

Roj: **STS 7384/2011 - ECLI:ES:TS:2011:7384**Id Cendoj: **28079120012011101149**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **31/10/2011**Nº de Recurso: **10007/2011**Nº de Resolución: **1117/2011**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **AJVM, Madrid, núm. 9, 14-03-2009,****SAP M 20315/2010,****STS 7384/2011**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Octubre de dos mil once.

En los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por las representaciones del acusado Tomás y de la Acusación Particular Celia, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27ª, que condenó al anterior acusado por delitos de lesiones, daños y maltrato habitual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por las Procuradoras Sra. Moreno de Barreda y Calvilla Rodríguez.

## I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 9 de Madrid instruyó sumario con el nº 1 de 2010 contra Tomás, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27ª, que con fecha 22 de noviembre de 2010 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: *El procesado Tomás, mayor de edad, en cuanto nacido el día 24 de julio de 1960, con D.N.I. nº NUM000 y sin antecedentes penales, ha estado casado con Celia durante 25 años aproximadamente. En el verano del año 2008 la pareja junto a sus dos hijos deciden regresar a Madrid, desde Galicia, lugar donde se habían trasladado unos años atrás. Desde el momento en que se trasladan a Madrid, comienzan a surgir desavenencias entre la pareja. Surgiendo discusiones, que en muchas ocasiones eran presenciadas por el hijo común, en el curso de las cuales el procesado se dirigía hacia su esposa en un tono despectivo e injurioso, y algunas veces con gritos diciéndola "eras una mierda, guarra, puta, eres una mantenida, no sirves para nada ...". Asimismo cuando Celia salía con sus amigas, la controlaba en todo momento con llamadas telefónicas continuas, recriminándole dichas salidas. En la madrugada del día 13 de marzo de 2009, cuando ambos se encontraban en la vía pública, en concreto en la calle Alcalá de Madrid, comenzaron una discusión, en el curso de la cual y con ánimo de menoscabar su integridad física, le propinó una bofetada en la parte derecha de la cara, a causa de lo cual Celia sufrió ligero eritema en oído derecho y otalgia, que precisaron para su curación de una primera asistencia facultativa, tardando en curar tres días no impeditivos. Por los hechos anteriores se tramitaron las diligencias urgentes de juicio rápido 63/2009, por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 9 de Madrid, dictándose con fecha 14 de marzo de 2009 auto de sobreseimiento provisional de las actuaciones. Sobre las 5:00 horas del día 10 de julio de 2009 Tomás quien se encontraba en el domicilio familiar sito en la CALLE000 número NUM001, NUM002, NUM003 de Madrid, comenzó una discusión con su esposa Celia, en el curso de la cual le propinó tortazos en el lado derecho e izquierdo de la cara y en la cabeza, llegando a tirarla al suelo, lugar en el que le dio patadas. Como consecuencia de lo cual sufrió molestias*





en el oído derecho, dolor a la palpación en la zona, dolor en zona lateral izquierda de la parrilla costal, molestias en zona lumbar, pequeña erosión en zona anterior de hombro derecho de un centímetro de longitud, contusión molesta a la palpación en cara externa del tercio superior del brazo izquierdo de tres centímetros de diámetro, erosión de un centímetro de longitud en cara dorsal de primer falange del dedo pulgar de la mano derecha, que precisaron para su curación de una primera asistencia facultativa, tardando en sanar diez días, de los cuales dos estuvo impedida para sus ocupaciones habituales. A continuación de la agresión, Celia, consiguió salir del domicilio refugiándose en un establecimiento público próximo, desde donde requirió la presencia de agentes de Policía Nacional, que acudieron al domicilio al que no pudieron acceder ante la oposición de Tomás, que colocó mobiliario detrás de la puerta para impedir el acceso. Ante las manifestaciones de Celia en el sentido que el acusado se encontraba en el domicilio junto con la madre de aquélla, Sonia, persona de edad avanzada e impedida y postrada en cama, en una de las habitaciones de la vivienda. Los agentes trataron de entrar en el domicilio, empleando las llaves facilitadas por la perjudicada, siendo imposible, dado que el procesado impidió el acceso, apilando muebles contra la puerta de la vivienda, por lo que procedieron a dar aviso al Cuerpo de Bomberos. Personados éstos en el domicilio, y observando que de la mirilla y la puerta salía humo, procedieron a derribar la puerta de la vivienda, observando la existencia de un foco de incendio en un ropero situado a la entrada de la vivienda, que rápidamente extinguieron. El procesado está privado de libertad por estos hechos desde el día 10 de julio de 2009, y en prisión provisional en virtud de auto de fecha 11 de julio de 2009.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: **FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos al procesado Tomás como autor responsable de un delito de lesiones en el ámbito familiar del art. 153.1º del Código Penal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el período de condena, un año y un día de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y un año y seis meses de prohibición de aproximación a menos de 500 metros y de comunicación a través de cualquier medio con la denunciante Celia. Como autor responsable de un delito de lesiones en el ámbito familiar del art. 153.1º y 3º del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de nueve meses y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el período de condena, dos años y un día de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y un año, nueve meses y un día de prohibición de comunicación a través de cualquier medio y de aproximación a menos de 500 metros de Celia. Como autor responsable de un delito de daños causados a través de incendio del art. 266 del Código Penal, en relación con el art. 351 del Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco del art. 23 del Código Penal a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el período de condena. Y como autor responsable de un delito de maltrato habitual del art. 173.2º.2 del Código Penal a la pena de un año, nueve meses y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el período de condena tres años y seis meses de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y dos años, nueve meses y un día de prohibición de aproximación a menos de 500 metros y de comunicación con la víctima. Por vía de responsabilidad civil, Tomás indemnizará a Celia en la suma de 750 euros por los días que tardó en curar de las lesiones sufridas y en 2.000 euros por los daños morales sufridos. Sumas a las que habrá que añadir los intereses legales previstos en el art. 576 de la L.E.C. Para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, será de abono al condenado la totalidad del tiempo que permaneció privado de libertad cautelarmente por esta causa. Esta sentencia, no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista por los arts. 854 y 855 de la L.E.C., dentro de los cinco días siguientes a su última notificación escrita.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado Tomás y por la de la Acusación Particular Celia, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado Tomás, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Vulneración del art. 24.2 de la C.E., denunciando vulneración del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas; Segundo.- Vulneración del art. 24.2 de la C.E., denunciando vulneración de la presunción de inocencia, por vulneración de precepto constitucional, al amparo de los arts. 5.4 L.O.P.J. y 852 L. E.Cr.; Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. por aplicación indebida de los arts. 263, 266 y 23 del Código Penal en lugar de los artículos 268.1 y 625.1 del Código Penal; Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. por inaplicación del art. 21.1 del C. Penal en relación con el art. 20.2 del mismo cuerpo legal.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular Celia, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. Breve extracto de su contenido: Con absoluto respeto a los hechos que se declaran probados y a la vista de los mismos se aprecia una indebida





aplicación del art. 266 del C. Penal así como una inaplicación del art. 351 del C. Penal, dado que el acusado debió ser condenado por un delito de incendio en tentativa previsto y penado en el art. 351 párrafo primero del Código Penal, art. 16 y 62 del C.P., dado el incendio provocado que puso en peligro la integridad física de una persona así como de todo un edificio, obstaculizando la entrada en la vivienda donde provocó el incendio a fin de que el mismo no fuera sofocado. Es decir, hubo una clara intención de provocar un incendio y de causar daño.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó la desestimación del recurso del acusado, estimando el recurso interpuesto por la acusación particular y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo se celebró la votación prevenida el día 25 de octubre de 2011.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Audiencia Provincial de Madrid condenó al acusado como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones en el ámbito familiar tipificado en el art. 153.1º C.P.; de otro delito del mismo tipo del art. 153.1º y 3º C.P.; de un delito de daños causados mediante incendio del art. 266 en relación con el art. 351 C.P., con la agravante de parentesco, del art. 23 C.P.; y de un delito de maltrato habitual del art. 173.2º.2 C.P.

Los Hechos Probados que constituyen el presupuesto fáctico de estos tipos penales, figuran en el apartado de "Antecedentes" de esta resolución y a ellos nos remitimos.

*RECURSO DEL ACUSADO Tomás*

**SEGUNDO.-** El primer motivo de casación denuncia la vulneración del art. 24.2 C.E. del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Alega el recurrente que la fase de instrucción del proceso se alargó de manera desproporcionada y que transcurrió "largo tiempo" entre la última diligencia probatoria realizada en fase de Diligencias Previa y la fecha en que se dictó el Auto de transformación de Procedimiento Abreviado a sumario.

El motivo debe ser desestimado.

No especifica el recurrente los períodos temporales de paralización del procedimiento que permita a esta Sala verificar la gravedad y la injustificación de las interrupciones, y, además, aquél entra en contradicción con su denuncia cuando en el motivo siguiente habla de "ininterrumpida instrucción". Por otra parte, la protesta casacional carece de base cuando el tiempo transcurrido desde que se incoó el procedimiento judicial hasta su conclusión por la sentencia impugnada fue de un año y cuatro meses, lo que pone de manifiesto que aunque en la tramitación del procedimiento y en particular en la fase de instrucción -se hubiese podido imprimir más celeridad, las posibles interrupciones del trámite no fueron especialmente significativas ni graves.

**TERCERO.-** Seguidamente se alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que consagra el art. 24.2 C.E.

Sostiene el motivo que la única prueba de cargo que fundamenta la culpabilidad del acusado es la declaración inculpativa de la testigo-víctima y pone en entredicho la credibilidad que el Tribunal de instancia otorga a aquélla, formulando determinadas alegaciones con el fin de desvirtuar la fiabilidad del testimonio de su ex esposa.

Como nos recuerda el Ministerio Fiscal invocando la jurisprudencia de esta Sala la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo ( SSTS 706/2000, 313/2002, 339/2007, 294/2008), como del Tribunal Constitucional (SS. 201/89, 173/90, 229/91). Ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia del acusado, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más, por el Tribunal sentenciador, el cual debe aplicar obviamente, en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

El testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como normalmente sucede en hecho como el enjuiciado, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios que no exigencias ( STS de 15 de abril de 2004), como son los de ausencia de incredulidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la inculpativa.

En la valoración personal que el recurrente realiza de la concurrencia de estas pautas, es donde fundamenta su impugnación casacional, olvidando, de entrada, que la ponderación y valoración de la credibilidad de quien





depone ante el Tribunal es función exclusiva de éste en virtud de la inmediatez y contradicción en que se practican esas pruebas personales, y que únicamente podrá ser revocada la resolución del Tribunal cuando la conclusión obtenida se acredite como irracional, absurda o arbitraria, lo que en el caso presente no sucede en absoluto.

En cuanto a la incredulidad subjetiva, sostiene el recurrente que la víctima incriminó a su ex marido por venganza. A lo que cabe señalar que el hecho de que la víctima de unos delitos tan repulsivos como los sancionados, donde el autor agrede, humilla, insulta, veja y denigra a su pareja rebajándola a sus propios ojos con un comportamiento reiterado que menoscaba gravemente la dignidad de la esposa no solo como tal, sino también como ser humano, a la que coloca en una posición de sumisión despótica; cabe señalar, decimos, que quien haya sufrido ese trato no guarde hacia el autor precisamente un sentimiento de gratitud o afecto, sino sentimientos de rencor, inquina, odio, resentimiento o deseo de venganza, pero en modo alguno ello no acreditará que las declaraciones de la víctima relatando sus experiencias tengan necesariamente que ser mendaces por albergar aquellas emociones. Máxime en el caso presente en que el recurrente se limita a afirmar que "ha sido constatado un ánimo de venganza" lo que habría impulsado a la denunciante, pero se guarda muy mucho de justificar esa aseveración y de explicar cuál hubiera sido la causa de ese deseo de venganza, que no se atisba por ninguna parte, que no fuera las denigrantes vivencias sufridas por parte del acusado.

**CUARTO.-** Respecto a la verosimilitud del testimonio de la víctima, afirma el motivo que no existen elementos objetivos de corroboración. La alegación es de todo punto infundada. La doctrina exige la concurrencia de tales elementos corroboradores, "siquiera sean mínimos", y en nuestro caso la sentencia los reseña y analiza en su motivación fáctica de manera extensa y pormenorizada. De los hechos del día 13 de marzo de 2009 los Informes de Urgencias del Hospital Universitario de la Princesa donde la víctima fue atendida de las lesiones que presentaba (traumatismo auditivo), propio de una fuerte bofetada; informe de sanidad obrante al folio 216 emitido al día siguiente, 14 de marzo, en el que se aprecia que Celia presentaba "ligero eritema oído derecho y otalgia". La declaración testifical del hijo de la pareja en el juicio oral, cuyo contenido inequívocamente inculpatario explicitado en la sentencia, damos aquí por reproducido.

Por lo que respecta a los hechos del 10 de julio de 2009 que se describen en el relato histórico, el Tribunal ha valorado la declaración de la víctima y los elementos corroboradores de ésta: testimonio de dos bomberos y agentes de la Policía Nacional en relación con el incendio. De los prolegómenos de la agresión física ejecutada en el domicilio familiar, se destacan los testimonios de dos amigas de la víctima que la acompañaban que relataron cómo llegó el acusado y llamó "guarra" y "puta" a su mujer. Sobre las lesiones sufridas poco después en la vivienda, los Informes de Urgencias del Hospital "Gregorio Marañón" a las 06,45 h. de ese día cuyos traumatismos se describen en la sentencia, que el Tribunal a quo estima que acredita de forma totalmente objetiva e imparcial las lesiones que presentaba Celia, cuya localización y características coinciden con la forma narrada por Celia en que fue agredida por el procesado, unido a los testimonios de los agentes policiales que acudieron la noche de autos, que observaron la situación de nerviosismo, así como las lesiones físicas que presentaba, incluida rota la camiseta y que se encontraba descalza, lo cual constituye prueba de las circunstancias en que se encontraba la misma para tener que pedir auxilio de forma rápida e inmediata.

Y, por último, la sentencia explica el fundamento de su convicción sobre los hechos constitutivos del delito de maltrato habitual, que se sustenta en las precisas declaraciones de la víctima, del hijo del matrimonio, del testimonio de dos amigas de aquélla que se detalla debidamente y, finalmente, en el Informe Pericial Psicológico de 18 de diciembre de 2009 en el que se determina que "se ha objetivado en la persona de Dña. Celia sintomatología psicopatológica, compatible con las vivencias que describe en relación a su pareja. Dña. Celia deja de manifiesto una alta percepción de riesgo de violencia por parte de su pareja, que según manifiesta atribuye a la circunstancia de ruptura definitiva de la relación de pareja y a la falta de apoyos sociales del denunciado".

En fin, y en lo que hace a la persistencia en la incriminación sin contradicciones relevantes, es de señalar que la persistencia ofrece muchas dudas sobre su eficacia como criterio de valoración de la credibilidad de la testigo-víctima, pues, como decíamos en la STS nº 294/2008, de 7 de mayo, la eficacia corroboradora de la persistencia en la incriminación es muy relativa, pues persistencia no es sinónimo de veracidad y tan persistente se pueda ser sosteniendo la verdad como una denuncia inicial que no se atenga a la realidad de lo acaecido, esto es, mintiendo.

En cualquier caso, las veces que la víctima ha declarado, no se ha desdicho de las imputaciones, ni siquiera cuando en fase de instrucción se acogió a su derecho a no declarar contra su entonces marido, pero sí lo hizo, y de forma contundente y extensa, en el Juicio Oral.

No se aprecian ni el recurrente las aduce contradicciones significativas en las manifestaciones judiciales realizadas por aquélla.





El motivo se desestima.

**QUINTO.-** Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. se alega infracción de ley por inaplicación del art. 21.1 C.P. en relación con el art. 20.2 del mismo Código.

La declaración de Hechos Probados de la sentencia, a la que, dado el motivo casacional utilizado, debe ser respetada y acatada en un todo, no contiene dato alguno sobre el que construir la circunstancia atenuante postulada, por lo que la censura casacional debe ser rechazada sin más consideraciones.

**SEXTO.-** Examinaremos ahora conjuntamente el motivo tercero del acusado y el único formulado por la acusación particular toda vez que ambos, articulados por la vía de infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr., denuncian la indebida e incorrecta subsunción de los hechos referidos al incendio en el art. 266.1 C.P. como hace el Tribunal de instancia al calificar jurídicamente los mismos como constitutivos de un **delito de daños mediante incendio**.

Por su parte, la acusación particular también combate esta calificación al considerar que los hechos serían constitutivos de un **delito de incendio del art. 351, párrafo primero C.P. , cometido en grado de tentativa**.

A reserva de lo que resulte procedente al resolver el recurso de la acusación particular, el Tribunal subsume estos concretos hechos en el art. 266 C.P. que tipifica el delito de daños mediante incendio, que es un delito de naturaleza patrimonial a tenor de su ubicación sistemática en el Código, de suerte que sea cual fuere el medio utilizado para producir los daños, deberá concurrir el requisito de que éstos superen los 400 euros, lo que en el caso presente no consta acreditado.

Pero ocurre que el recurso interpuesto por la acusación particular, que cuenta con el explícito apoyo del Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

En efecto, la sentencia excluye la aplicación del art. 351.1 C.P. sobre la base de calificar el tipo penal como delito de "**peligro concreto**" y no abstracto, y de que el incendio provocado por el procesado al prender fuego a los objetos o prendas "no generó realmente **ni peligro concreto ni abstracto** para persona alguna .....", que el citado incendio no resultó susceptible de generar **riesgo real** para las personas y que tampoco "hubo **riesgo real** de propagación del incendio".

Este criterio del Tribunal a quo viene contradicho por una abundante y consolidada doctrina de esta Sala de Casación que establece que basta para que pueda darse por cometido el delito la idoneidad de la acción para la producción del peligro que se recoge en la tipicidad, siendo irrelevante la intensidad del peligro concreto que el fuego origine, pues basta la capacidad abstracta de engendrarlo que tiene la acción realizada (véase STS de 28 de septiembre de 2.009).

Con mayor amplitud y detenimiento se pronuncia la STS de 16 de abril de 2010, de la que merecen consignarse los siguientes fragmentos: el tipo objetivo del delito de incendio del art. 351 del Código Penal consiste en prender fuego a una cosa no destinada a arder, comportando su potencial propagación la creación de un peligro o riesgo cierto para la vida o integridad física de las personas, según la descripción contenida en el delito aplicado. Desde el punto de vista subjetivo, se exige el propósito de hacer arder la cosa o lugar de que se trate y la conciencia del peligro para la vida o integridad física de las personas, teniendo en cuenta el riesgo de propagación. Y debemos tener en cuenta, como recuerda la STS 969/2004 de 29 de julio, en relación con el elemento objetivo, que es irrelevante la entidad real que el fuego pueda alcanzar, siendo lo esencial el peligro potencial, la propagación, generado por la acción de prender fuego, y desde el punto de vista subjetivo, el dolo no comprende la voluntad de causar daños personales siendo suficiente la intención del agente de provocar el incendio y la conciencia del peligro ( STS 381/2001, de 13 de marzo). La intención del agente en este delito ha de abarcar solo el hecho mismo de provocar el incendio, no el peligro resultante para las personas, aunque éste debe ser conocido por él, al menos a título de dolo eventual ( SSTS 142/97 de 5 de febrero, 2201/2001 de 6 de marzo de 2.002 y 724/2003 de 14 de mayo).

La jurisprudencia ha tratado este delito como de peligro concreto ( STS de 18 de febrero de 2003), o de naturaleza abstracta ( STS 786/2003, de 29 de mayo), y ha considerado que el peligro para la vida e integridad física de las personas desencadenado por el fuego, a que se refiere el art. 351 C.P. no es el necesario y concreto (exigido en cambio para el delito de estragos en el art. 346 C.P.), sino el potencial o abstracto ( SSTS 2201/2001, de 6 de marzo, 1263/2003 de 7 de octubre), o incluso se ha referido a él ( STS de 7 de octubre de 2.003), como a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto (delito de aptitud), pues configura un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico, que a partir del C.P. 1995, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, ya no lo es el patrimonio sino la seguridad general y solo incidentalmente la propiedad ( SSTS 1284/1998 de 3 de octubre; 1457/1999 de 2 de noviembre y 1208/2000 de 7 de julio).



En cualquier caso, lo que exige el precepto es que la acción incendiaria comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, pero no que ponga en peligro real dichos bienes personales, y menos aún que sea necesario identificar a los sujetos pasivos de la acción, bastando por ello el riesgo de propagación y como consecuencia, la existencia de peligro para la vida o integridad física de las personas. Como se argumenta en la STS 1457/1999, la consideración del delito de peligro abstracto se ha acentuado en la medida en que el inciso segundo del art. 351 prevé una atenuación de la pena cuando la entidad del peligro sea menor. Precisamente por ello se trata de un delito de consumación anticipada, pues se produce cuando se aplica el medio incendiario al objeto que se trata de incendiar con posibilidad de propagación, siendo por ello indiferente su mayor o menor duración y el daño efectivamente causado consumándose por la simple causación del incendio siempre que el agente conociera la estancia en el edificio que incendia de una o varias personas ( STS de 13 de marzo de 2000).

**SÉPTIMO.-** Por su gran similitud con el caso presente, resulta especialmente oportuno recordar la STS de 7 de octubre de 2003 en la que el recurrente alegaba la vulneración del art. 351 C.P. por el que había sido condenado, porque aducía que el incendio provocado en ningún momento puso en concreto peligro la vida o la integridad física de las personas. La acción consistió en que desde el exterior, prendió fuego con un mechero las cortinas de una ventana y siendo sofocado el fuego inmediatamente por un morador de la vivienda, "... acción que impidió que el fuego pudiera extenderse por la habitación y el resto de la casa".

En la mentada sentencia, este Tribunal Supremo dejaba bien sentado que el delito de incendio no es un delito de peligro concreto, en sentido estricto, pues **en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético o potencial**, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto.

En estas modalidades delictivas de peligro hipotético o potencial, también denominadas de peligro abstracto-concreto o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado **concreto** de peligro, **sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido**. En estos supuestos la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es **la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro**.

A esta modalidad de peligro ya se ha referido con reiteración nuestra doctrina jurisprudencial en el delito prevenido en el art. 364.2º (administración de sustancias no permitidas a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano cuando generen riesgo para la salud de las personas), SSTS 22-06-2001, núm. 1210/2001, 20-01-2001, núm. 18/2001, 15-12-2000, núm. 1973/2000, 4-10-1999, núm. 1397/1999, y también en materia de delitos contra el medio ambiente ( STS núm. 388/2003, de uno de abril). Respecto del delito de incendio se refiere al peligro *potencial* la sentencia de 6 marzo de 2002.

En este sentido ha de estimarse que el hecho de prender fuego a una cortina de una casa habitada, constituye una acción potencialmente idónea para propagarse y producir peligro para la vida e integridad física de las personas que en ella se encuentran, por lo que la acción del acusado debe subsumirse en el tipo aplicado por el Tribunal de Instancia.

Declarada la doctrina, el T.S. añadía que, no obstante y como señalan las sentencias de 26 de marzo de 1.999 y 11 de diciembre 2.000, la consumación del delito prevenido en el art. 351 del Código Penal exige que el fuego ocasionado alcance una **dimensión suficiente** para que su propagación pueda poner en peligro la vida o integridad física de las personas, por lo que ha de estimarse que **en aquellos supuestos en los que el fuego ha sido extinguido de forma inmediata, sin alcanzar una mínima dimensión, el delito debe sancionarse como mera tentativa**.

La tentativa requiere la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de su voluntad.

En el caso actual concurren estos requisitos, pues la inmediata intervención de los ocupantes de la vivienda, [en el caso presente, los bomberos] y el hecho de que el fuego se ocasionase con un simple mechero, sin utilizar líquido propagador alguno, determinaron la extinción inmediata (siendo sofocado el fuego **inmediatamente** , según la expresión literal de los hechos probados), por lo que no se llegó a propagar en absoluto por causas independientes de la voluntad del autor.

Las mismas reflexiones son aplicables al supuesto que examinamos y, en consecuencia, los hechos deben calificarse como delito de incendio del art. 351.1 C.P. en grado de tentativa, siendo aplicable a efectos penológicos el art. 62 C.P., por lo que, teniendo en cuenta la menor entidad del peligro inherente al intento, resulta procedente rebajar en dos grados la pena establecida para el tipo básico (10 a 20 años de prisión), que debe ser fijada en cuatro años de prisión.



El motivo debe ser estimado, anulada y casada la sentencia de instancia, dictándose otra por esta Sala de casación en los términos consignados respecto al delito de incendio.

### III. FALLO

**QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por infracción de ley interpuesto por la representación de la Acusación Particular **Celia**, con estimación de su único motivo; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27ª, de fecha 22 de noviembre de 2.010, en causa seguida contra el acusado **Tomás** por delitos de lesiones, daños y maltrato habitual. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso, con devolución del depósito constituido.

Asimismo, **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación del acusado **Tomás** contra indicada sentencia. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez **Diego Ramos Gancedo**

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Octubre de dos mil once.

En la causa instruida por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 9 de Madrid, con el nº 1 de 2.010, y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 27ª, por delitos de lesiones, daños y maltrato habitual contra el acusado **Tomás**, con D.N.I. nº NUM000, nacido el 24/07/1960 en Madrid, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia, y en prisión por la presente causa desde el 10 de julio de 2.009, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 22 de noviembre de 2.010, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** Procede dar por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Los consignados en la primera sentencia de esta Sala y, en lo que no se opongan a éstos, los que figuran en la resolución recurrida.

### III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos al acusado **Tomás**, como responsable en concepto de autor de un delito intentado de incendio del art. 351.1 C.P. a la pena de cuatro años de prisión y accesorias legales del art. 56.1.2º C.P.

Se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos contenidos en el "Fallo" de la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez **Diego Ramos Gancedo**

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