

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 62/2008 DE 31 DE ENERO

INCENDIOS: *delito de peligro hipotético o potencial; existencia: rocía con líquido inflamable la puerta de la entrada de la vivienda en la que se encontraban su mujer y su hija prendiéndole fuego, siendo sofocado de inmediato por aquéllas. Consumación cuando el fuego se haya iniciado en condiciones que supongan desde ese momento la existencia del peligro: posibilidad de apreciar tentativa; penalidad: imposición de cuatro años de prisión sin justificación alguna, cuando el mínimo legal es de dos años y seis meses, aplicándose esta pena en casación.*

Recurso de Casación núm. 1939/2007

Ponente: Excmo Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 7 de los de Leganés (Madrid), instruyó Sumario con el número 2/2005 contra J.R., y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid que, con fecha treinta de abril de dos mil siete, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

Que el procesado D. J.R., mayor de edad, sin antecedentes penales, está casado con D^a R., habiendo tenido cinco hijos, todos ellos mayores de edad en la actualidad.

Su último domicilio familiar fue en Leganés (Madrid), estando los referidos cónyuges separados de hecho desde finales del mes de mayo, con ocasión de los desacuerdos sobre el destino de un dinero que habían obtenido por la venta de un local perteneciente a la sociedad conyugal.

Desde hace varios años, el procesado y su esposa han mantenido frecuentes discusiones por diversas cuestiones, en especial las económicas que se agravaron con la venta del local antes referido.

Así el día 26 de mayo de 2005, sobre las 20:30 horas el procesado acudió al que fuera su domicilio conyugal y reprochó a su esposa que se había quedado con el dinero del local, iniciándose una discusión entre ambos, que duró hasta las 00:30 horas aproximadamente, en el curso de la cual el procesado le dijo a D^a R. una serie de insultos y amenazas. El día 14 de junio de 2005, el procesado acudió nuevamente al domicilio familiar, diciendo a su esposa "como me hayas denunciado te corto el cuello", "como estés al medio día en la parcela no vas a llegar a la boda de tu hija porque te voy a cortar el cuello", haciendo referencia a la boda de la hija.

Sobre las 16:50 horas del día 2 de agosto de 2005, el procesado D. J.R., se dirigió al piso de Leganés, portando una garrafa con un líquido combustible y tras acceder al inmueble, subió al piso primero, roció con dicho líquido la puerta de entrada de aquella vivienda, en cuyo interior se encontraban su mujer D^a R.

y su hija D^a M., quien al ver a través de la mirilla lo que hacía su padre, le dijo "papá, que estamos aquí en casa, qué haces, que viene la policía", marchándose el procesado, que volvió de inmediato y diciendo "ahora llama a los bomberos", prendió fuego, abandonando el lugar.

El incendio pudo ser sofocado de inmediato por D^a R. y su hija D^a M., no siendo necesario avisar a los bomberos.

SEGUNDO.-

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al procesado D. J.R. como autor de un delito de incendio en grado de tentativa previsto y penado en el art. 351, inciso último y 16 Código Penal y de dos faltas de amenazas del art. 620.2 CP redacción dada por lo 15/2003, sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, por el delito a la PENA DE CUATRO AÑOS DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de acercarse a la persona de su mujer D^a R. y de su hija D^a M. y a su domicilio, a una distancia inferior a 500 metros, y de comunicar con ellas por cualquier modo por tiempo de cinco años. Y por cada una de las faltas, a la pena de [...] SE ABSUELVE al procesado del delito de violencia habitual por el que también venía acusado. [...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO: El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de incendio en grado de tentativa del artículo 351.1º inciso último y de dos faltas de amenazas. Contra la sentencia interpone recurso de casación.

En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 351, inciso último, del Código Penal, ya que debería haberse aplicado el último párrafo y castigar los hechos como un delito de daños del artículo 266. Entiende el recurrente que no existió ánimo alguno de atentar contra la integridad física de su esposa y su hija, debiendo encuadrarse la acción en el contexto de insultos y provocaciones entre los cónyuges. Niega la existencia de riesgo alguno, dado que antes ambas mujeres, previamente avisadas por el acusado, habían procedido a arrojar agua sobre el lugar que se había rociado con el líquido inflamable. No existió, pues riesgo de propagación.

1. Como se decía en la STS núm. 443/2005, de 11 de abril, **el delito de incendio del artículo 351 del Código Penal "...ha sido configurado por esta Sala como un delito de peligro abstracto, (STS núm. 1342/2000, de 18 de julio; STS núm. 1585/2001, de 12 de septiembre ; STS núm. 2201/2001, de 6 de marzo de 2002 ; STS núm. 753/2002, de 26 de abril), aunque más modernamente se ha precisado su conceptualización como delito de peligro hipotético o potencial. Como se dice en la STS núm. 1263/2003, de 7 octubre, «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». En consecuencia, el delito deberá considerarse consumado cuando el fuego se haya iniciado en condiciones que supongan ya, desde ese momento, la existencia del peligro para la vida o la integridad física de las personas, aun cuando la intervención de terceros impida su concreción y desarrollo efectivos. Entre esas condiciones deberán examinarse las relativas a las posibilidades de propagación".

Será posible apreciar el delito en grado de tentativa cuando mediando un principio de ejecución no se haya iniciado el incendio, o, como supuesto límite, cuando, aun iniciado el fuego, lo haya sido en condiciones tales que, objetivamente valoradas, permitan su extinción de forma inmediata, conjurando así el peligro que de otra forma sería capaz de generar la acción. En sentido similar la STS núm. 1263/2003, antes citada.

2. En el caso, el acusado procedió a prender fuego a la puerta de la vivienda en cuyo interior se encontraban su esposa y su hija, después de haber rociado dicha puerta y el felpudo de la entrada con un líquido inflamable del tipo de la gasolina. Debido precisamente a la presencia de dicho acelerador de la combustión, las posibilidades de propagación desde el momento del inicio del fuego son evidentes. **Asimismo es clara la existencia de un peligro para la vida o la integridad física de las personas que se encontraban en el interior de la vivienda, habida cuenta de la potencialidad de la conducta para su creación,** una vez afirmada la existencia de un evidente riesgo de propagación. **No es preciso,** como se dijo más arriba, **que exista un peligro concreto para la vida o la integridad física, bastando el hipotético o potencial.**

El hecho de que previamente al inicio del fuego las víctimas arrojaran agua sobre el lugar debilitó sin duda las posibilidades de propagación e incluso, en consecuencia, hizo menor el peligro para las moradoras de la vivienda, facilitándoles su inmediata extinción. Pero se trata de aspectos que ya han sido tenidos en cuenta por el Tribunal al aplicar el inciso segundo del párrafo primero del artículo 351, que permite la imposición de la pena inferior en un grado.

Consecuentemente, apreciándose peligro para vida o integridad física de las personas y habiéndose iniciado el fuego en condiciones de propagación, ha sido bien aplicado el artículo 351, sin perjuicio de que se hayan valorado las circunstancias de los hechos y, concretamente, el haber procedido las moradoras de la vivienda a la inmediata extinción del fuego, para aplicar el inciso segundo del párrafo primero y considerar el delito cometido en grado de tentativa.

Por todo ello, el motivo se desestima.

SEGUNDO [...]

Es claro que la conducta es grave, pues la existencia de peligro para las personas justifica una pena privativa de libertad de la extensión prevista por la ley. Sin embargo, y aunque las demás circunstancias, entre ellas la disminución del peligro por la inmediata actuación de las moradoras, incluso previa al inicio del fuego, ya han sido valoradas para aplicar el subtipo atenuado, lo cierto es que no subsiste ningún elemento que justifique una pena superior al mínimo legal, dadas las particularidades del caso.

Consecuentemente el motivo se estima, y se dictará segunda sentencia imponiendo la pena de dos años y seis meses de prisión.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de Casación por Infracción de Ley [...]

SEGUNDA SENTENCIA: El Juzgado de Instrucción número 7 de los de Leganés dictó Sentencia condenándole como autor de un delito de incendio en grado de tentativa previsto y penado en el art. 351, ° inciso último del Código Penal y de dos faltas de amenazas del art. 620.2 CP redacción dada por LO 15/2003, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por el delito a la pena de cuatro años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de acercarse a la persona de su mujer D^a R. y de su hija D^a M. y a su domicilio, a una distancia inferior a 500 metros, y de comunicar con ellas por cualquier modo por tiempo de cinco años. Y por cada una de las faltas[...]- Y absolviéndose al procesado del delito de violencia habitual por el que también venía acusado.- El procesado D. J.R. deberá indemnizar a D R. en seiscientos euros por daño moral y en el precio de reparación de los daños de la puerta de la vivienda sita en Leganés que se acrediten en ejecución de sentencia en la forma y con el límite que se establece en fundamento de derecho octavo de esta resolución. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por el acusado, y que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados proceden a dictar esta Segunda sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES.- Único.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO: Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede imponer la pena señalada al delito en su mínimo legal.

III. FALLO: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado J.R. como autor de un delito de incendio en grado de tentativa del artículo 351, párrafo primero, inciso último, a la pena de dos años y seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

[...]