

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 566/2009

Nº de Resolución: 1068/2009

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO

Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x AMENAZAS x
- x INCENDIOS x
- x IGUALDAD ANTE LA LEY x
- x DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA x

Resumen:

Amenazas, incendio, falta contra el orden público y quebrantamiento de medida. Delito de amenazas: no concurre al tratarse de amenazas leves y ser el sujeto pasivo otro hombre. Elementos del delito de incendio.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil nueve

En el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **Carlos Francisco**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, que le condenó por delitos de amenazas, incendio, quebrantamiento de condena y falta contra el orden público, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Delgado Gordo.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 8 de Zaragoza instruyó sumario con el nº 1 de 2.008 contra Carlos Francisco y otro, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, que con fecha 9 de marzo de 2.009 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: **Carlos Francisco y Alvaro son mayores de edad y carecen de antecedentes penales. Ambos procesados convivían formando pareja sentimental en la vivienda sita en la C/ DIRECCION000 número NUM000, piso NUM001 de esta ciudad, siendo socios en la gestión del establecimiento de hostelería "Bar Pedro" en la Calle Doce de Octubre de esta ciudad.** A) Como consecuencia de las diferencias surgidas entre ambos, tanto con ocasión de su relación como pareja, como respecto a la explotación del negocio común, se creó una tensa situación provocada por la necesidad de repartir los bienes que pudieran tener en común y, debido a ello, sobre las 15:30 horas del día 1 de julio de 2005, en el transcurso de una discusión, Carlos Francisco, comenzó a increpar e intimidar a su pareja Alvaro, que, temeroso, se vio obligado a abandonar el local ante las siguientes expresiones que profirió Carlos Francisco: **"hijo de puta, vete de Zaragoza, si no te mato, me ha arruinado la vida, no te quiero ver en el local, si no te mato, eres un borracho y un maricón".** B) A pesar de la violenta situación creada, los acusados continuaron residiendo en el domicilio común, pero lejos, de conseguir superar sus diferencias continuaron sus disputas, lo que llevó a que el día 9 de agosto siguiente, sobre las 00:35 horas, Agentes de la Policía se vieron obligado a acudir a la vivienda de la DIRECCION000, donde ambos acusados habían tenido un enfrentamiento verbal, sin que se haya acreditado que se golpearan, amenazándose de muerte recíprocamente e insultándose. Cuando llegaron los Agentes de la Policía, el acusado Sr. Carlos Francisco había echado de la vivienda al otro acusado Sr. Alvaro, quien estaba descalzo en la calle en las inmediaciones del domicilio. Intentando los agentes mediar en la situación

y, cuando acompañaban al Sr. Alvaro al domicilio, el Sr. Carlos Francisco le gritó: "te voy a arruinar la vida". C) En el mismo contexto, ocasión y tiempo expuesto antes, el acusado Carlos Francisco se dirigió a los Agentes de la Policía con frases despreciativas, diciéndoles: "tengo un tío general, tengo mucho poder, os vais a enterar", a la vez que volvía a gritar a su compañero diciéndole: "te voy a arruinar la vida". D) A raíz de todas estas diferencias Alvaro , decidió romper la relación sentimental con Carlos Francisco y se trasladó a vivir con su nuevo compañero sentimental al piso NUM002 de la C/ DIRECCION001 nº NUM003 de esta ciudad, alquilado a su propietaria Tarsila . El acusado Carlos Francisco , no pudo aceptar esta situación y, sobre las 8:25 horas del día 16 de diciembre de 2.006, se dirigió a esta vivienda, consiguiendo acceder al interior del inmueble, mediante un engaño a una vecina, a quien expresó por el portero automático que era revisor de los contadores de agua quien le abrió el portal de la comunidad y, con ánimo de menoscabar la integridad y bienes de sus moradores, provisto de gasolina, producto acelerante de la combustión, en la palnta tercera del patio de la comunidad, prendió fuego a una guía de páginas amarillas, junto a la puerta de acceso de la vivienda donde residía su expareja, Alvaro , encontrándose en el interior de la misma éste acompañado de su nueva pareja sentimental. El compañero de Alvaro consiguió, al ver las llamas extinguirlas o apagarlas ayudado de agua y un albornoz. Como consecuencia de tales hechos, se produjo un incendio que causó daños por combustión en las puertas de la vivienda donde residía Alvaro y su nuevo compañero, en la puerta del vecino del piso DIRECCION002 y en partes comunes del zaguán o patio de los vecinos. Una vecina vio alejarse del lugar del incendio, bajando las escaleras a una persona, tapándose el rostro, con características físicas en cuanto a corpulencia y la prenda de vestir (una chaqueta 3/4 de color negro), que luego se intervino al acusado. En el lugar de los hechos se encontró una colilla de tabaco, marca "Ducados", que es el que fuma Carlos Francisco , extrayéndose al mismo con su consentimiento restos de saliva, para el cotejo del ADN, dictaminando la Policía Científica, Sección de Biología-ADN, que el perfil genético de Carlos Francisco es coincidente con el perfil genético obtenido en la colilla recogida en el domicilio sito en la C/ DIRECCION001 nº NUM003 - NUM002 . Efectuado informe pericial sobre los restos del incendio por la Comisaría General de Policía Científica, Servicio Central de Analítica, Laboratorio Químico, restos de plástico, se encontraron sustancias acelerantes de la combustión, concretamente restos de gasolina. Los vecinos tuvieron que dar rápido aviso a la policía y a los servicios médicos que prestaron asistencia a los moradores, si bien no precisaron ser trasladados a un centro médico. El resultado de todo ello fue que el piso NUM002 tuvo daños por importe de 400 #, sin que su propietaria nada tenga que reclamar por estos hechos, al haber sido resarcida por la compañía de seguros. La vivienda del mismo rellano de Juan Alberto , sufrió daños valorados en 655 euros, sin que tenga nada que reclamar por estos hechos. La vivienda de Alberto , tuvo daños por valor de 50,20 euros. La Comunidad de Propietarios de la C/ DIRECCION001 sufrió daños en sus elementos comunes, consistentes en desperfectos en antenas, pintura de escalera e instalación eléctrica. Dicha Comunidad nada reclama por estos hechos por haber sido resarcidos por la compañía de seguros. El acusado Carlos Francisco huyó del lugar sin ser detenido en aquél momento. E) Derivado de estos hechos por el Juzgado de Instrucción número cinco, el día 22 de diciembre de 2005, se dictó auto , notificado personalmente al acusado, por el que se le prohibía acercarse a menos de 1.000 metros del domicilio de Alvaro , sito en la C/ DIRECCION001 nº NUM003 - NUM002 , a su persona, lugar de trabajo, así como comunicarse con él por cualquier medio. El acusado Sr. Carlos Francisco , hizo caso omiso de esta orden y sobre las 12,40 horas del día 30 de diciembre, se dirigió a este domicilio a buscar a su antiguo compañero, llamando a la Policía, manifestando encontrarse desesperado y alegando querer suicidarse pero antes querer acabar con la vida de Alvaro , hallándose en un bar próximo al domicilio de Alvaro . Agentes de la Policía acudieron al lugar, interceptándolo cuando salía de dicho bar, provisto de un cuchillo de cocina de grandes dimensiones y una pistola de fogeo, en la confluencia de la C/ Adán con la C/ Privilegio de la Unión de Zaragoza, estando a la espera, manifestando a los agentes de la policía que "se encontraba en el lugar porque antes de quitarse la vida, quería matar a su expareja". El acusado detenido, fue ingresado en prisión, en fechas comprendidas entre el 31 de diciembre de 2005 y el 24 de enero de 2.006. Sin embargo, la víctima, interpuso nueva denuncia el día 14 de mayo de 2006, exponiendo que el día 12 de mayo, sobre las 17:00 horas, el acusado se dedicó a merodear por las inmediaciones de su lugar de trabajo, próximo a la C/ del Carmen de esta ciudad. Ambos acusados han interpuesto numerosas denuncias entre ellos, sin que conste la realidad de los hechos objeto de las mismas. Sin embargo, la víctima, interpuso nueva denuncia el día 14 de mayo de 2006, exponiendo que día 12 de mayo, sobre las 17:00 horas, el acusado se dedicó a merodear por las inmediaciones de su lugar de trabajo, próximo a la C/ del Carmen de esta ciudad. Ambos acusados han interpuesto numerosas denuncias entre ellos, sin que conste la realidad de los hechos objeto de las mismas.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Absolvemos a Carlos Francisco del delito de violencia familiar que le imputaba la acusación particular. Condenamos a Carlos Francisco , como autor responsable de un delito de Amenazas, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a tenor del art. 56 del Código Penal , privación de tenencia y porte de armas durante dos años y prohibición de aproximación a su domicilio, lugar de trabajo o que habitualmente frecuente y comunicación con Alvaro

por tiempo de dos años. Condenamos a Carlos Francisco como autor responsable de una falta contra el orden público a la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad subsidiaria del art. 53 del C.P. en caso de impago. Condenamos a Carlos Francisco, como autor responsable de un delito de amenazas, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a tenor del art. 56 del Código Penal, privación de tenencia y porte de armas durante dos años y prohibición de aproximación a su domicilio, lugar de trabajo o que habitualmente frecuente y comunicación con Alvaro por tiempo de dos años. Condenamos a Carlos Francisco, como autor responsable de un delito de incendio, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cinco años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a tenor del art. 56 del C. Penal. Condenamos a Carlos Francisco, como autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a tenor del art. 56 del Código Penal. Condenamos a Alvaro, como autor responsable de un delito de amenazas, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a tenor del art. 56 del Código Penal, privación de tenencia y porte de armas durante dos años y prohibición de aproximación al domicilio de Carlos Francisco, su lugar de trabajo o que habitualmente frecuente y comunicación con éste, por tiempo de dos años. En concepto de responsabilidad civil el acusado Carlos Francisco deberá indemnizar por los daños morales causados a Alvaro, en la cantidad de 1.000 euros. Dése el destino legal a la pistola detonadora y cuchillo ocupados a Carlos Francisco. Reclámese de la Sra. Instructora la pieza separada de responsabilidad civil de Alvaro que deberá concluir, conforme a derecho y dése cuenta. Las costas se entienden impuestas por Ministerio de la Ley, a los responsables de todo delito, debiendo imponerse a Carlos Francisco 5/7 partes de las costas procesales y a Alvaro 1/7 parte de las costas procesales, declarándose de oficio 1/7 parte de dicha costas. Para el cumplimiento de las penas principales que se le imponen abonamos a Carlos Francisco, todo el tiempo que ha estado privado de libertad por razón de esta causa.

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 **Carlos Francisco** 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.

I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Carlos Francisco**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Al amparo del nº 1 del art. 849 L.E.Cr. por aplicación indebida del art. 171.5º del Código Penal y falta de aplicación del art. 620 del mismo Cuerpo Legal; Segundo.- Al amparo del nº 1 del art. 849 de la L.E.Cr. por aplicación indebida del art. 171.5º del C. Penal y falta de aplicación del art. 620 del mismo Cuerpo Legal; Tercero.- Al amparo del nº 1 del art. 849 L.E.Cr. por aplicación indebida del art. 634 del C. Penal; Cuarto.- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 L.O.P.J., por vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24 de la C.E.; Quinto.- Al amparo del nº 2 del art. 849 de la L.E.Cr., al haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios; Sexto.- Al amparo del nº 1 del art. 849 L.E.Cr., pues dados los hechos declarados probados, se ha infringido por la sentencia recurrida, un precepto penal de carácter sustantivo que debió ser observado en la aplicación de la Ley Penal, así el art. 351 en relación con el art. 266.1º ambos del C. Penal; Séptimo.- Al amparo del nº 1 del art. 849 L.E.Cr. por falta de aplicación del art. 62 del Código Penal; Octavo.- Al amparo del nº 1 del art. 849 de la L.E.Cr. pues dados los hechos declarados probados se ha infringido por la sentencia recurrida un precepto penal de carácter sustantivo que debió ser observado en la aplicación de la Ley Penal, así el art. 21.3º circunstancia atenuante de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante; Noveno.- Al amparo del nº 1 del art. 849 L.E.Cr. por inaplicación de precepto penal que debió ser observado, así el art. 468 del Código Penal en relación con el art. 21.3 del mismo Cuerpo Legal.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó la inadmisión del mismo, impugnándolo subsidiariamente 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 27 de octubre de 2.009.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación se interpone por el acusado, Carlos Francisco, que fue condenado por la Audiencia Provincial de Sevilla como autor criminalmente responsable de dos delitos de amenazas del art. 171.4 C.P., de un delito de incendio del art. 351.1 (inciso segundo), de una falta contra el Orden Público del art. 634 C.P. y de un delito de quebrantamiento de medida del art. 468.2º C.P.

SEGUNDO.- Los dos primeros motivos que formula el recurrente denuncian infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. por incorrecta subsunción de los hechos probados en el delito de amenazas aplicado por el Tribunal sentenciador.

En ambas censuras casacionales se alega que en los dos episodios en que el acusado profirió las frases amenazantes contra su compañero sentimental, éstas, por el contexto de riña entre la pareja en que se produjeron y la exaltación anímica del sujeto activo, debe reputarse como leve y, en consecuencia, integrarse en la simple falta tipificada en el art. 620 C.P.

Sucede que la sentencia recurrida califica en ambos casos las amenazas como leves, "al haberse proferido en un clima de discusión y enfrentamiento entre Carlos Francisco y Alvaro, debiendo tenerse en cuenta también que, con posterioridad a dichos hechos éstos siguieron con la vida en común". Y explica que la expresión "vete de Zaragoza, si no te mato" está proferida en un clima de tensión y enfrentamiento entre ambos, y el acaloramiento propio de la riña, habida cuenta el contexto gramatical en que se pronunciaron, con otros epítetos que muestran el concreto momento en que se profieren. Por ello, "deben ser reputadas como amenazas leves, concluye el Tribunal sentenciador".

No obstante tal calificación, la sentencia aplica el tipo delictivo del art. 171.4º (por error, sin duda, se cita el 171.5) aduciendo por todo soporte argumental que entre amenazante y amenazado existía una relación de "pareja conviviente, siendo en aquel momento compañeros sentimentales".

Ocorre, sin embargo, que el tipo penal aplicado establece con meridiana claridad que el sujeto pasivo de la leve amenaza es la persona que sea o haya sido la esposa o **mujer** que esté o haya estado ligado al autor por una relación análoga de afectividad. No prevee la norma que la víctima pueda ser un individuo del sexo masculino. ←

En nuestro caso, la relación de pareja sentimental se establece entre dos hombres, lo que escapa a la descripción típica, sin que le esté permitido a esta Sala hacer una interpretación extensiva de la norma, en perjuicio del reo, máxime teniendo en cuenta que las diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el art. 171.4 C.P., en la redacción dada al mismo por el art. 38 de la L.O. 1/2004, de 28 de noviembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por vulnerar los arts. 9.3 y 10, 14, 24.2 y 25 C.E. (en una de las cuales se aducía precisamente como ejemplo de discriminación por omisión, el que la Ley no contemple los actos de violencia cometidos en una pareja estable homosexual, con lo que, en todo caso estarían excluidos de los arts. 153.1 y 171.4º C.P. los supuestos de parejas homosexuales masculinas), han sido todas ellas desestimadas por distintas resoluciones del Alto Tribunal y, en concreto, por las dictadas por los Plenos de éste en S.S.T.C. de 24 de julio de 2.008 y de 19 de febrero de 2.009, en la que se recalca -entre otras consideraciones- que el art. 171.4 no vulnera ninguno de los valores constitucionales que se protegen en los preceptos invocados por los proponentes, ya mencionados, señalando que el artículo del Código Penal cuestionado, que establece paladinamente como autor del hecho punible a un hombre y como víctima a una mujer se sustenta, en primer lugar, en las finalidades de la diferenciación, que, conviene recordarlo, son la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres, "que el legislador entiende como insuficientemente protegida[s] en el ámbito de las relaciones de pareja", y "la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito" (STC 59/2008, F.8). ←

El Tribunal Constitucional ha ratificado la constitucionalidad de la norma afirmando que ésta no vulnera ninguno de los principios constitucionales cuestionados, y, en particular el de igualdad proclamado por el art. 14 C.E., y reitera que la finalidad del precepto es "la protección de la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las mujeres que el legislador entiende insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, y la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad". Y, asimismo, subraya el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las agresiones del hombre hacia quien es o fue su mujer que en cualesquiera otras ..., de manera que no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural -la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello,

cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado.

En consecuencia los dos motivos deben ser estimados, casándose la sentencia de instancia y dictándose otra por esta misma Sala en la que se absuelva al acusado recurrente -y también al que no recurre según lo dispuesto en el *art. 903 L.E.Cr.* - por los delitos sancionados por aplicación del mencionado *art. 171.4 C.P.*, condenándoles a ambos por las faltas de amenazas del *art. 620.2º C.P.* imponiéndoles por cada una de ellas la pena de multa de diez días con cuota diaria de 20 euros y la responsabilidad personal en caso de impago establecida en el *art. 53 C.P.*

TERCERO.- Por la misma vía del *art. 849.1º L.E.Cr.* se alega error de derecho por aplicación indebida del *art. 634 C.P.* que sanciona como falta contra el orden público a los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes.

El Hecho Probado establece que con ocasión de acudir los Agentes de Policía al domicilio donde ambos convivían como pareja, con motivo de una disputa entre ellos, el acusado Carlos Francisco se dirigió a los Agentes de la Policía con frases despreciativas, diciéndoles: "tengo un tío general, tengo mucho poder, os vais a enterar", a la vez que volvía a gritar a su compañero diciéndole: "te voy a arruinar la vida".

La desconsideración inequívoca que suponen para los funcionarios policiales las transcritas frases, y el tono manifiestamente despectivo de las mismas a los agentes de la autoridad que se encontraban en el ejercicio de sus funciones, exime de cualquier otro comentario para considerar acertada la subsunción.

El motivo se desestima.

CUARTO.- Al amparo del *art. 5.4 L.O.P.J.*, se aduce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el *art. 24 C.E.*

En realidad, el breve desarrollo del motivo pone bien a las claras que lo que se cuestiona es la falta de prueba de cargo que acredite la participación del acusado en el incendio que se narra en el "factum", donde se determina que a raíz de todas estas diferencias Alvaro, decidió romper la relación sentimental con Carlos Francisco y se trasladó a vivir con su nuevo compañero sentimental al piso NUM002 de la C/ DIRECCION001 nº NUM003 de esta ciudad, alquilado a su propietaria Tarsila. El acusado Carlos Francisco, no pudo aceptar esta situación y, sobre las 8:25 horas del día 16 de diciembre de 2006, se dirigió a esta vivienda, consiguiendo acceder al interior del inmueble, mediante un engaño a una vecina, a quien expresó por el portero automático que era revisor de los contadores de agua quien le abrió el portal de la comunidad y, con ánimo de menoscabar la integridad y bienes de sus moradores, provisto de gasolina, producto acelerante de la combustión, en la planta tercera del patio de la comunidad, prendió fuego a una guía de páginas amarillas, junto a la puerta de acceso de la vivienda donde residía su expareja, Alvaro, encontrándose en el interior de la misma éste acompañado de su nueva pareja sentimental. El compañero de Alvaro consiguió, al ver las llamas extinguirlas o apagarlas ayudado de agua y un albornoz. Como consecuencia de tales hechos, se produjo un incendio que causó daños por combustión en las puertas de la vivienda donde residía Alvaro y su nuevo compañero, en la puerta del vecino del piso DIRECCION002 y en partes comunes del zaguán o patio de los vecinos.

El examen de la motivación fáctica de la sentencia impugnada en relación con estos hechos, revela la inconsistencia del reproche casacional. Reseña el Tribunal de instancia como elementos probatorios de convicción respecto a la autoría del incendio la declaración del Policía Nacional con número de carné profesional 23.585, quien hizo un froto bucal al entonces detenido Carlos Francisco, lo que éste autorizó en presencia de abogado, remitiéndolo a la policía científica. Expresó que no se contamina nada y que se hace con torundas asépticas, remitiéndose en caja precintada. El dictamen Pericial de la Policía Científica, que fue ratificado en el plenario, que determinó que el perfil genético o ADN extraído de la colilla de tabaco (medio cigarrillo de la marca "Ducados"), correspondía con el del acusado, siendo idénticos entre sí. El propio acusado Carlos Francisco, reconoció en el plenario que el tabaco que fuma es "Ducados". La declaración de la testigo, Adolfina, vecina del inmueble sito en la C/ DIRECCION001, quien vive en el piso de debajo de aquél en que tuvo lugar el incendio, quien expresó en el plenario, con sujeción a los principios de oralidad, contradicción e inmediatez que abrió la puerta porque una persona le dijo: "el contador de agua, ¿me abre, por favor?", siendo voz de hombre. Sin embargo, se apercibió que las circunstancias que

solían darse rutinariamente cuando venían a leer los contadores no ocurrían, notando algo raro, al ver que no se encendían las luces del rellano, nadie tocaba timbres. Manifestó que se asomó por la mirilla de la puerta y vio una deflagración, una explosión y seguidamente, bajar a un hombre corpulento, que se tapaba con un chaquetón oscuro y cazadora. Aunque en el plenario sin ser vista pudo ver al acusado, expresó que la corpulencia o estado de gordura, sí coincidía con la del acusado si bien no le pudo ver la cara al taparse con el brazo izquierdo, al bajar las escaleras. La declaración de Filomena , quien en aquellas fechas compartía domicilio con el acusado Carlos Francisco , quien ratificando sus declaraciones expresó que aquél día salió a las seis de la mañana de dicho domicilio, saliendo pronto y volviendo después, estando un día sin volver, expresando que se iba sobre las seis de la mañana en muchas ocasiones a que le diera el aire. El acusado manifestó en el juicio, en su descargo, que iba a un fisioterapeuta, mas la propia testigo, lo que también suscribe la Sala, refirió que a las 6,30 de la mañana, cuando se fue no cree que fuera a un fisioterapeuta. Tal coartada, no acreditada además, resulta absolutamente inverosímil, ya que las consultas de los fisioterapeutas no son tan matutinas. En cuanto a la prenda de vestir que llevaba refirió que llevaba un chaquetón negro. La vecina, antes citada, depuso como testigo, reconociendo que la persona que bajó las escaleras, tras el incendio, a la que vio por la mirilla de su puerta llevaba un chaquetón negro. Y el policía que detuvo a Carlos Francisco , expresó que portaba un chaquetón negro, siendo también de complexión fuerte, como lo describió Adolfinia , la vecina del piso inferior del inmueble y que vio por la mirilla al autor del incendio. La declaración del Policía Nacional con número de carné profesional NUM004 , quien expresó en el plenario que detuvieron a Carlos Francisco en el domicilio, llevando un 3/4 de piel, coincidente con el que refirió la vecina que llevaba la persona que bajó del rellano del 3º por las escaleras tras el incendio y, por eso incautaron dicha prenda, habiéndoles manifestado dicha vecina que era también de complexión fuerte, como es precisamente el acusado.

El elenco probatorio tiene el suficiente vigor y consistencia como para rechazar que el resultado valorativo del mismo pueda ser tachado de arbitrario o contrario a las reglas del pensamiento lógico, no dando pie siquiera a una conclusión alternativa que pudiera extraerse de la prueba practicada.

El motivo se desestima.

QUINTO.- Ahora por el cauce del *art. 849.2º L.E.Cr .* se afirma que la sentencia incurre en error de hecho en la apreciación de la prueba.

El motivo debe ser rechazado.

Primero, porque ninguno de los muchos documentos designados por el recurrente tienen la naturaleza de tales a efectos casacionales del precepto procesal que se invoca. Ni lo es el atestado policial, en sí, ni, mucho menos, cuando el motivo señala declaraciones integradas en el mismo o denuncias, como tampoco tienen la condición de documento los testimonios prestados en sede judicial, pues todos éstos en ningún caso constituyen pruebas documentales que son las que requiere el *art. 849.2º L.E.Cr .* para fundamentar la censura, sino pruebas de naturaleza personal valorables exclusiva y privativamente por el Tribunal sentenciador.

En segundo lugar, porque los sedicentes documentos que se reseñan en el motivo carecen palmariamente de literosuficiencia para demostrar por su solo y literal contenido y de la manera inequívoca e indubitada exigible ningún error en la narración de los Hechos Probados. Dichos documentos -que no lo son, se repite- podrían acreditar que las personas que se citan no vieron la cara al autor del incendio, o que el acusado formuló determinadas denuncias por amenazas contra su expareja sentimental, pero en modo alguno demuestran ninguna equivocación del Tribunal a quo en el contenido del relato histórico de la sentencia.

SEXTO.- De nuevo por infracción de ley del *art. 849.1º L.E.Cr .*, se alega incorrecta aplicación del *art. 351.1 C.P .*, porque "no existió riesgo para la vida o integridad de las personas". Alternativamente, en el siguiente motivo propugna la calificación de los hechos delito intentado, no consumado.

Estudiaremos ambos motivos conjuntamente.

El delito de incendio tipificado en el *art. 351 C.P .* -modificado por la *L.O. 7/2000 que incorporó el segundo párrafo-* se incluye ahora entre los delitos contra la seguridad colectiva, y desaparece de su ubicación anterior entre los delitos contra el patrimonio. Esta alteración sistemática pone de relieve que el bien jurídico protegido por la norma ya no es el patrimonio sino la seguridad colectiva en general, y sólo incidentalmente la propiedad.

El elemento objetivo consiste en la acción de prender fuego a una cosa, de manera que la potencial

propaganda del fuego origine un peligro para la vida o la integridad física de las personas, siendo 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.

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 C.P.*, 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 cuanto a la consumación del delito y a sus formas imperfectas de ejecución, debemos reiterar que se trata de 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). Es decir, el delito deberá calificarse consumado cuando el fuego se haya iniciado en condiciones que supongan en ese preciso momento un peligro para los bienes jurídicos tutelados, aún cuando la intervención de terceros impida su concreción y desarrollo efectivos. La doctrina de esta Sala es muy clara cuando establece que la tentativa sólo será posible cuando mediando un principio de ejecución no se haya iniciado el incendio o, como supuesto límite, cuando aún iniciado el fuego, lo haya sido en condiciones tales que, objetivamente valoradas, permitan su extinción de forma inmediata, conjurando así el peligro para las personas.

En el caso objeto de enjuiciamiento, según el relato histórico de los Hechos Probados, el acusado entró subrepticamente en el edificio sobre las 08,25 horas de un día de diciembre, provisto de gasolina con la que prendió fuego a una guía de páginas amarillas que aplicó a la puerta de la vivienda de su ex pareja "..... llegando las llamas a incendiar la puerta y a penetrar en la parte interior del domicilio". Es cierto que el "factum" indica que el compañero de éste al advertir las llamas consiguió apagarlas utilizando cubos de agua y un albornoz, pero que, en todo caso, el incendio afectó también a las viviendas de otros vecinos y a partes comunes del zaguán, así como a antenas e instalación eléctrica. Junto a ello, sobresale con singular importancia el hecho de que los servicios médicos avisados rápidamente por los vecinos tuvieron que prestar asistencia a los moradores del edificio, cuya integridad física no sólo estuvo en peligro hipotético, sino real, más que por las llamas, por la inhalación de los gases tóxicos del humo, con frecuencia más letal que las propias llamas que motivaron la asistencia médica in situ mencionada.

En definitiva, acreditada la concurrencia de los elementos típicos del delito y la consumación del mismo según la doctrina consignada, los motivos deben ser desestimado.

SÉPTIMO.- También por infracción de ley del *art. 849.1º L.E.Cr.*, se denuncia la inaplicación de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal del *art. 21.3ª C.P.* de arrebató, obcecación o estado pasional semejante.

No sólo el motivo carece de desarrollo, sino que la declaración de Hechos Probados no menciona dato alguno de que el acusado cometiera los hechos imputados en un estado mental de obnubilación psíquica que limitara su capacidad de discernimiento o sus facultades para obrar de otro modo.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- Por la misma vía impugnativa protesta el recurrente por la falta de aplicación de la misma atenuante respecto al delito de quebrantamiento de medida cautelar tipificada en el *art. 468.2º C.P.*

Alega el motivo que la acción constitutiva de la infracción penal "no fue un hecho consciente ni realizado en plenitud de facultades de entendimiento y voluntad, sino por un estado anímico motivado no sólo por la ruptura de la relación afectiva de más de 14 años, sino también por la crisis en su negocio

Nada de esto aparece en el "factum" de la sentencia recurrida, donde no consta dato alguno sobre la alegada alteración de las facultades cognoscitivas y volitivas del acusado al ejecutar los hechos por las causas que aduce el recurrente o por cualquiera otras.

El motivo debe ser desestimado.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de *ley*, con estimación de los motivos primero y segundo y desestimando el resto, interpuestos por la representación del acusado **Carlos Francisco** ; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, de fecha 9 de marzo de 2.009, en causa seguida contra el mismo y otro por delitos de amenazas, incendio, quebrantamiento de condena y falta contra el orden público. Se declaran de oficio 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 Carlos Granados Perez Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro **Diego Ramos Gancedo**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil nueve

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 8 de Zaragoza, con el nº 1 de 2.008 , y seguida ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Tercera, por delitos de amenazas, incendio, quebrantamiento de condena y falta contra el orden público contra los acusados Carlos Francisco , nacido en Zaragoza, con D.N.I. nº NUM005 , hijo de Gabino Andrés y de Gregoria, domiciliado en Zaragoza, C/ DIRECCION003 número NUM001 , NUM006 , de estado soltero, de profesión camarero, con instrucción, sin antecedentes penales computables en esta causa, insolvente, en prisión provisional por esta causa desde el día 31 de diciembre de 2005 al día 24 de enero de 2.006, y contra **Alvaro** , nacido en Bujaraloz (Zaragoza), el 5 de diciembre de 1969, con D.N.I. nº NUM007 , hijo de Vicente y de Pilar, domiciliado en C/ DIRECCION004 nº NUM008 , NUM009 de Zaragoza, de estado soltero, de profesión operario de empresa automovilística, con instrucción, sin antecedentes penales, de solvencia no acreditada, en libertad provisional por esta causa de la que no estuvo privado, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 9 de diciembre de 2.008 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.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

III. FALLO

Absolvemos a Carlos Francisco del delito de violencia familiar que le imputaba la acusación particular y de los delitos de amenazas del art. 171.4 que también se le imputaban. Condenamos a **Carlos Francisco** , como autor responsable de dos faltas de amenazas, ya definidas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de diez días con cuota diaria de 20 #, con la responsabilidad personal prevista en el art. 53 C.P . en caso de impago, por cada una de ellas y al acusado **Alvaro** por una falta de amenazas a la misma pena. Condenamos a **Carlos Francisco** como autor responsable de una falta contra el orden público a la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de 6 euros, con la responsabilidad subsidiaria del art. 53 del C.P . en caso de impago. Condenamos a Carlos Francisco , como autor responsable de un delito de incendio, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cinco años de prisión, con

accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a tenor del *art. 56 del C. Penal* . Condenamos a Carlos Francisco , como autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a tenor del *art. 56 del Código Penal* . Manteniéndose el resto de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida no afectados por la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo

PUBLICACIÓN .- Leidas 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.