por el de robo, más las accesorias legales y la prohibición de acercarse a menos de 500 metros de Dña. Pauline Spence, su domicilio, lugar de trabajo, así como de comunicarse con ella por cualquier medio durante 10 años y pago de costas, incluyendo expresamente las devengadas por la acusación particular.

Igualmente se reclama por dicha parte procesal la indemnización que corresponda a distribuir entre la entidad SANTA LUCIA, su patrocinada y la entidad MUTUA de PROPIETARIOS, por los daños causados por el acusado en los inmuebles 903 y 904, en

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

proporción a las cantidades ya abonadas; coincidiendo en sus demás pedimentos con lo solicitado por el Ministerio fiscal, a excepción de la cantidad a establecer por daños morales, reclamando la suma de 60.000.-€

Por parte de la acusación particular ejercida por la entidad SANTA LUCIA se elevaron a definitivas su conclusiones (que coinciden con lo interesado por el Ministerio Fiscal) con la única salvedad de corregir un error de transcripción en la conclusión primera (quedando establecida como cantidad abonada la suma de 52.822,19.-€ y no la de 58.822,19.-€, siendo el total reclamado como indemnización el 107.396,74.-€, más los intereses del art. 576 de la Lec a abonar en concepto de responsabilidad civil por los daños.

Por lo que respecta a la acusación particular ejercida por la entidad MUTUA DE PROPIETARIOS, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, en las que se adhería a los hechos y calificación jurídica del Fiscal, manteniendo su petición inicial de 4 años y 6 meses de prisión por el delito de robo y la de 14 años de prisión por el delito de incendio, más las accesorias legales y costas, incluyendo las de la acusación particular. En concepto de responsabilidad además de las cantidades que el Fiscal interesa para cada uno de los perjudicados, la MUTUA DE PROPIETARIOS reclama la suma de 19.694,84.-€.

CUARTO.-La defensa del acusado en idéntico introdujo una calificación subsidiaria a las contenidas en su escrito de defensa.

Y así, como petición principal, se remitió al escrito de conclusiones provisionales, interesando la libre absolución de su patrocinado; subsidiariamente, calificó los hechos como constitutivos de un delito de incendio con peligro para las personas, en su modalidad de menor entidad y de un delito continuado de robo, concurriendo respecto de éste último delito la atenuante de reparación del daño como muy cualificada. Y respecto del incendio también, pero en su modalidad de atenuante simple. Respecto de ambas conductas estimó concurrente "la atenuante analógica derivada de la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria", interesando se imponga a su defendido la pena de 1 año de prisión por el delito de robo y la de dos años de prisión por el delito de incendio, atendida la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias expuestas en el trámite de informe.

QUINTO.- Tras los informes orales de las partes, la defensa del acusado interesó su puesta en libertad, petición de la que se dio traslado a las acusaciones que se opusieron a la

misma, tras todo lo cual se dio la palabra al acusado, que hizo uso de su derecho, tal y como es de ver en el acta grabada del juicio oral, quedando vistos los autos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

I.- El acusado D. DANIEL RODRÍGUEZ DÍEZ DE URE, mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, privado de libertad por esta misma causa en la actualidad y desde el día 13-05-2015, sobre las 00:50 horas del pasado día 25 de noviembre de 2014, con la intención de obtener un ilícito beneficio económico y menoscabar los bienes ajenos, desde la terraza de la vivienda/apartamento núm. 902 donde vivía, sito Carretera Magalluf-Sta. Ponsa (Edificio Ap. El Toro), de la localidad de El Toro (Baleares), accedió a la terraza de la vivienda/apartamento núm. 903 del mismo edificio, propiedad de DOÑA PAULINE SPENCE, y tras romper la puerta de la terraza de dicha vivienda/apartamento, accedió a su interior, revolviendo y rebuscando en su interior, y haciendo suyos un destornillador, un taladro, un microondas, un bolso y unas gafas de sol que se encontraban en el interior de esta vivienda/apartamento, tras lo cual prendió fuego a la citada vivienda/apartamento mediante la provocación de tres focos distintos, uno en el salón y dos en una habitación.

A continuación, el procesado, con un mismo modo de actuación accedió a la vivienda/apartamento núm. 904 del mismo edificio, propiedad igualmente de DOÑA PAULINE SPENCE, y una vez en su interior, revolviendo y rebuscando, hizo suyos una figura plateada y un cargador de móvil que se encontraban en el interior de esta vivienda/apartamento, tras lo cual procedió a prender igualmente fuego a dicha vivienda/apartamento, mediante la provocación de cuatro focos distintos, dos en sendas camas de una habitación y dos en el salón.

Posteriormente, el procesado, y a través de los agujeros que hay en la pared medianera a una altura de 1, 70 metros, accedió a la terraza de la vivienda/apartamento núm. 905 del mismo edificio, propiedad de DON KEVIN MC CREANOR, tratando de romper, para acceder a su interior, el cristal de la puerta de la terraza de dicha vivienda/apartamento, no consiguiéndolo, pero dañando no obstante el cristal exterior de dicha puerta de la terraza, así

como una mesa sita en la misma, habiendo sido tasados pericialmente dichos daños en la suma de 2.716,93.-€

II.- Con posterioridad a los hechos relatados, y practicada una diligencia de entrada y registro judicialmente autorizada, fueron recuperados en la vivienda/apartamento núm. 902 en la que vivía el procesado, el taladro, el microondas, el cargador de móvil y el destornillador que había sustraído de las viviendas/apartamentos números 903 y 904 del edificio.

III.- Las llamas del incendio provocado por el procesado en la vivienda/apartamento 903, alcanzaron una altura de entre 7 y 8 metros, llegando las mismas a las terrazas de las dos plantas superiores del edificio, por lo que tuvieron que ser evacuados los moradores de las viviendas sitas en las plantas 9ª, 10ª y 11ª del edificio, y ello ante el posible riesgo para la integridad física de los mismos.

IV.- Como consecuencia de los incendios provocados por el procesado en las viviendas/apartamentos números 903 y 904 del edificio, acudieron distintos agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como Policías Locales y miembros de la Guardia Civil y diversas dotaciones de bomberos, a los que el acusado les informó, falsamente y con conocimiento de dicha falsedad, que dentro de la vivienda/apartamento núm. 903 se podía encontrar una señora de avanzada edad, provocando con ello que distintos Policías Locales y Agentes de la Guardia Civil, accedieran al interior de dicha vivienda/apartamento para intentar auxiliar a la supuesta moradora de la misma, provocándose distintas lesiones a dichos agentes como consecuencia de la inhalación de humo.

V.- En el momento de ocurrencia de los hechos provocados por el procesado, tanto la vivienda/apartamento núm. 903, como la vivienda/apartamento núm. 904, propiedad ambas de DOÑA PAULINE SPENCE, se encontraban aseguradas mediante sendas pólizas de seguro "Combinado del Hogar" números 4.073.333 y 4.073.857, suscritas con la entidad SANTA LUCIA, S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, habiendo procedido esta entidad aseguradora a abonar, y de acuerdo con las coberturas indemnizatorias pactadas en las pólizas de seguros, la cantidad total de 122.526,98 €, y por los conceptos de desescombro, tasas, impuestos,

permisos, licencias, así como daños en continente y contenido de ambas viviendas/apartamentos.

VI.- En la fecha de los hechos el edificio siniestrado también contaba con póliza de seguro, de la entidad MUTUA DE PROPIETARIOS, entidad que ha abonado a SANTA LUCIA el importe de 15.130,24 €, cantidad que corresponde proporcionalmente al interés asegurado, en concepto de concurrencia por daños en continente de la citada vivienda/apartamento. Dicha entidad ha abonado otras indemnizaciones derivadas del incendio por importe de 4564,60.-€.

VII.- La Sra. Pauline Spence ha recibido tratamiento psicológico por estos hechos, que le han afectado seriamente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con anterioridad a entrar en la valoración de la prueba practicada, se procede a la resolución de la cuestión previa planteada por la defensa del acusado en el trámite conferido al inicio de las sesiones del juicio oral al amparo de lo dispuesto en el artículo 786 del la Lecr. y que el Tribunal difirió para su resolución en sentencia, tras conceder turno de alegaciones a cada de las demás partes intervinientes; toda vez que, la decisión acerca de las mismas se hallaba necesariamente relacionada con el resultado de la prueba practicada.

La defensa ha alegado la nulidad de la diligencia de entrada y registro practicada el día 13-05-2016 en el apartamento en el que residía el acusado, por considerar que se habría producido con vulneración de su derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria proclamado en el artículo 18 de la C.E. Y, a tales efectos, denuncia la ausencia de motivación suficiente en el auto de fecha 13-05-2015 (consta al folio 130 de las actuaciones), resolución que se refiere de forma genérica a "testificales" y "atestado de la guardia civil" e incluye como indicios la impresión palmar y la huella de patada en el cristal de la puerta de acceso a uno de los apartamentos, los cuales en el momento de interesarse la diligencia todavía no se

habían identificado como propios del acusado; y sin que tampoco se mencionen, ni en el auto ni en el oficio policial que le precede, razones de urgencia que justificasen la necesidad de practicarse la diligencia, precisamente, en el momento en que se solicitó cuando habían transcurrido más de 6 meses desde los hechos.

Además, la defensa ha añadido que el oficio policial parte de un dato que es incierto, y es que el único acceso posible a las viviendas incendiadas era a través de la terraza del domicilio del acusado, cuando la prueba practicada ha evidenciado que habría otro posible acceso subiendo por la celosía del apartamento 903. A su juicio, les era exigible a los agentes incluir la mención a este dato en el oficio para que fuera valorado judicialmente.

El resultado ha sido que se ha practicado la entrada en el domicilio del acusado pese a que no constaba justificada la vinculación del mismo con los hechos, pues existía otra posible vía de entrada accesible para cualquiera; y, además, fue prematuro en la fecha en que se acordó, pues no se esperó al análisis de huellas, que se obtuvo mucho después.

En consecuencia, debe estimarse conculcado el derecho fundamental y producirse el efecto previsto en el artículo 11 de la LOPJ, que prevé la nulidad de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y que, en el caso presente, se predicaría de los efectos que fueron hallados en el domicilio del acusado

Subsidiariamente, y en el caso de una eventual condena, la defensa ha postulado la proyección de dicho defecto procesal al plano sustantivo, considerando que debe tener un reflejo a través de una atenuación analógica de la pena.

Tanto el Ministerio Fiscal como las acusaciones particulares se opusieron a la estimación de la cuestión previa apelando a los múltiples indicios que se indican en el oficio policial de solicitud de la diligencia, y a la suficiencia de la motivación del auto a la vista del Fundamento de Derecho I y II del mismo.

Expuesto cuanto antecede, que resume las alegaciones de las partes en torno a la cuestión previa planteada, la Sala no puede acoger la alegación de la defensa, a la vista del oficio policial obrante en los folios 125 y 126 de las actuaciones, el cual fue ratificado en el plenario por el agente autor del mismo (K95099Y) quien refirió a preguntas del Fiscal, que trasladó al documento la información que le facilitaron los agentes encargados personalmente de la investigación, quienes también depusieron como testigos en el acto del plenario, entre ellos el instructor Agente con Carnet nº I42206M.

En dicho oficio se enumeran con detalle suficiente los indicios que se derivan de las diligencias practicadas hasta el momento y que justificaron a criterio policial la necesidad de la medida interesada.

Concretamente: el carácter provocado del incendio en ambos apartamentos, al observar dos focos de iniciación en dos camas del apartamento 904 y claros signos en de que no se había propagado el fuego de una vivienda a otra. Fruto de la inspección ocular, se detecta que ninguna puerta ni ventana de acceso se hallan forzadas por lo que tuvo que accederse a las viviendas incendiadas por la terraza del apartamento que ocupa el acusado. Se menciona también la existencia de una huella de zapatilla, que coincide con las de los zapatos que el acusado les entrega, similitud que, según se afirma en el oficio, se aprecia a simple vista por los propios agentes; y la actitud sospechosa del ocupante del apartamento 902 desde la fecha de ocurrencia del incendio (el oficio explica que mostró un interés llamativo en ayudar el día del incendio, y que tras entregar una zapatilla para su cotejo, al día siguiente cambió de opinión y entregó otra distinta manifestando haberla lavado....) .También se apunta el conocimiento que tienen los agentes, a través de la declaración de la perjudicada, de que una figurita hallada en el apartamento 905 y que presuntamente se usó para golpear el cristal de la puerta es propiedad de la declarante, por lo que deducen los guardias que la misma persona que entró en los pisos de su propiedad (903 y 904), también accedió al nº 905, siendo en este último apartamento donde aparece la huella de la zapatilla. Finalmente, se mencionan una serie de objetos denunciados como sustraídos por la perjudicada y el dato facilitado por la misma en su declaración de que había tenido problemas con el vecino; además de otro dato sospechoso, cual es la desaparición de un destornillador que fue fotografiado por un agente en el mismo día del incendio y que, al día siguiente, había desaparecido, pese a haberse precintado las viviendas, extremo del que dieron cuenta los agentes al realizar la segunda inspección ocular .

El oficio concluye interesando se conceda mandamiento para entrar en el apartamento del acusado al objeto de hallar alguno de los efectos denunciados como sustraídos por la propietario o en su caso, cualquier objeto relacionado con los robos o incendios en los apartamentos.

Por su parte el auto de entrada y registro del Juzgado de Instrucción nº 12 de Palma (al folio 130) contiene las menciones mínimas del juicio de ponderación de los derechos afectados que debe comportar toda medida limitativa de un derecho fundamental. Menciona la Juzgadora la gravedad de los hechos investigados, su presumible calificación jurídica y la pena que pudiera corresponderle, (siendo incuestionable que concurría en el caso el requisito de gravedad de los hechos, dado que se investigaba un incendio provocado en una vivienda y robos en casa habitada.) .Y aunque sea de forma escueta, apunta la juzgadora existencia de indicios de autoría en el acusado, no solo por mención genérica a actividad probatoria practicada por los agentes solicitantes, (que ya sería suficiente dada la completitud del oficio y la admisibilidad constitucional de la motivación por remisión) sino incluyendo datos concretos procedentes de las mismas, remitiéndose a la información que obra en el atestado policial. En este punto de los indicios sobre la autoría, para la Sala es claro que siendo la terraza del acusado el acceso natural a las terrazas de las casa incendiadas, la coincidencia de la huella vista por los agentes y la declaración de la denunciante refiriendo problemas con el mismo, unido al carácter provocado del incendio y a la evidente vinculación del presunto autor con las tres viviendas afectadas derivada de la figurita hallada, eran elementos sobradamente suficientes para agotar las posibilidades de la investigación con una medida cuya objeto no era otra que hallar posibles efectos sustraídos en el domicilio del acusado.

El análisis de los indicios a valorar en el marco de una investigación policial debe hacer *ex ante*, no a posteriori. Y por ello resulta indiferente que los agentes no dispusieran del resultado de la prueba dactiloscópica sobre la huella palmar, ya que eran suficientes aquellos con lo que ya se contaba. Así, vemos que se valora en el oficio la similitud de la huella del cristal de una de las viviendas afectadas, con la de la zapatilla del acusado que, pese a no constar aún el resultado de la pericia sobre la misma, si fue apreciada personalmente por los propios agentes que las visionaron.

Por lo demás, y al hilo de la tesis defensiva sobre otros posibles accesos, lo relevante en orden a valorar la proporcionalidad de la medida injerente es que la hipótesis policial que la justifica fuera razonable; que lo era, dado que los policías pudieron comprobar el día del incendio que todos los demás accesos a las casas afectadas estaban intactos, por lo que sólo cabía agotar la investigación a través de indagar si en la casa del acusado, por ser la única

forma de acceso lógica y racional, podía encontrarse algo que lo acabara de vincular con los delitos. A lo que debe añadirse el dato de la desaparición del destornillador que venía a corroborar que alguien con facilidad de acceso a la terraza habría accedido a la misma con posterioridad al incendio puesto que en este momento las viviendas estaban precitadas. Si a ello se añaden los demás datos mencionados en el oficio, la petición policial se no se basó en meras sospechas o conjeturas, sino en una base indiciaria suficientemente sólida y la entrada y registro estaba plenamente justificada.

Por lo demás, la existencia de flagrancia no tiene por qué ser siempre necesaria como presupuesto habilitante de una medida injerente, pues lo relevante en el juicio de ponderación es que aparezca como necesaria en el transcurso de la investigación policial, en función de la marcha de la misma y de las hipótesis que se barajen, circunstancias, que, por lo previamente razonado, concurrían en el presente caso y en el momento en que se solicitó la autorización .

Así las cosas, en modo alguno puede considerare que la decisión adoptada por el Juzgado de Instrucción , tanto en sus fundamentos de fondo, a la vista de los abundantes indicios de criminalidad existentes, como en su concreta plasmación documental en el auto cuestionado, se encuentre falta de motivación, por lo que la cuestión se desestima y en consecuencia el tribunal valorará como pruebas de contenido incriminatorio los efectos hallados en el domicilio del acusado; lo que, de cualquier forma, hubiera sido posible, desde el momento en que el acusado no ha negado en su declaración plenaria que los efectos intervenidos estuvieran en su domicilio declarando sobre los mismos, respondiendo a todas las preguntas que las partes le han formulado.

Por lo que respecta a la petición subsidiaria de la defensa relativa a que se tenga como atenuante, la Sala la resolverá en el apartado correspondiente.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados en el apartado anterior se deducen del resultado de la práctica de los medios de prueba practicados en el acto del juicio oral, consistentes en las declaraciones del propio acusado, así como las testificales de los distintos miembros de la Policía Local de Calviá y de la Guardia Civil del Puesto de Palma Nova que intervinieron en algún momento de las actuaciones; y de los informes policiales de entrada y

registro y demás periciales de inspección ocular obrantes en la causa, ratificados cada uno de los informes por sus autores en el acto del juicio oral; así como de la prueba pericial médico forense prestada por la Médicas Forenses Dras. Macia y Coves en el plenario; y las periciales del Cuerpo de Bomberos y de tasación de los daños, por medio de los respectivos informes obrantes en la causa, que también han sido ratificados por sus autores en el acto del juicio.

Acreditado el incendio y robos ocurridos en la noche del día 25-11-2014 en los apartamentos 903 y 904 del Edificio El Toro, y la existencia de signos de intento de acceso a la vivienda 905, mediante prueba directa, consistente en la aludida información documental que obra en autos, relativa a las diligencias de imposible reproducción (intervención el día del siniestro de Policía Local y Guardia Civil e inspecciones oculares posteriores llevadas a cabo por especialistas de la UPOJ, así como informe elaborado por el Cuerpo de Bomberos del Consell), que fueron, todas ellas, y como más adelante se verá, ratificadas en el acto del plenario por los agentes y/o especialistas que intervinieron personalmente en las mismas; y, acreditado, igualmente en virtud de las periciales realizadas que dicho incendio fue intencionado, pues así lo explicó el Bombero del Cuerpo de Bomberos del Consell Calviá (D. Pep García) y el de Calviá nº 051; así como los agentes Z13014X (elaboró el infome obrante al folios 22 y sigs.) y el agente nº D21129T (autor de la pericial sobre sustancias acelerantes), sobre la base de la existencia de 7 focos de fuego claramente diferenciados e independientes en el interior de ambas viviendas, de forma que no se había propagado de una a otra, quedando con ello plenamente descartado el carácter fortuito del incendio, la principal cuestión controvertida acerca de la cual ha versado la prueba practicada ha sido la autoría de tales hechos.

Y al respecto, la Sala, tras valoración en conciencia de la prueba practicada en el acto del plenario con todas las garantías de oralidad, inmediación, concentración, contradicción y conforme dispone el artículo 741 de la Lecr., ha alcanzado la convicción, sin albergar duda alguna, de que el acusado es el autor de los hechos que se declaran como probados en el relato fáctico, sobre la base de los múltiples indicios traídos a la causa por las acusaciones, que consideramos todos ellos plenamente acreditados en virtud de prueba directa, practicada en el acto del juicio oral con todas garantías y de los que se infiere de forma lógica y como única posibilidad racional que fue el acusado la persona que accedió mediante escalo a las

viviendas 903 y 904 y provocó los incendios en el interior de las mismas y se llevó una serie de objetos propiedad de la dueña. E igualmente, el acusado es la persona que accedió a la terraza del apartamento 905 y rompió el cristal de la puerta, probablemente, en este caso y como ahora se razonará, con la intención de simular un robo, siendo sin embargo el principal propósito del acusado el causar los daños en la propiedad de la perjudicada.

Sobre la idoneidad de la prueba indiciaria como medio apto y válido para enervar el derecho a la presunción de inocencia que ampara a todo acusado en un procedimiento penal, puede citarse, entre otras, la reciente STS núm. 241/2015, del 17 de abril de 2015 que señala que "*Como precisa la STC 111/2008, 22 de septiembre (RTC 2008, 111) , la jurisprudencia constitucional, desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre (RTC 1985, 174) , insiste en que a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de las SSTC 169/1989, de 16 de octubre) (F. 2), «en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre , F. 4 ; 124/2001, de 4 de junio , F. 12 ; 300/2005, de 21 de noviembre , F. 3).*

El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), siendo los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la

presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento «cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada» (STC 229/2003, de 18 de diciembre (RTC 2003, 229) , F. 24).

La STS. núm. 533/2013 del 25 de junio de 2013 (RJ 2013, 6432) enumera de forma sintética, los requisitos formales y materiales de esta modalidad probatoria, que, conforme a la consolidada jurisprudencia son:

1°) Desde el punto de vista formal:

a) Que la sentencia exprese cuales son los hechos base o indicios que se consideran acreditados y que sirven de fundamento a la deducción o inferencia.

b) Que la sentencia de cuenta del razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicación que - aun cuando pueda ser *sucinta o escueta- es necesaria en el caso de la prueba indiciaria, para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.*

2°) Desde el punto de vista material los requisitos se refieren en primer lugar a los indicios, en sí mismos, y en segundo a la deducción o inferencia.

A) En cuanto a los indicios es necesario:

a) Que estén plenamente acreditados;

b) Que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa;

c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar;

d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.

B) Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (art. 1253 del Código Civil (LEG 1889, 27)). "

Aplicando lo anterior al supuesto presente, los hechos indiciarios que la Sala tiene en cuenta, además del ya mencionado carácter provocado del incendio, son los siguientes:

- La existencia de una huella palmar en la cristalera del apartamento nº 905, que una vez analizada a través de pericial lofoscópica elaborada por especialistas del Laboratorio de Criminalística de la UOPJ de Baleares, se ha determinado como propiedad del acusado. Dicha huella fue detectada en el transcurso de la inspección ocular que tuvo lugar el día siguiente al incendio (26-11-2014) y enviada para su análisis al laboratorio. Consta el referido informe a los folios 686 y siguientes, uno de cuyos autores, el agente nº G79184N, se ha ratificado en el plenario, manifestando a preguntas del Ministerio Fiscal su certeza total de que la huella pertenece al acusado, a través de la constatación de más de 12 puntos característicos. El testigo ha referido también que pudo determinarse que la impresión de la mano en el cristal quedó marcada por una fuerte presión palmar, soliendo ser de apoyo, agarre o intento de rotura, lo que unido a la ubicación de la huella, en el trozo de cristal recogido de la carpintería de aluminio de la terraza, el cual fue fracturado (según se desprende del informe de inspección ocular realizado en el apartamento 905 obrante a los folios 103 y siguientes y ratificado en el plenario por el agente I42206M) resulta plenamente compatible con el intento de apertura de la puerta.

-El hallazgo en el domicilio del acusado de varios objetos que la víctima ha identificado como de su propiedad y que se encontraban en las viviendas siniestradas. Concretamente, en el apartamento 903, un taladro Black and Decker, un microondas blanco marca Lawson, así como un destornillador color gris y rojo. Y en el apartamento 904, un cargador marca Nokia. Así se desprende de la diligencia de entrada y registro practicada, con autorización judicial el día 13-05-2015, (plenamente válida, a juicio del tribunal conforme previamente se ha razonado) y cuyo resultado consta en los folios 138 y siguientes, diligencia debidamente introducida en el plenario a través de la declaración testifical de uno de los agentes que personalmente la practicaron, el nº I42206M.

Es importante resaltar ahora que la información sobre tales objetos sustraídos de la vivienda fue facilitada por la perjudicada desde su denuncia inicial ante la Policía y cuando éstos no habían sido todavía recuperados y por ello no le habían sido exhibidos a la

perjudicada, circunstancia que a juicio de la Sala refuerza totalmente la veracidad de la misma por lo que respecta a la preexistencia de las cosas sustraídas, que justamente coinciden todas ellas (salvo un bolso y unas gafas) con los efectos hallados en el domicilio del acusado.

Así, consta en la denuncia policial de fecha 19-12-2014 (al folio 219 de las actuaciones), en la que la Sra. Spence relató que notó a faltar *un taladro marca Black and Decker o Bosch, un microondas blanco, un bolso Michael Kors, una gafas de sol Chanel, un teléfono móvil nokia y documentos de algunos aparatos eléctricos.* Y es posible que un destornillador rojo y gris. Posteriormente, en su declaración judicial, que tuvo lugar el 10-06-2015 (folio 367) y, por tanto, una vez que el acusado ya había sido detenido y hallados los objetos, la Sra. Spence ratificó la denuncia y explicó que la Guardia Civil le ha mostrado el microondas y que no tiene duda alguna de que es suyo reconociéndolo al 100 por 100 por estar un poco oxidado en la base y que se encontraba funcionando en el apartamento.

Finalmente, la víctima en su declaración plenaria, se ratificó en todo lo anterior y a preguntas del Fiscal fue explicando los factores por lo que identificó cada uno de los objetos. Y así, que el taladro era igual que el de su marido, y que también echó a faltar una caja de herramientas y que el cargador del Nokia en el apartamento 904 es igual al que le robaron junto al teléfono móvil.

Es posible que algunos de los efectos hallados puedan considerarse de difícil individualización, como el taladro, o el cargador del móvil, dado que la víctima los ha identificado sólo por la marca; no obstante, la Sala no tiene duda alguna de que son los de su propiedad, por la coincidencia de objetos que poseía el acusado con los denunciados en fecha anterior a ser identificado. Y, sobre todo, porque entre ellos, el microondas blanco la víctima lo identifica por sus particularidades. Y además, como veremos posteriormente con más detalle, el acusado ha dado distintas versiones para justificar la procedencia de tales objetos, lo que es un claro indicador de la falta de credibilidad en las explicaciones que ha ido dando.

De los hechos indiciarios valorados hasta ahora, que resultan probados en virtud de pruebas practicadas en el plenario, se desprende en buena lógica una conexión directa del acusado, justamente, con las tres viviendas en que se producen los hechos. Su huella palmar aparece en el apartamento 905 que presenta el cristal de acceso a la terraza desde el interior quebrado. Y en su propio domicilio, contiguo a la primera de las viviendas afectadas, se

encuentran varios efectos que se encontraban en el 903 y 904 y han sido expresamente reconocidos por la denunciante como de su propiedad.

- Pero es que junto a estos dos indicios de singular potencia incriminatoria, concurre el hecho de que ninguna de las viviendas afectadas (ni la 903, ni la 903 ni la 905) presentaba signos de forzamiento en la puerta de entrada principal, ni en ninguna de las ventanas que daban al rellano, alguna de ellas con un candado de seguridad que no presentaba signo alguno de manipulación y/o forzamiento, como se dejó constancia en la diligencia de inspección ocular.

Este extremo fue constatado, ya desde un inicio, por los primeros agentes de la Policía Local que acuden al lugar del incendio y que se vieron obligados a forzar las puertas de acceso a las casas, circunstancia que declaró en el acto del juicio el agente de la policía local PL P152, una de las que llegó en primer lugar; y también el Guardia civil que nº H25716A que acudió una vez ya se había accedido a las viviendas. Quedando reflejado todo ello través de las fotografías incorporadas a la primera inspección ocular, ratificada por el agente nº Z13014X y que obran en los folios 122 y siguientes.

Dichos testigos explicaron en juicio que allí se encontraba el acusado y que se mostró muy colaborador, y que les permitió el acceso a su casa, pudiendo ver la existencia de una comunicación accesible entre las terrazas de las viviendas siniestradas y la del acusado.

Y en base a esta manifestación se elabora una posterior inspección ocular (folios 89 y sigs, y 190 y sigs.) por los agentes I42206M y W87032Y, a partir de cuyo resultado, analizando datos objetivos tales como la configuración física del inmueble y los vestigios hallados, llegan a la conclusión de que la entrada a los apartamentos ha debido hacerse a través de las terrazas traseras, por ser el acceso a los apartamentos siniestrados desde la terraza del acusado el único racionalmente posible, extremos declarados por los autores de la inspección en el plenario.

Además, en la inspección ocular se detectó:

- En el suelo de este mismo apartamento 905 restos de una figura hallada que presuntamente se usó para intentar romper el cristal y ha sido reconocida por la Sra. Spence como de su propiedad. Ello se desprende de la diligencia de inspección ocular obrante a los

folios 103 y siguientes, ratificada por uno de los agentes que personalmente la llevó a cabo, el nº W42206M constando su fotografía al folio 109; así como del testimonio plenario de la Sra. Spence, que relatando, sin mostrar atisbo de duda alguno, que la compró ella misma en Santa PonÇa, estando segura de que se encontraba en el apartamento 904.

Es evidente que, este objeto, por su ubicación vincula al autor de la entrada en el apartamento 904 con el acceso al 905, lugar donde son halladas las huellas del acusado, lo que por otra parte queda claro dado que por su configuración física el único acceso al apartamento 905, cuya puerta no estaba forzada, era por la precitada terraza adyacente (del 904).

- La existencia de una impronta de calzado en el cristal del apartamento 905, de la que se obtiene una muestra para su análisis, en el día de la segunda inspección ocular (27-11-2015) obrante al folio 240; resultando que los agentes antes de finalizar la inspección se encuentran en el rellano al acusado, quien les pregunta por el motivo de su presencia allí mostrando extrañeza ante la tarea de los agentes, por lo que estos le solicitan que les muestre la suela de las zapatillas, pudiendo ver la coincidencia con la impronta del cristal, siendo trasladado el acusado al puesto de Palma Nova para reseñar la suela de su zapatilla a los efectos de posterior cotejo con la huella, lo que hace el acusado de forma voluntaria. (consta la autorización firmada al folio 222 y la fotografía de la deportiva al folio 245). Al día siguiente vuelven los guardias al edificio, encontrándose de nuevo al acusado quien les dice haber recordado que en el día de autos llevaba puestas otras zapatillas distintas, de las que hace entrega, (consta la fotografía al Folio 247), añadiendo que las había lavado y no encontrarían nada; resultando que la suela es idéntica a la de la anterior.

Todos estos extremos han sido relatados por el agente I42206M en el acto del plenario.

En relación con dicha impronta, ha comparecido el Perito de criminalística P95242P, ratificándose en su informe obrante a los folio 862 y siguientes, según el cual lo único que pudo determinarse es la coincidencia entre ambas huellas, la del cristal y las de las zapatillas, lo que, como explicó el agente, proporciona un dato indiciario relativo, en tanto falta ponderar con el número de zapatillas de este tipo, información de la que no se disponía. No obstante, lo que es claro, en lo que ahora nos ocupa, es que la información que facilita el vestigio hallado y derivado de dicha pericial, no descarta sino que es compatible con la tesis acusatoria.

- La desaparición de un destornillador color rojo y gris que el agente del puesto de Palma Nova nº H54391S que el día del incendio (25-11-2014) vio sobre una mesa de la terraza del apartamento nº 903 y del cual realizó fotografías, que remitió al correo corporativo del Agente Instructor (I42206M). Este objeto había desaparecido de la terraza a los dos días del incendio y por ello no fue visto por los agentes que acudieron a la inspección ocular el día 27-11-2014. Ello debe ponerse en relación con el dato acreditado, en virtud de los informes policiales de que las viviendas quedaron precintadas tras el siniestro, por lo que no pudo accederse por la puerta principal a coger dicho objeto, y con el hecho, derivado de la diligencia de entrada y registro, de que el destornillador apareció en casa del acusado. Finalmente, (al folio 98) consta nueva diligencia de inspección ocular que refleja la existencia de trazas instrumentales en la cristalera de acceso a la vivienda de la Sra. Spnece desde la terraza, que probablemente han sido realizadas mediante un destornillador a modo de palanca. Explicando el testigo agente autor del informe que las trazas, por color y vestigios, eran compatibles con un destornillador de estrella.

Llegados a este punto, debemos analizar la declaración que ha prestado el acusado, pues es notorio que la posesión de efectos sustraídos constituye un indicio muy relevante en delitos patrimoniales. Por supuesto, no como indicio único, y en esto es reiterada la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, pero sí que constituye un indicador muy explícito de su posible procedencia ilícita. Y, como tal, reclamaba una justificación razonable por parte del acusado de cómo han llegado a su poder tales objetos. En el mismo sentido respecto de la huella palmar en el resto de cristal de la ventana que fue fracturada, cuyo sentido incriminatorio es igualmente evidente. Si a ello unimos lo anteriormente dicho sobre la accesibilidad a las terrazas siniestradas desde la vivienda del acusado, que reside sólo en el inmueble y que, conforme a los vestigios existentes en el lugar del incendio, tuvo que ser ésta la forma de acceso a las mismas en la noche de autos, según informan los agentes, y la existencia de otros hechos indiciarios, que aunque tengan una inferior significación (como la huella de patada o el apoderamiento del destornillador) apuntan en la misma dirección hacia la autoría del acusado, es claro que la interrelación de todos ellos incrementa notoriamente su sentido incriminatorio y, consecuentemente, la necesidad de que el acusado ofreciera una explicación razonable.

denunciante ha afirmado en todo momento se encontraban en el interior de la vivienda, siendo clara la intencionalidad meramente exculpatoria que ha guiado estas explicaciones.

- En cuanto al destornillador rojo y gris que el agente fotografió y que le fue exhibido al acusado en su primera declaración, a la vista de la fotografía negó que fuera suyo, aunque afirmó que puede ser que hubiera uno igual de la empresa de su hermano. Pero tras esta primera manifestación, preguntado por cómo explica que se encontrara uno igual en su domicilio, y apuntada ya por el Ministerio Público la existencia de una huella, admite que saltó al día siguiente a la terraza del 903 pero sólo por curiosidad, cogiendo el destornillador.

Es decir, que el acusado sólo justifica la procedencia del efecto una vez se le pone de manifiesto la existencia de la huella, de la que se infiere la certeza de que ha estado en la terraza, lo que no es lógico si realmente no tenía nada que ver, siendo más compatible esta actuación con la de hacer desaparecer una herramienta, presuntamente utilizada para cometer los hechos, y que podría incriminarle.

- Sobre si accedió o no a las terrazas siniestradas, el acusado también lo negó taxativamente en su primera declaración, si bien en el transcurso de la misma, llega a admitir que entró, pero sólo al día siguiente, y sólo en el piso 903, explicando que el día anterior entraron en su casa y se encontró los cajones abiertos, interponiendo una denuncia ante la Policía Local de Calviá, de modo que sólo pretendía comprobar que el incendio no tenía nada que ver con su robo.

No obstante esta justificación, que como apuntábamos incluye hechos nuevos introducidos por el acusado, (como lo es la existencia de un robo en su casa y la denuncia formulada por el mismo, que ni están corroborados, ni se llevó a cabo esfuerzo probatorio alguno, lo que no era difícil aportando la denuncia y además era muy relevante para su defensa, como hecho de descargo, de haber sido cierto) no era cierta. Así, amén de ser poco sólida, (pues lo lógico es que de haber accedido el día de autos el acusado se lo hubiera hecho saber a los agentes) y no estar corroborada, tampoco es persistente, ya que en su declaración indagatoria prestada en fecha 14-10-2015, (al folio 758), el acusado cambia totalmente esta versión y reconoce que accedió a las 3 viviendas en la misma noche del incendio, pero que si lo hizo fue por intentar avisar a los posibles ocupantes, y huyendo del fuego, saltando primero al 903 por la pared medianera con su terraza y de ahí al 904 y, posteriormente al 905, atravesando los huecos entre medianeras.

Por tanto, sólo al término de la investigación, finalmente, admite haber accedido a las tres terrazas de autos el día del incendio, ofreciendo una explicación de las razones que le llevaron a ello que ha mantenido en el plenario, pero que, por ilógica, y sobrevenida (puesto que hemos visto que en su declaración inicial había dado otra explicación distinta) no ha convenido al Tribunal.

Y así, ha explicado que el día de autos estaba durmiendo en su casa cuando le despertó el ladrido de su perro, oyendo un ruido seco en la vivienda contigua, lo que hizo asomarse a la terraza, viendo humo y fuego en el apartamento contiguo, por lo que creyendo que podía estar la moradora decidió acceder desde su terraza para avisarla, lo que hizo atravesando una separación de metro y medio de altura, aproximadamente. Y como no obtuvo respuesta, de ahí accedió al apartamento 904, y tras ello, comoquiera que dudaba si podría volver atrás por el fuego accedió a la vivienda 905, atravesando el hueco de la medianera, y donde es posible que rompiera la ventana, pero con la única idea de avisar a su propietario, volviendo de nuevo por los huecos a su terraza saliendo al pasillo donde ya lo encontró la policía.

Junto a ello, la defensa del acusado, brillante, por cierto, ha introducido en el plenario, como tesis alternativa a la acusatoria, una posible vía de acceso a las terrazas siniestradas, consistente en el escalo por la celosía del apartamento nº 903, atravesando el techo de la vivienda, cuyo vuelo es libre y caminando sobre el mismo, desde allí saltar a la terraza del apartamento 903, tesis que conduciría a estimar que cualquier otra persona distinta al acusado hubiera podido acceder allí y causar los incendios.

Por tanto, la línea de defensa del acusado, ha consistido en que los indicios externos, objetivos y acreditados, que hemos venido enumerando encajarían de igual forma en la tesis de la acusación y en la de la defensa, pues la vía de acceso alternativa a las terrazas hace que sea igual de posible y de razonable que una tercera persona accediera a las terrazas causara los robos y el incendio, quedando explicada la presencia del acusado en las terrazas por su voluntad de ayudar a los posibles vecinos.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

No obstante, el Tribunal descarta esta tesis pues la prueba practicada evidencia que se trata de un mero revestimiento formal *a posteriori* para intentar crear una duda que a la vista de las pruebas practicadas no le ha surgido al tribunal.

Y así, en primer término, este posible acceso no consta plenamente acreditado. La defensa ha aportado unas fotografías en las que se ve la celosía (folio 768 y 769) pero no disponemos de una pericial o algún medio de prueba del que se desprenda con total certeza que era factible saltar desde el techo hasta la terraza de apartamento 903; terraza que, a la vista de la foto de la fachada principal que mira al mar que consta al folio 399 (aportada junto al informe pericial de daños) se encuentra a una altura muy elevada, en la planta novena desde el mar, existiendo un peligro de caída en pico hasta las rocas, lo que nos deja una duda considerable de la realidad de este acceso. Además, el agente I42206M que realizó la inspección ocular lo descartó al ser expresamente preguntado al efecto; y la agente número W87032Y quien también intervino en la misma diligencia explicó en el plenario que su compañero valoró tal posibilidad pero que finalmente la desecharon puesto que no detectaron que se hubiera podido pasar por allí y, además, según su parecer policial, lo ocurrido no tenía aspecto de un delito de robo.

Pero es que, en cualquier caso, el tribunal no considera que la versión del acusado sea tan razonable como la acusatoria, a la vista de las fotografías que describen los accesos entre terrazas, a través de un hueco abierto en la medianera ubicado a una altura considerable (1 metros 70). Al folio 216 consta la pared medianera entre la terraza 902 y la 903. Y al folio 252, el hueco a una altura de 1, 70 mts. entre apartamentos 904 y 905 que tuvo que atravesar varias el acusado .

No resulta lógico, pues, que si como ha relatado creía realmente que había una persona en peligro, decida acceder a través de esta vía antinatural que le haría perder un tiempo en atravesar; y, lo que es más llamativo, e ilógico que una vez accedido a las terrazas nº 903 y 904, repitiera lo mismo accediendo por la misma vía al apartamento 905, supuestamente con la intención de avisar a su propietario, de quien el testigo ANTHONY RICHARD LOVETT afirma que no residía en el apartamento en esta época del año y en el que además no había fuego, lo que el acusado podía ver perfectamente dada la configuración física de las viviendas. La propia Sra. Pauline explicó en juicio que se ve perfectamente la luz de la Sala y los signos de habitabilidad de una terraza a otras y de una vivienda a otra. Y el

acusado también lo ha admitido en alguna de las varias versiones que ha dado y también en el plenario.

Tampoco nos ha convencido la explicación dada para justificar la rotura de la cristalera de la vivienda 905, pues según dijo se sintió atrapado por el humo y lo hizo sólo para pedir ayuda versión que es poco creíble, si tenemos en cuenta que esta vivienda no está incendiada y que el propio acusado admite que pudo perfectamente volver atrás atravesando de nuevo los huecos. Pero es que, además, también ha ido variando esta versión progresivamente, diciendo primero que estuvo allí y solo llamó, luego que es posible que rompiera la puerta y pegara la patada y, finalmente admite que pudo hacer palanca con algo que encontró en el suelo. Es decir, la explicación razonable al hecho de negar su presencia en este apartamento en su primera declaración, admitiendo posteriormente haber realizado todas estas acciones, no puede ser otra que intentar exculparse justificando su presencia en el inmueble para neutralizar la significación de los indicios en su contra.

En definitiva, no es lógico el relato del acusado, ni siquiera desde la perspectiva de su propia versión, relativa a que accedió a las terrazas con posterioridad a los hechos y al constatar los signos de incendio, pues lo normal hubiera sido que saliera al rellano y llamara a las puertas y no ir pasando de terraza en terraza por accesos desacostumbrados y situados a una altura importante, para lo cual tuvo que realizar un esfuerzo que le haría perder tiempo en una situación como la que dice se encontró. Siendo también muy llamativo que no llamara a la policía, ni avisara a ningún vecino. (Los policías que acudieran al lugar han explicado que la primera llamada de alarma procedió del Hotel adyacente y de otro vecino del inmueble.) El acusado ha sostenido que intentó marcar el número de la policía pero que estaba tan nervioso que no pudo llegar a hacerlo y que su móvil se bloqueó, afirmación que resulta poco creíble. Y más si se pone en relación con las exageradas iniciativas de ayuda que mostró a la llegada de la dotación policial. (a juicio de los agentes que las recibieron)

Y en cambio, las numerosas contradicciones en que ha venido incurriendo como se desprende del análisis de las sucesivas declaraciones que ha prestado, introducidas en el plenario al hilo de las preguntas formuladas por el Ministerio Fiscal y las demás acusaciones, muestran que el acusado ha ido variando su versión en función del conocimiento que iba teniendo de los indicios descubiertos en su contra, dando explicaciones *a posteriori* sobre extremos que había relatado de otro modo antes de conocer la existencia del indicio. Y

en alguna de estas explicaciones el propio acusado ha introducido expresamente hechos de descargo sobre los que posteriormente no ha realizado intento alguno en acreditar (como el presunto robo que dijo haber sufrido el día antes del incendio) siendo después contradichos por el mismo en posteriores manifestaciones, siendo éste un comportamiento incoherente en una persona que pretende no tener nada que ver con los hechos.

Además, tampoco ha sido claro al justificar las razones de estos cambios de versión. Así, en la indagatoria explicó que creía que su primera declaración ante el instructor era un mero trámite y que haber estado en la terraza le daría problemas por lo que llegó a obsesionarse con que pudieran incriminarle diciendo cosas que no eran verdad; no obstante, ¿porqué no aclaró estos extremos el acusado durante la instrucción, una vez comprobó que ésta seguía hacia delante.? Y en cualquier caso, esta justificación dada entonces no es la que ha dado en el plenario, en el que se ha basado en que al declarar en Instrucción estaba muy nervioso y se sentía presionado y que donde ha dicho la verdad ha sido en el acto del juicio oral.

No obstante, la Sala no ve ningún signo de que haya podido ser objeto de presiones objetivas y externas. En policía se acogió a su derecho a no declarar, luego pudo disponer ya de entrevista con un letrado, declarando en el juzgado de instrucción debidamente asistido por letrado, sin que conste ningún dato objetivo o circunstancia que allí se pusiera de manifiesto reveladora de una falta de libertad de manifestación; más allá del sentir subjetivo del acusado que, precisamente, y a la vista de todo lo actuado es un indicador del ánimo exculpatorio frente a lo palmario de los indicios sobre los cuales se le pedía explicación.

Finalmente, la víctima ha declarado en el juicio que había tenido problemas con el acusado, tal y como ya había apuntado desde su denuncia inicial. Y así, ha relatado que el acusado le recriminaba que, o bien ella, o bien la persona que le cuidaba el apartamento hubieran alimentado a su perro. En su denuncia inicial obrante en autos, en la que la Sra. Spence se ratificó en el acto del plenario, afirma que cree que el acusado le ha puesto una denuncia, relatando en el plenario un episodio en el que llegó a tener que hacer entrar al acusado en su casa para que viera su maleta, y así demostrarle que acababa de llegar a la isla y por ello no era ella quien habría alimentado a su perro. Y en otra ocasión el acusado se dirigió sobre este tema a una amiga suya que habló con él en español. El acusado ha reconocido estos extremos en su declaración plenaria en la que ha admitido que había

personas que no les gustaba su perro. Y también ha manifestado en varias ocasiones la importancia que para el mismo tiene su perro.

La Sala no va a entrar en analizar si puede ser o no un móvil suficiente, pero lo cierto es que la información facilitada por la Sra. Spence, referida a la existencia de problemas vecinales con la propiedad ocupante de la viviendas siniestradas proporciona un dato adicional de corroboración tangencial de la conducta que se atribuye al acusado, si se pone en relación con los vestigios hallados por los agentes en ambos inmuebles que evidenciaban la existencia de varios focos concretos de fuego, separados de los objetos manipulados por el autor, que señalan hacía una intencionalidad más de dañar que de robar (en línea con lo apuntado por la agente nº W87032Y, siendo posible que con la rotura del cristal de la vivienda 905 el acusado pretendiera realizar un robo en un tercer apartamento para ocultar el propósito de dañar la propiedad de la Sra. Spence. En este sentido ha sido llamativa la insistencia en que el acusado, a juicio del tribunal, con intención evidentemente exculpatoria. ha hecho reiterado hincapié a su posesión de medios económicos incompatible con el ánimo de lucro inherente al robo.

De todos modos, a los efectos que ahora nos ocupan, el móvil subjetivo de una conducta humana, entendido como el fin último, interno y subjetivo que perseguía el agente, a través de realizar con conciencia y voluntad los hechos que encajan en una descripción legal, debe quedar extramuros del tipo penal, salvo que expresamente se incorpore en la redacción típica. Y, por ello, nuestro cometido ahora es valorar si las pruebas que han aportado las acusaciones al acto del plenario avalan, con la certeza exigible por el derecho a la presunción de inocencia, los hechos que presentan como fundamento de su acusación.

Y creemos que sí, pues la fuerza de convicción de la prueba indiciaria gravita en gran medida en la interrelación de los indicios, en tanto confluyan, todos ellos, en una común significación que descarte otra explicación alternativa igual de razonable.

Y en nuestro caso, la interrelación de los numerosos indicios aportados por las acusaciones, unidos a las ilógicas y sobrevenidas explicaciones que ha dado el acusado en la forma en que se ha razonado, conducen a afirmar su autoría.

A saber: el carácter provocado del incendio en ambos apartamentos, al existir dos focos de iniciación en dos camas del apartamento 904 y claros signos en las demás estancias

indicativos de que no se había propagado el fuego; ninguna puerta ni ventana de acceso se hallan forzadas, el hallazgo en poder del acusado de varios efectos sustraídos en los apartamentos 903 y 904; y de una figurita en la terraza del 905 que ha sido reconocida de su propiedad por la perjudicada titular de los apartamentos 903 y 904, de lo que se deduce que la misma persona que entró en ellas, también accedió al 905, precisamente donde se descubrió una huella palmar del acusado, compatible por su ubicación y naturaleza con el intento de presión en la cristalera, así como de otra huella de zapatilla compatible, cuando menos, con la identificada como propiedad del acusado; además del dato facilitado por la perjudicada de que había tenido problemas con el vecino y la desaparición del destornillador presuntamente usado para el forzamiento de la puerta, y que fue fotografiado por un agente en el mismo día del incendio, unido a la actitud sospechosa del ocupante del apartamento 902, llamativas para los agentes tanto en el mismo día del incendio como durante las diligencias policiales y finalmente la tipología de los hechos constitutivos del robo, que apuntaba más a una intencionalidad de dañar que de robar.

Por tanto, aunque es cierto que nadie presenció la perpetración concreta de los hechos, ni existe una prueba única que acredite directamente la autoría; sin embargo, de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral el Tribunal considera, tal y como se ha razonado, que ha existido prueba indiciaria bastante para inferir, con el grado de certeza preciso para enervar la presunción de inocencia que le ampara, que el incendio y los robos fueron cometidos por el acusado.

Es por ello, que también consideramos probadas las tesis acusatorias relativas al comportamiento del acusado a la llegada de los agentes. Todos los testigos que han depuesto al respecto en el plenario han coincidido en que el acusado les dio a entender que podía haber una señora mayor en el interior de la vivienda. Es indiferente, a tales efectos, que se lo dijera de forma más o menos taxativa, (argumento de descargo que ha sido aportado por la defensa) ya que lo que se desprende de la manifestación coincidente de todos los testigos integrantes de las dotaciones policiales que acudieron al incendio es que lo que les dijo en aquel momento el acusado les fue suficiente para adentrarse en la vivienda incendiada, actuación que, según su protocolo, no hubieran realizado de saber que no había ninguna vida humana en concreto peligro.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

TERCERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de incendio previsto y penado en el artículo 351 del código Penal, precepto que sanciona con "*la pena de prisión de diez a veinte años*" a los que "*provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas*".

El tipo objetivo de dicha infracción penal la constituye el prender fuego a una cosa de manera que la potencial propagación cree un peligro para la vida o integridad física de las personas.

Desde el punto de vista subjetivo se exige que el sujeto activo actúe con conciencia del peligro que su acción comporta para la vida y/o integridad de las personas, teniendo en cuenta la naturaleza del fuego como fuente potencial generadora de un peligro a través del riesgo de propagación.

En relación con el aludido riesgo potencial como elemento del tipo penal ha establecido la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (ST TS 1068/2009, Fundamento Jurídico Sexto) que *es irrelevante la entidad real que el fuego alcance efectivamente, pues lo esencial es el peligro potencial generado por la acción de prender fuego a la cosa u objeto de que se trate.*

Y tras ello, la citada resolución judicial, resumiendo la doctrina contenida en muchas otras que cita, establece lo siguiente. "*A este respecto, la doctrina jurisprudencial de esta Sala tiene establecido que el riesgo típico desencadenado por el fuego provocado, no es el necesario y concreto que se exige en otras figuras delictivas como ocurre con el delito de estragos del art. 346 Código Penal., sino -repítese- el potencial o abstracto, o incluso el que se encuentra a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto propio del denominado "delito de aptitud", que configura una conducta idónea para poner en peligro el bien jurídico tutelado de la seguridad colectiva y, sólo incidentalmente, la propiedad. Porque lo que requiere la norma penal es que la acción incendiaria comporte un riesgo al menos potencialmente para la vida o la integridad física de las personas, pero no que ponga en peligro real y efectivo esos valores personalísimos, bastando para integrar el tipo el riesgo de propagación que, a su vez, genera el peligro para las personas (véanse, entre otras, SS.T.S. de 14 de julio de 2.005, 1 de marzo de 2.007, 29 de mayo de 2.007 y 3 de diciembre de 2.007).*"

En consecuencia con ello, la intención del agente ha de abarcar sólo el hecho mismo de provocar el incendio, no el peligro resultante para las personas aunque sí se exige para estimar cometido el delito que dicho peligro sea conocido por áquel.

De ahí que deba calificarse el delito previsto en el artículo 351 del Código penal (siguiendo la resolución anteriormente citada) como *un ilícito de consumación anticipada, que se produce cuando se aplica el medio incendiario a la cosa que se trata de incendiar con posibilidad de propagación, siendo por ello indiferente su mayor o menor duración, consumándose por la simple causación del incendio, siempre que el sujeto activo conozca la estancia en el edificio donde se ocasiona el incendio, de personas y tuviera conciencia del riesgo para éstas (véanse SS.T.S. de 14 de julio de 2.005 y 3 de diciembre de 2.007).*

Con arreglo a la doctrina del Tribunal Supremo que acabamos de citar no ofrece duda alguna que en los hechos declarados probados, realizados por el acusado, concurren todos los elementos precisos para ser calificados como constitutivos del delito de incendio postulado por las acusaciones pública y particular.

En cuanto al elemento objetivo del delito, la Sala lo estima acreditado en virtud de la prueba indiciaria conforme se ha valorado.

En cuanto a la conciencia del peligro creado por el fuego en el interior de la vivienda y su potencial peligro para la vida o integridad de las personas, la consideramos probada en virtud de los siguientes hechos plenamente acreditados:

- La entidad del incendio provocado por el acusado que fue idóneo para llegar a calcinar el interior de los dos apartamentos, hecho que se desprende de las manifestaciones de las personas que primeramente acudieron al lugar del incendio (así los agentes de la Guardia civil, que relatan, todas ellas de forma coincidente, que las llamas alcanzaron una altura de unos 7 metros), lo que unido a la existencia de hasta siete focos entre ambas viviendas da una idea de un incendio de magnitud considerable la cual queda evidenciada a la vista de las fotografías unidas al ya aludido informe de Inspección ocular elaborado por la Guardia Civil, que reflejan el estado en que quedó el inmueble y en las que se muestra principalmente en el nº 903, pero también en la adyacente, una vivienda calcinada en sus estancias principales, habiendo desaparecido por el fuego gran parte de muebles, enseres y embellecimientos, incluso quebrando los marcos de puertas interiores de aluminio que

principiaban a deformarse por la acción del fuego. Los peritos de bomberos han destacado en su declaración plenaria la importancia de la carga de fuego que llegó a haber en los inmuebles.

En segundo lugar, la ubicación de la vivienda incendiada en un edificio de apartamentos con gran número de viviendas, separadas a escasa distancia de la respectiva pared medianera entre terrazas, proximidad que se constata en las fotografías que constan al folio 181, existiendo peligro de propagación horizontal según el bombero del Consell.

-En tercer lugar, la existencia de plantas superiores que se vieron afectadas por el humo, como se evidencia en las fotografías aportadas por la acusación (folios 176 y siguientes)

El acusado era necesariamente conocedor de estas circunstancias pues residía en el edificio desde casi hacía 1 año, aproximadamente.

Por tanto, pese a que no hubiera personas en el interior de los tres apartamentos incendiados, la situación de peligro para los posibles ocupantes de las viviendas superiores existió, dada la entidad del incendio creado por el acusado en un apartamento ubicado entre otros situados en plantas superiores a los que, consta acreditado, que llegó el humo y tuvieron que ser desalojados, de forma que si no llega a ser por la pronta intervención de los policías y bomberos podrían haber sido peores las consecuencias para la vida o integridad de sus moradores. Si a ello se añade que era de noche, circunstancia que incrementa el factor sorpresa y que el acusado no avisó a ningún vecino, se concluye que la situación de peligro potencial existió y que el acusado pese a advertirla, la consintió.

Ahora bien, en línea con lo alegado por la defensa en el juicio, la Sala estima que el riesgo, dentro de todas las posibilidades, no llegó a revestir entidad muy grave, precisamente por la constatación de que los vecinos que estaban en el edificio fueron desalojados, a lo que se añade la particular configuración arquitectónica del edificio que se describe en el informe elaborado por el Departamento de Bomberos del Consell obrante en los folios 370 y siguientes de la causa, que fue ratificado por su autor en el acto del plenario; en concreto, la ventilación muy alta en el edificio puesto que existe un pasillo de acceso a las viviendas refiriendo el operativo la ausencia de humo en los pasillos, ascensores y del resto del edificio. la comunicación de pasillos con escalera que facilitaba la evacuación, el carácter de vivienda

principalmente vacacional del edificio que, según el informe de los Bomberos presentaba una ocupación del 12% y la existencia de una discontinuidad vertical entre los bloques adyacentes, de altura 4 metros que dificultaba la propagación, elementos y factores que, si bien no lo hacían imposible, sí que dificultaban la propagación del fuego.

Por ello, pese a que el peligro para la vida e integridad de los ocupantes de las casas superiores existió por la importante carga de fuego, el humo denso y la altura de las llamas, creemos que éste fue de entidad menor, por lo que el tribunal hará uso de la facultad que el artículo 351, inciso segundo otorga a Jueces o Tribunales para imponer la pena inferior en grado a la prevista en el inciso primero del artículo citado, *atendiendo a la menor entidad del peligro o causado y demás circunstancias del hecho.*

CUARTO.- Los hechos declarados probados son también constitutivos del delito continuado de robo con fuerza en las cosas concurriendo la agravante específica de casa habitada conforme postulan el Ministerio Fiscal y las acusaciones personadas, al haberse acreditado en el presente caso todos los elementos que tipifican el mencionado delito, como son, un acto de apoderamiento de bien mueble de ajena pertenencia contra la voluntad de su dueño, el ánimo de lucro implícito en todo apoderamiento y la utilización de fuerza para acceder a la ilícita posesión de los objetos.

En efecto, la correspondencia entre los anteriores hechos probados y el tipo penal de robo con fuerza en las cosas mediante escalamiento del art. 238.1° del Código Penal, con la concurrencia de la agravación específica de casa habitada del art. 241 CP, no ofrece ninguna duda, pues está acreditado en virtud de la aludida prueba indiciaria que el acusado accedió a los apartamentos adyacentes al suyo, que constituían vivienda de los perjudicados, en los términos previstos en el citado artículo 241 llevándose varios efectos propiedad de la Sra. Spence. Y que accedió, conforme el mismo ha reconocido, por el procedimiento de escalar la pared medianera entre ambas viviendas, con una altura aproximada de 1 metro 50 cm., según ha admitido el acusado y resulta de las fotografías obrantes en los informes policiales. Y en el caso del acceso al apartamento 905, atravesando un hueco existente en la pared medianera a una altura aún superior, como se deriva de las fotografías incorporadas al informe de inspección (folio 108) en los que se observa que el referido hueco se encuentra a una altura un poco inferior al marco de la cristalera de acceso a la terraza. Y que, para acceder al mismo, tuvo que apoyarse en la barandilla como es deriva de la marca dejada en la pared de la misma.

El artículo 237 del Código Penal establece que "*son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran*", añadiendo el artículo 238 del mismo texto legal que "*son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes*: mencionando entre ellas en el apartado *1º Escalamiento,* que ha sido jurisprudencialmente definido como el acceso al lugar de custodia de los efectos por vías insólitas o desacostumbradas, acción que revela la mayor energía criminal de quien está dispuesto a vencer las barreras de protección puesta para la protección de la ajena propiedad.

Y en el presente caso, es claro que colma las exigencias del tipo penal, el hecho ya mencionado de saltar de una terraza a otra superando una barrera arquitectónica de una entidad considerable y pensada precisamente para privatizar las viviendas adyacentes. Y ello se predica con más intensidad si cabe del acceso al Apartamento 905 para el cual el acusado tuvo que atravesar agujero en la pared medianera que ha sido descrito de conformidad con los informes policiales ratificados.

Por otra parte, estimamos concurrente, la figura agravada reconocida en el 241 del C.P. que no hay que entender sólo como la residencia habitual constitutiva de domicilio como concepto legal, sino cualquiera destinada a la habitación de sus moradores y cuyos signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada al conocimiento e intromisiones de terceros y, ello, aunque sólo sea en fechas inciertas o indeterminadas, no siendo preciso que lo sea de forma permanente. Esta agravación tiene su razón de ser, no sólo en la peligrosidad de ejecutar el hecho en el domicilio de la víctima, sino también, en la mayor antijuridicidad que supone la ejecución del hecho en lo que constituye un marco de intimidad personal o familiar merecedor de una mayor protección (STS, 1181/2003 , de 6 de noviembre), siendo jurisprudencia reiterada que la agravación de casa habitada radica en la lesión a la intimidad personal o familiar y en el incremento de riesgo que supone la realización del delito de robo en una vivienda a la que pueden concurrir, en cualquier momento, sus moradores con el consiguiente riesgo a bienes jurídicos de carácter personal. (STS 28 junio 200).

En el presente supuesto, el acusado accedió al interior de los apartamentos 903 y 904 sabiendo que eran propiedad de la perjudicada Sra. Spence quien los usaba como vivienda de

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

temporada, como el mismo ha reconocido y se desprende de la relación de vecindad que ambos mantenían, estimando aplicable, por tanto, el tipo agravado previsto en el artículo 241 del Código Penal.

E igualmente, concurre dicha circunstancia respecto del intento de acceso al apartamento nº 905, en el que el acusado también ha reconocido que sabía que era vivienda del Sr. Mcreanor, revelando los indicios hallados y la concatenación de hechos en relación con los accesos a las terrazas de los apartamentos anteriores que el acusado quiso también acceder a este tercer apartamento para llevarse lo que de valor hallara, interrumpiendo su acción y no llegando a entrar en la vivienda ni llevarse nada de valor.

Ninguna de las acusaciones, ni la defensa en su calificación subsidiaria ha hecho referencia de modo individualizado a la calificación jurídica de tal hecho, entendiendo el tribunal que lo consideraron incluido en la figura de la continuidad delictiva que sí postulaban expresamente, debiendo quedar descartada su conceptuación como delito de daños, por las razón previamente expuesta.

En definitiva, siendo clara la existencia del plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión en conductas que ofenden el mismo bien jurídico (el acceso al apartamento 903, posteriormente al 904 y finalmente al 905) ello determina la aplicación de la figura de la continuidad delictiva prevista en el artículo 74 del Código Penal, postulada por las acusaciones, quedando integrada la tentativa de robo, acreditada en el apartamento 905 en el delito continuado consumado (apartamentos 903 y 904), dada la homogeneidad de conductas conforme se desprende del relato fáctico y aplicando reiterada doctrina jurisprudencial interpretativa del artículo 74 del C.P.

QUINTO.- Por lo que respecta al capítulo de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, concurre en la conducta del acusado la atenuante de reparación del daño, prevista en el artículo 21.4 del C.P. , constando acreditada en el rollo de Sala la consignación en la cuenta del Tribunal de la suma de 30.000.-€ el día 21-11-2016 y la entrega en este mismo día de tres cheques nominativos por importes de 2.716,93.-€ a nombre de D. Kevin Mcreanor, 2.700.-€ a nombre de Doña Pauline Spence, que el letrado del acusado explicó que se imputan 700.-€ para resarcir el importe de los efectos no encontrados; y la suma de 2.000.-€ destinados al daño moral reclamado por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales.

La defensa ha postulado la aplicación de la atenuante como muy cualificada respecto del delito de robo y como atenuante simple en el delito de incendio, dado que a través de las cantidades abonadas mediante cheque bancario, entiende que su defendido ha reparado totalmente el daño respecto del robo, pues dichas sumas corresponden a la totalidad de la responsabilidad civil reclamada por dicho delito.

Por lo que respecta al delito de incendio, considera la defensa que concurre la atenuante simple al haber consignado en la cuenta del juzgado la suma de 30.000.-€.

En la Sentencia de fecha 15-07-2016 se describe esta atenuante razonando que "*está fundada que razones objetivas de política criminal, para premiar las conductas que hubieran servido para reparar el daño causado a la víctima, o al menos disminuirlo, dando satisfacción a ésta, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, si no de toda la comunidad (SSTS 536/06, de 3 de mayo (RJ 2006, 3566) , 809/07, de 11 de octubre (RJ 2007, 6095) o 50/08, de 29 de enero (RJ 2008, 1720)).* Y más adelante se afirma que " *En todo caso, tiene dicho esta Sala que si la reparación total se considerara sistemáticamente como atenuante muy cualificada, se llegaría a una objetivación inadmisible y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general definida por el legislador que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que se pretende (STS 1156/2010, de 28-12 (RJ 2011, 1434)), exigiéndose por ello que concurra un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante (SSTS 50/2008, de 29-1 ; y 868/2009, de 20-7 (RJ 2009, 7001)). Y este especial incremento del significado de la reparación no puede apreciarse en el caso que analizamos, no sólo porque el supuesto abono del "petitum doloris" no puede considerarse extraordinario, en la medida en que se declara proporcional a las lesiones y secuelas resultantes, sino considerando además que su reparación no pudo demorarse más tiempo del que lo fue (pues se satisfizo en aras a la preparación del plenario) y valorando además que el pago de una cantidad dineraria no puede entrañar la plena compensación de los padecimientos que generan dos delitos de marcada intensidad como los enjuiciados y que afectan a bienes jurídicos tan personalísimos como la integridad física y la libertad deambulatoria.*"

Estos fundamentos sirvieron al tribunal para estimar concurrente en aquel caso la atenuante simple, no apreciando la mayor cualificación. Y son también los que este Tribunal estima de aplicación al presente.

Es cierto que el acusado ha abonado cantidades a cuenta de las indemnizaciones debidas pero no se aprecia en dicha conducta una voluntad reparadora con la intensidad superior a la normal que es la propia de la atenuante muy cualificada.

En apoyo de su pretensión la defensa ha invocado la Sentencia TS 26-1-2016, pero el Tribunal no ve identidad de razón con el presente caso.

En aquella resolución se partía de la decisión de la Audiencia Provincial que condenó por robo con violencia en grado de tentativa en concurso con delito de lesiones, estimando como muy cualificada la atenuante de reparación del daño al haber abonado el allí acusado la totalidad de la indemnización por las lesiones. El objeto del recurso interpuesto por su defensa era la pretensión de extender la atenuación a la totalidad del concurso y, por tanto, también al delito de robo en grado de tentativa, que, al no producir resultado, en principio y salvo que se acudiera a la reparación simbólica no podía ser merecedor de efecto atenuatorio.

En nuestro caso, ocurre que ambas conductas han producido daños, por lo que el supuesto es distinto; y estos daños han tenido lugar, principalmente, en la propiedad de la misma perjudicada, siendo la cantidad total a indemnizar a los perjudicados muy superior a las sumas consignadas por el acusado , por todo lo cual se aplicara la atenuante en su modalidad simple.

Tampoco estimamos aplicable la atenuante como analógica de dilaciones indebidas, derivada de la tardanza en realizar la diligencia de entrada y registro.

Si hemos entendido bien la alegación, la defensa se ha referido a que la Sala tenga en cuenta el periodo temporal de 6 meses desde la ocurrencia del incendio hasta que se solicita al Juzgado la preceptiva autorización, vinculado con el cuestionamiento que ha hecho la defensa de la necesidad de la medida, precisamente en el momento histórico en que fue solicitada. Y esta cuestión a nuestro entender ha quedado resuelta en el fundamento de derecho primero, dado que hemos estimado que las diligencias de investigación son procedentes cuando los agentes estimen que es necesario según la marcha de las hipótesis que

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

barajan, siendo lógico en nuestro caso, que tras la constatación de que el incendio era provocado se vayan barajando hipótesis que culminan en un momento determinado con la decisión de agotar la posibilidad (a través de la entrada y registro) de demostrar la autoría que se sospechaba del acusado, no siendo excesivo a tales efectos el plazo transcurrido de 6 meses.

SEXTO.- En cuanto a la pena concreta a imponer es de aplicación lo dispuesto en el artículo 351 (inciso segundo, que prevé la rebaja de la pena en un grado, siendo por tanto la franja a valorar la de 5 a 10 años de prisión) en relación con el artículo 66.1° del Código penal, puesto que concurre una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, atenuante.

Este último, en tanto establece que "*Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.*"

Por tanto, en nuestro caso, la franja penológica comprende de los 5 hasta los 7 años y 6 meses de prisión, y dentro de la misma, se impondrá la pena de 6 AÑOS de PRISIÓN, un poco superior a la mínima ponderando junto a la reparación del daño, que ha sido parcial, la peligrosidad criminal del acusado revelada por la arbitrariedad y desproporción en su acción y la existencia de antecedentes penales por conductas heterogéneas.

La Sala estima igualmente aplicable la pena interesada por las acusaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del Código penal, consistente en la imposición al acusado de la prohibición de acercarse a menos de 500 metros de Dña. Pauline Spence, su domicilio, lugar de trabajo, así como de comunicarse con ella por cualquier, atendidas las misma razones: la gravedad de los hechos cometidos, y la peligrosidad del acusado que se desprende de lo desproporcionado y arbitrario de su actuación, añadiendo que la misma ha generado en la víctima la afectación psicológica que consta acreditada a través de su testimonio y del informe médico aportado, prohibición que se prolongará por el plazo de 10 años.

Por lo que respecta a la pena a señalar por el delito de robo con fuerza en casa habitada, se impondrá al acusado la pena mínima legal, correspondiente al delito continuado

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

existiendo una circunstancia atenuante y no existiendo elementos que justifiquen en este caso concreto una mayor gravedad de las conductas más allá de la valorada por el propio legislador al señalar la franja penológica correspondiente al delito y a la agravante especifica.

Dicha pena, es la de 2 años de prisión dado que, si bien se ha apreciado en la conducta del acusado la existencia de continuidad delictiva, en los delitos patrimoniales es de aplicación el artículo 74 del C.P. en su párrafo segundo, que permite imponer la pena en toda su extensión en función del perjuicio total causado, que en el caso del robo dado el relativamente escaso valor de los efectos, y teniendo en cuenta, ahora sí, la reparación efectuada por el acusado, determina la imposición de la pena de 2 AÑOS de PRISIÓN.

SEXTO.- La responsabilidad penal lleva consigo la civil, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 109 y siguientes del Código penal., el Sr. DANIEL RODRIGUEZ DE URE deberá indemnizar a los perjudicados por los daños causados en el inmueble incendiado en la siguiente forma:

a) Conforme se declara en el relato de hechos probados en la fecha del siniestro las viviendas incendiadas se encontraban aseguradas en la Cia SANTA LUCIA S.A. compañía de seguros, mediante sendas pólizas de seguro "combinado del hogar" con números 4.073.333 y 4073.857, respectivamente (constan aportadas en el rollo de Sala), habiendo procedido a abonar a la propiedad de acuerdo con las coberturas indemnizatorias pactadas la cantidad total de 122.526,98.-€ por ambas viviendas, por continente y contenido, sumas que se desprende de la tasación pericial que consta en autos, en los folios 395 y siguientes. Habiendo comparecido al acto del plenario el perito Autor de informe ratificándose en que los daños fueron los siguientes:

-Vivienda 903: 7.758,92.-€ (desescombro) y 61.945,87.-€(por daños en contiente y contenido).

- Vivienda 903: 52.822,19.-€, correspondiendo la suma de 28.75,29 al pago a la entidad EUROPLUS HOGAR SL y la suma de 24.076,90.-€ por otros daños continente y contenido a abonados directamente a la perjudicada.

Por su parte, la entidad MUTUA DE PROPIETARIOS, también consta como parte perjudicada, en virtud del pago efectuado a los propietarios de inmuebles perjudicados por el

incendio, en virtud de póliza de seguro con la comunidad de propietarios, habiendo acreditado documentalmente los siguientes pagos:

-4564,60.-€ por indemnizaciones

-15.130,24.-€ que fueron abonados a la entidad aseguradora SANTA LUCIA, en virtud de concurrencia de seguros, correspondiendo dicho importe a la parte proporcional al interés asegurado por cada una de las compañías y que la entidad SANTA LUCIA admite haber recibido descontándolo, a su vez, de su propia reclamación al acusado.

La perjudicada Sra. Spence ha reconocido en el acto del plenario haber recibido estas sumas por parte de la aseguradora de los apartamentos.

Por lo que respecta a los concretos importes reclamados por la entidad SANTA LUCIA y MUTUA de PROPIETARIOS, el Tribunal estima que han sido acreditados. Así, pese a que consta en autos un informe pericial elaborado por peritos judiciales en los que se determinan cuantías inferiores, el tribunal considera que las cantidades reclamadas y que fueron abonadas a la perjudicada, han quedado cumplidamente acreditadas en virtud de los informes periciales de parte.

Así, a instancia de la compañía aseguradora Santa Lucía, han comparecido a juicio los peritos judiciales explicando que realizaron una valoración a la baja y que ello fue debido a que no pudieron ver las viviendas ni tampoco su contenido, dado que su intervención fue posterior al desescombro, afirmando expresamente que las compañías realizan las valoraciones de forma ajustada a las pólizas y a las valoraciones en ellas contenidas, siendo ello un criterio habitual.

Además, el perito de la compañía aseguradora Santa Lucía, Sr. Marc Fraile también compareció a juicio y ratificó sus informes obrantes a los folios 409 y 562 y sigs. , explicando que para llevarlos a cabo examinó físicamente las viviendas en una fecha próxima al siniestro, viendo el estado en que quedaron los elementos afectados, mobiliario deteriorado , etc... t valorando los enseres y muebles que pudo ver y los totalmente calcinados, según inventario de la póliza por su precio medio de mercado.

Por todo lo cual, se estimará en sus propios términos la pretensión resarcitoria ejercitada por las aseguradoras.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Y así, el acusado deberá indemnizar a la entidad SANTA LUCIA en la suma de 107.396,74.-€ (que equivale al total abonado a la perjudicada descontando la cantidad que le ha pagado la MUTUA.); y a la entidad MUTUA DE PROPIETARIOS en la suma de 19. 694,84.-€.

b) El acusado también produjo daños en la vivienda 905 propiedad de D. KEVIN MACREANOR, al fracturar el cristal de acceso a la terraza; daños reclamados por el mandatario verbal del propietario D. Anthony Richard Lovett, quien compareció al acto del juicio y que han sido tasados en la suma de 2.716,93.-€ (según se desprende de la factura obrante al folio 707, no impugnada); cantidad que ha sido reclamada por el Ministerio Fiscal y las acusaciones y que la Sala estimará en sus propios términos.

El acusado, por tanto, deberá indemnizar a D. KEVIN MACREANOR en la suma de 2.716,93.-€.

c) La acusación pública y las acusaciones particulares interesan una indemnización para la Sra. Spence por los conceptos de efectos sustraídos y no recuperados y daño moral.

En cuanto a lo primero, las acusaciones coinciden en fijarla en la cantidad de 700.-€ por el Bolso Michael Kors y las gafas Chanel. La Sala no tiene razones para dudar de la realidad de la descripción de los efectos, dado que, como hemos indicado, existen otros que ha descrito la Sra. Spence y fueron hallados en poder del acusado, por lo que se estimará la petición en sus propios términos no habiéndose impugnado su valoración que resulta compatible con los precios de mercado de marcas de lujo.

Por lo que respecta a la indemnización por daño moral, la perjudicada reclama la suma de 60.000.-€ argumentando que el suceso le ha dejado una situación de afectación psicológica de la que en la actualidad continúa tratándose. Ha aportado, a tales efectos un certificado del médico que la trata en su país de origen (quedó unido en el rollo de Sala), en el que se refleja la situación de ansiedad, inseguridad y depresión que le generó el suceso. La víctima ha explicado en juicio que su marido había fallecido hace unos tres años, y que en el apartamento, que ha sido lugar de vacaciones de la familia durante 40 años ardieron muchos recuerdos personales y fotografías familiares.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Por su parte, el Ministerio Público que en sede de conclusiones provisionales interesó la suma de 2.000.-€, como resultas del juicio ha incrementado su petición a la cantidad de 5.000.-€

La STS 514/2009, de 20 de mayo, recoge la doctrina jurisprudencial acerca de la determinación y alcance de los daños o perjuicios morales cuando resume que "*En materia de daños morales constituye una doctrina arraigada en esta Sala que "el denominado precio del dolor, el sufrimiento, el pesar o la amargura están ahí en la realidad sin necesidad de ser acreditados , porque lo cierto es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del relato histórico" .*

Tal doctrina nos enseña que del mismo modo que los perjuicios materiales han de probarse, los morales no necesitan, en principio, de probanza alguna cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos. En el mismo sentido tiene dicho esta Sala que los daños morales no es preciso tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas, de lo que normalmente no podrán los juzgadores contar con pruebas que faciliten la cuantificación económica para fijarla más allá de la expresión de la gravedad del hecho y las circunstancias personales de los ofendidos, así como por razones de congruencia constatar que hayan sido objeto de petición por las partes acusadoras (véase, S.T.S. 907/2000 de 29-5; 1490/2005 de 12-12).

En la presente causa, la pérdida de todos los objetos personales como consecuencia del incendio provocado en la vivienda, debe ser resarcida como daños morales.

En orden a la determinación del importe, es de tener en cuenta que el T.S. señala ya desde antiguo que "*el daño moral es siempre incuantificable por propia naturaleza*" (12-5-90. 25-2-92, 23-11- 96), y que "*la indemnización de los daños morales carecen de toda posible determinación precisa* "(3-11-93, 28-4-95), o *que el daño moral no se puede calcular sobre la base de diversos criterios predeterminados y más o menos precisos como los que corresponden a los daños materiales, en los que existen una serie de puntos de vista referidos a los gatos de reparación o de reposición, etc.., por el contrario, el daño moral solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación de dolor producido por la ofensa padecida*" (26-9-94).

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

O como ha manifestado la Sala 1ª del T.S. 10-2-06... *"en efecto, se vienen manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (entre otras SSTS 31-5-83 , 25-6-84 , 28-3-05 , 28-4-05)".*

Es en base a ello por lo que consideramos que a la propietaria y persona que habitualmente residía en la vivienda, aunque fuera por temporadas vacacionales, pero desde hace muchos años, habiendo perdido en el incendio recuerdos personales que había en la misma, que son irrecuperables, pero de alto valor afectivo, particularmente al haber fallecido su marido, debe ser indemnizada en la cantidad de 10.000 .-€.

d) Por último, el Ministerio Fiscal y las acusaciones han interesado una indemnización por las lesiones causadas a los agentes de policía que acudieron a apagar el incendio. De dichas lesiones es responsable el acusado, pues fue quien les convenció de acceder al interior del apartamento incendiado sabedor de que no había ninguna persona dentro y con la única intención de disimular su autoría, extremo que se desprende las manifestaciones plenarias de los agentes, conforme previamente se ha indicado.

Es por ello que se estimará igualmente la petición formulada, pues las lesiones por inhalación de humo constan acreditadas en virtud de los informes forenses que obran en autos, (folios 712, 713, 849, 714, 715, 750, 443, 444, 845-848) en los que se ratificó la forense que compareció al plenario.

Y así, el acusado deberá indemnizar por las referidas lesiones causadas en las siguientes cantidades: al Guardia Civil nº A20423Z, en la suma de 455.-€; al Guardia nº H54391S, en la cantidad de 500.-€; al Policía Local nº A370010 en la suma de 160.-€; al Guardia Civil X11299J, en la cantidad de 160.-€; y al Guardia Civil H25716A en la cantidad de 64.-€.

Todas las cantidades señaladas devengarán el interés legal moratorio previsto en el artículo 576 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

SEPTIMO.- Las costas se imponen por ministerio de la Ley, a los criminalmente responsables de todo delito o falta conforme al art. 123 del Código penal y entre ella, a tenor

de lo dispuesto en el artículo 239 y 240 de la Lecr. procede incluir las de las acusaciones particulares.

Vistos, los preceptos citados, y los demás que sean de pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado DANIEL RODRIGUEZ de URE como autor responsable de un delito de incendio del artículo 351 del Código Penal, en la modalidad atenuada que ha sido definida; y como autor responsable del delito continuado de robo con fuerza en casa habitada ya definido, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de reparación del daño a las siguientes penas:

- Por el delito de Incendio, a la pena de 6 AÑOS DE PRISIÓN y su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena: y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del Código penal, la de prohibición de acercarse a menos de 500 metros de Dña. Pauline Spence, su domicilio, lugar de trabajo, así como de comunicarse con ella por cualquier medio durante 10 años.

- Por el delito de robo con fuerza en casa habitada, la pena de 2 AÑOS de prisión y su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena.

En vía de responsabilidad civil el acusado deberá indemnizar a por los daños causados a las siguientes personas y en las siguientes cantidades:

-A la entidad SANTA LUCIA, en la suma de 107.396,74.-€. -A la entidad MUTUA DE PROPIETARIOS en la suma de 19694,84.-€.

- A D. KEVIN MACREANOR, en la suma de 2.716,93.-€

- A Dña. Pauline Spence, en la suma de 700.-€ por efectos sustraídos y no recuperados y en la suma de 10.000.-€ como indemnización por daño moral.

- Al Guardia Civil nº A20423Z, en la suma de 455.-€; al Guardia nº H54391S, en la cantidad de 500.-€; al Policía Local nº A370010 en la suma de 160.-€; al Guardia Civil

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

X11299J, en la cantidad de 160.-€; y al Guardia Civil H25716A en la cantidad de 64.-€.

Todas las cantidades señaladas devengarán el interés legal moratorio previsto en el artículo 576 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Se impone al acusado el pago de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.

Para el cumplimiento de la pena se tendrá en cuenta el tiempo que el acusado lleva privado de libertad por la presente causa.

Notifíquese la presente resolución las partes, previniéndoles que la misma no es firme y que contra ella podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, recurso que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de CINCO días a contar desde la notificación.

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.