

Roj: **STS 2824/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2824**Id Cendoj: **28079120012017100555**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **12/07/2017**Nº de Recurso: **129/2017**Nº de Resolución: **539/2017**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **CARLOS GRANADOS PEREZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP CR 675/2016,**
STS 2824/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 12 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 129/2017, por infracción de preceptos constitucionales e infracción de ley, interpuesto por la acusada D^a. Eloisa , representada por el Procurador D. Antonio Pascual Fernández López, bajo la dirección letrada de D^a. Isidra Galera Dorado. Han sido partes recurridas la entidad LIBERTY SEGUROS, representada por la Procuradora D^a Adela Cano Lantero y bajo la dirección letrada de D. Cipriano Arteché Gil, la entidad ALLIANZ, S.A. DE SEGUROS, representada por el Procurador D. Juan Villalón Caballero y bajo la dirección letrada de D. José Luis López Alberca, y la entidad SANTA LUCIA, S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS, representada por la Procuradora D^a. Inmaculada Ibáñez de la Cardiniere Fernández y bajo la dirección letrada de D. Julián Luque Soriano, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real , de fecha 10 de octubre de 2016 .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Valdepeñas instruyó Sumario con el número 3/2014 y una vez concluso fue elevado a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real que, con fecha 10 de octubre de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** Por unanimidad, declaramos expresamente probados los siguientes hechos:

1.- Que en la tarde del día 31 de marzo de 2012 se encontraban en el interior del domicilio familiar sito en AVENIDA000 NUM002 , NUM003 , de Valdepeñas, Eloisa , mayor de edad, nacida el NUM000 de 1954, con D.N.I. número NUM001 , y sin antecedentes penales, y, su hija, Olga , menor de edad que en dicha fecha contaba 11 años, y que a virtud de sentencia firme, estaba bajo la guarda y custodia de su madre, mentada Sra. Eloisa .

2.-En hora no determinada de la tarde/noche de dicho día 31 de marzo, pero antes de las 23.00 horas, cuando Olga se encontraba descansando en su dormitorio, Eloisa , tras cerrar por dentro la vivienda con llave, y con intención de atentar contra la vida de su hija, provocó un incendio en el interior del domicilio, y lo hizo aplicando llama directa sobre el sofá del salón y sobre la cama del dormitorio principal, estancias ambas separadas por un pasillo, en el centro de las cuales se encontraba el dormitorio donde, con el pijama puesto y en la cama, descansaba Olga . A este dormitorio se dirigió Eloisa , cerrando la puerta, como también cerró las puertas del dormitorio principal y del salón, dependencia ésta última donde había dejado su bolso, en cuyo interior guardó las llaves de la casa.



3.- Alertados los vecinos por los ruidos que generaba el incendio y la llama que salía por la ventana del dormitorio principal, llamaron a los bomberos que se personaron en el lugar accediendo al domicilio a través de una ventana que se encontraba entreabierta, y que se corresponde con la de una habitación donde estaban encerrados dos gatos, habitación ésta contigua al dormitorio en cuyo interior permanecían Eloisa y Olga .

Que los bomberos que ya se encontraban en el interior sofocando el incendio fueron advertidos por otro compañero que estaba en el exterior, de que dentro del piso había gente, al percatarse de la presencia de Eloisa , que miraba al exterior a través de la ventana; por lo que se dirigieron al dormitorio donde se encontraban sus moradoras, encontrando a Olga en la cama durmiendo, quien se sobresaltó por la presencia de los bomberos, los que procedieron a evacuarla por la ventana, al igual que después lo hicieron con Eloisa .

Que, excepto en el dormitorio de la menor, en las estancias del domicilio familiar, incluido el pasillo distribuidor, se encontraban apiladas gran cantidad de ropas, libros y revistas, así como velas encendidas, éstas a lo largo del pasillo, sobre la alfombra incluso encima de las sillas.

4.- Que el incendio se produjo en la NUM003 planta del inmueble, teniendo éste una altura de pisos por encima con cuatro viviendas, incendio que comportó riesgo para los vecinos de las plantas superiores, expuestos al calor, humo y gases de la combustión y a ser atrapados en sus viviendas.

El piso donde sucedieron los hechos es propiedad de D^a. Gregoria , que tenía concertada una póliza de seguro con la entidad aseguradora Allianz, S.A. de Seguros, que la ha indemniza de en la suma de 10.554,93 ?.

Que dicho piso, y a resultas del incendio, ha sufrido daños cuya reparación ha sido valorada en la cantidad de 48.762,23 ?.

Que sobre el referido inmueble su propietaria el 28 de junio de 2008 había celebrado un contrato de arrendamiento con Eloisa , con efecto desde el uno de julio de 2008, por tiempo de un año prorrogable hasta un máximo de cinco años, pactándose una renta mensual de 400 ? al mes.

Que el piso no ha sido reparado.

Que la propietaria del inmueble Sra. Gregoria ha sido indemnizada en la suma de 13.283,37 ?, abonados por la aseguradora Liberty Seguros, entidad con la que la Comunidad de Propietarios AVENIDA000 , NUM002 , tenía contratada una póliza de seguro.

Que la citada aseguradora Liberty, y por los daños sufridos a consecuencia del incendio, ha abonado las siguientes sumas: 1.679 ? a la Comunidad de Propietarios; y a los vecinos del inmueble: 806 ? a D^a. Tatiana ; 564,46 ? a D. Leonardo , y, 789,70 ? a D^a. Azucena . Razón por la que dicha entidad reclama la cantidad de 17.121,16 ?.

A la fecha de los hechos Eloisa tenía suscrito con la entidad Santa Lucía, S.A. Compañía de Seguros, un contrato nominado combinado del hogar; entidad que no ha abonado cantidad alguna a consecuencia del siniestro.

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Eloisa como responsable en concepto de autora de un DELITO DE INCENDIO del art. 351 C.P . en concurso ideal con un DELITO DE ASESINATO EN GRADO DE TENTAVIA, del art. 139.1 C.P ., con la concurrencia de la agravante de parentesco, a la pena de DIECIOCHO AÑOS DE PRISIÓN; con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y pago de las costas de este procedimiento, incluidas las de las acusaciones particulares. Así como a que indemnice a: D^a. Gregoria en la cantidad de CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO EUROS CON NOVENTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO (55.268,93 ?); y, a la entidad LIBERTY SEGUROS, en la suma de DIECISIETE MIL CIENTO VEINTIUN EUROS CON DIECISEIS CÉNTIMOS DE EURO (17.121,16) ?. Se declara la responsabilidad civil directa y solidaria de ALLIANZ S.A. DE SEGUROS y de SANTA LUCIA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, respecto a la indemnización a abonar a la entidad Liberty, y, exclusivamente la responsabilidad de Santa Lucía, respecto a la indemnización a abonar a la Sra. Gregoria .

Las cantidades fijadas como indemnización en la presente sentencia devengarán los intereses previstos en el art. 576 LEC , excepto para la aseguradora Santa Lucía, a la que se imponen los intereses del art. 20 LCS , desde la fecha del siniestro, en los términos recogidos en el fundamento sexto de esta resolución.

Y para el cumplimiento de la pena le será de abono a la acusada el período de prisión preventiva sufrida por el mismo por la presente causa".

Con fecha 10 de noviembre de 2017, la Audiencia de Ciudad Real dictó auto de aclaración de la citada sentencia y cuya parte dispositiva dice: "LA SALA ACUERDA: Desestimando la aclaración interesada por la representación procesal de ALLIANZ, S.A. DE SEGUROS, y estimando la solicitada por el Ministerio Fiscal, de a sentencia



dictada con fecha 10 de octubre de 2.016 , en el presente rollo de Sala, ha lugar a subsanar el error material contenido en el fallo de la sentencia, en el sentido de que donde dice "inhabilitación especial", DEBE DECIR: "inhabilitación absoluta. Manteniendo y confirmando el resto de la resolución, cuya parte dispositiva queda del siguiente tenor:

"Que debemos condenar y condenamos a Eloisa como responsable en concepto de autora de un DELITO DE INCENDIO del art. 351 C.P . en concurso ideal con un DELITO DE ASESINATO EN GRADO DE TENTATIVA, del art. 139.1 C.P , con la concurrencia de la agravante de parentesco, a la pena de DIECIOCHO AÑOS DE PRISIÓN; con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y pago de las costas de este procedimiento, incluidas las de las acusaciones particulares. Así como a que indemnice a: D^a. Gregoria en la cantidad de CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO EUROS CON NOVENTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO (55.268,93 ?) y, a la entidad LIBERTY SEGUROS, en la suma de DIECISIETE MIL CIENTO VEINTIUN EUROS CON DIECISEIS CÉNTIMOS DE EURO (17.121,16 E). Se declara la responsabilidad civil directa y solidaria de ALLIANZ S.A DE SEGUROS y de SANTA LUCIA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, respecto a la indemnización a abonar a la entidad Liberty, y, exclusivamente la responsabilidad de Santa Lucía, respecto a la indemnización a abonar a la Sra. Gregoria . Las cantidades fijadas como indemnización en la presente sentencia devengarán los intereses previstos en el art. 576 LEC , excepto para la aseguradora Santa Lucía, a la que se imponen los intereses del art. 20 LCES, desde la fecha del siniestro".

TERCERO. Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO. El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: Primero.-** En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 139.1, en relación a los artículos 15 y 16, todos del Código Penal . **Segundo.-** En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 139.1 y 351, ambos del Código Penal . **Tercero.-** En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca 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. **Cuarto.-** En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución .

QUINTO . Instruido el Ministerio Fiscal y demás partes personadas del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO. Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 28 de junio de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 139.1, en relación a los artículos 15 y 16, todos del Código Penal .

Se rechaza la existencia del "animus necandi" y se dice asimismo ausente la alevosía.

Se alega que no se ha acreditado el dolo de muerte y que todas las acciones de la acusada fueron en sentido contrario, protegiendo la vida de su hija y la suya propia refugiándose en la habitación en la que no había humo.

Debemos recordar que la vía casacional del art. 849.1, como se dice en la STS 589/2010, de 24 de junio , obliga a respetar el relato de *hechos probados* de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECr . (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECr . En efecto, como se dice en la STS. 121/2008 de 26.2 , el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr . ha de partir de las *precisiones fácticas* que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio



de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Y en lo hechos que se declaran probados, las conductas descritas de la recurrente sustentan el ánimo homicida y la concurrencia de la alevosía que ahora se cuestionan.

Ciertamente, el animo homicida resulta de la propia dinámica de los hechos en cuanto se declara probado, entre otros extremos, lo siguiente: Que en la tarde del día 31 de marzo de 2012 se encontraban en el interior del domicilio familiar Eloisa y su hija, Olga , menor de edad que en dicha fecha contaba 11 años, y que a virtud de sentencia firme, estaba bajo la guarda y custodia de su madre, mentada Sra. Eloisa . En hora no determinada de la tarde/noche de dicho día 31 de marzo, pero antes de las 23.00 horas, cuando Olga se encontraba descansando en su dormitorio, Eloisa , tras cerrar por dentro la vivienda con llave, y con intención de atentar contra la vida de su hija, provocó un incendio en el interior del domicilio, y lo hizo aplicando llama directa sobre el sofá del salón y sobre la cama del dormitorio principal, estancias ambas separadas por un pasillo, en el centro de las cuales se encontraba el dormitorio donde, con el pijama puesto y en la cama, descansaba Olga . A este dormitorio se dirigió Eloisa , cerrando la puerta, como también cerró las puertas del dormitorio principal y del salón, dependencia ésta última donde había dejado su bolso, en cuyo interior guardó las llaves de la casa. Alertados los vecinos por los ruidos que generaba el incendio y la llama que salía por la ventana del dormitorio principal, llamaron a los bomberos que se personaron en el lugar accediendo al domicilio a través de una ventana que se encontraba entreabierta, y que se corresponde con la de una habitación donde estaban encerrados dos gatos, habitación ésta contigua al dormitorio en cuyo interior permanecían Eloisa y Olga . Que los bomberos que ya se encontraban en el interior sofocando el incendio fueron advertidos por otro compañero que estaba en el exterior, de que dentro del piso había gente, al percatarse de la presencia de Eloisa , que miraba al exterior a través de la ventana; por lo que se dirigieron al dormitorio donde se encontraban sus moradoras, encontrando a Olga en la cama durmiendo, quien se sobresaltó por la presencia de los bomberos, los que procedieron a evacuarla por la ventana, al igual que después lo hicieron con Eloisa . Que, excepto en el dormitorio de la menor, en las estancias del domicilio familiar, incluido el pasillo distribuidor, se encontraban apiladas gran cantidad de ropas, libros y revistas, así como velas encendidas, éstas a lo largo del pasillo, sobre la alfombra incluso encima de las sillas. Que el incendio se produjo en la NUM003 planta del inmueble, teniendo éste una altura de pisos por encima con cuatro viviendas, incendio que comportó riesgo para los vecinos de las plantas superiores, expuestos al calor, humo y gases de la combustión y a ser atrapados en sus viviendas.

El Tribunal de instancia explica las pruebas que ha podido valorar para alcanzar la convicción que sustenta los hechos que se declaran probados y especialmente que la acusada actuó con ánimo de acabar con la vida de su hija.

Así, se señala en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida que, para llegar al relato de hechos que se declaran probados, la Sala ha considerado especialmente la pericia! practicada por la Brigada Provincial de Policía Científica de la Comisaria de Ciudad Real, rotunda, terminante y absolutamente concluyente respecto al origen del incendio; prueba que por la técnica científica e instrumentos utilizados y el objeto material del análisis, establece de manera aplastante e irrefutable, que el incendio fue provocado, y así se mantiene por cuanto tuvo dos focos totalmente diferenciados, sin conexión entre ellos, uno en el salón, y otro en el dormitorio principal. Los peritos informan categóricamente y sin fisuras en el sentido de que no encontraron ningún síntoma de comunicación entre los dos focos, siendo ambos "independientes", "primario? (subinspector 79.821). Es la misma pericial la que pone de manifiesto que el origen del incendio está en una fuente de llama directa, aplicada en el sofá y en la cama, durante el tiempo necesario para que empiece a arder; no descartan los peritos que dicha fuente de calor pudiera ser ayudada, al haberse encontrado en una bolsa de basura un bote de alcohol vacío, pero en cualquier caso, esta ayuda es solo una hipótesis, la ayuda, que no la aplicación directa de llama, como causa del incendio, que se sostiene de forma definitiva e indubitada. Por ello se descartan tanto la incidencia eléctrica, al no existir elemento externo alguno que consiguiera la combustión de los elementos, como cableado o aparato eléctrico conectado, como se descarta igualmente que tuviera su origen en el volcado de velas, ya que éstas estaban en sitios alejados y no comunicados con los focos, descartada igualmente una corriente de aire. Insisten de forma tajante los peritos en la evidencia de la inviabilidad de cualquiera de esas hipótesis precisamente "por las señales del fuego", y resulta muy expresivo cómo preguntados afirman que "un gato no aplica fuego directo sobre la cama", que es, como se dijo, el origen del fuego: fuente de llama directa. Se sigue diciendo que el incendio supuso un evidente riesgo para la vida, no tanto por la llama, como por cuanto sus moradoras estaban ubicadas en medio de los dos focos, expuestas al monóxido de carbono y ácido cianídrico que se libera en la combustión, ambos, mortales. Frente a tan rotunda conclusión las versiones de la procesada, incluso la de Olga , se descartan, además de implausibles son



meramente exculpatorias, y están absoluta y completamente desdichas por la aplastante pericial, que no deja ni un mínimo escollo que pueda amparar el testimonio de aquellas, por lo que se concluye su inverosimilitud y falta de coherencia. Es incompatible el indubitado resultado de la prueba pericial con la versión propuesta por la defensa, las señales del fuego la ponen en evidencia. Por eso se afirma que los hechos son constitutivos de un delito de incendio, previsto y penado en el art. 351 C.p., en concurso ideal con un delito de asesinato intentado, del art. 139.1 C.p. en relación con los arts. 15, 16 y 62 del mismo texto sustantivo; la prueba plenaria suministra suficientes evidencias para tal calificación. Se llenan los requisitos del delito de incendio del art. 351 C.p., caracterizado por un elemento objetivo, consistente en la acción de aplicar fuego a un espacio determinado, creando con ello un peligro para la vida y la integridad física de las personas; y, un elemento subjetivo consistente en el propósito de hacer arder el espacio donde se aplica, con conciencia del peligro para la vida e integridad física. Se sostiene que este delito está en concurso medial con un delito de asesinato en grado de intentando, en cuanto aquél se emplea como medio para conseguir éste. Se afirma la presencia de todos los elementos objetivos y subjetivos que reclama el tipo penal previsto en el art. 139, en grado de tentativa, sobre la base de considerar que el medio utilizado, el incendio, era plenamente idóneo para atentar contra la vida del sujeto pasivo, su hija, menor de edad, infiriéndose además de los actos de la acusada que se desarrollarán, su "animus necandi". Que el incendio era medio adecuado para el resultado se concluye de la pericial practicada, con la que, no la llama, sino la toxicidad de los gases que emite la combustión, es letal. La intención de matar se obtiene por cuanto Eloisa se asegura el resultado: 1) Disponiendo en la vivienda una "alta carga de fuego de buena combustibilidad, y, 2) Clausurando la vivienda y guardando la llave dentro del bolso que deposita en el salón, uno de los dos focos del incendio. Con ello somete a la hija menor a una situación con peligro para su vida, situación que no tiene la seguridad de poder controlar, ni quiso hacerlo, como se verá. Efectivamente, reiteran los bomberos actuantes y los firmantes de la pericial, que en la vivienda estaban "apilados" buenos combustibles: gran cantidad de muebles, ropa amontonada y libros y papeles, todos ellos "que arden fácilmente y con buena capacidad para seguir ardiendo"; la finalidad de ese acopio y hacinamiento no era la de preparar una limpieza, no solo porque la hija niegue que estuviera previsto hacerla, es que la disposición del material, apilado hasta el techo o con muebles tapando las ventanas del salón, con la testifical de los agentes de policía que inspeccionaron la vivienda, la excluye. La finalidad era favorecer la combustión, y para esos fines también servía el alcohol y el aguarrás, de los que los bomberos encontraron sendos botes, del primero, vacío en la bolsa de basura de la cocina. De otra parte, cerrar la vivienda desde dentro y guardar la llave en el bolso depositado en uno de los focos del incendio, no facilitaba abandonarla, dificultad que también se aseguraba creando dos focos, en el centro de los cuales se ubicaba el dormitorio de la hija. A ello hay que unir la actitud de la acusada, destacando una llamativa pasividad, no solo porque no intentara abandonar la casa, o pedir auxilio procurando la atención de los vecinos que desde la calle observaban el incendio y a los que miraba impasible desde el dormitorio, al punto que inicialmente se pensó que ocupaba otra vivienda, no la afectada por el fuego, esa actitud, desnaturalizadamente pasiva fue especialmente advertida por los bomberos que intervinieron quienes, admitiendo que un incendio impacta de diversa forma en cada individuo, no dudaron en señalar que la postura de la acusada se presentaba "como muy tranquila" (en términos de Faustino), "ausente" (con el testimonio de Juan, bombero), "no reaccionaba a nada" (mantiene Pedro, también bombero). Y no se relaciona esa pasividad con la pretendida laxitud que la ingesta de medicamentos le habría procurado, por dos razones, porque la propia Sra. Eloisa no puede asegurar que los hubiera tomado el día de los hechos, y porque el relato que hace sobre cómo reacciona cuando advierte el humo, de salir de la habitación, dirigirse a las distintas dependencias del piso para cerrar las puertas y humedecer cleenex para que no respirara el humo la menor, esa actividad, se dice, es incompatible con la pretendida laxitud o somnolencia en su comportamiento; obedeciendo, más al contrario esa contrastada pasividad a su firme resolución, que no es otra, como del resto de circunstancias expuestas se desprende, que la de actuar guiada por el ánimo de privar de la vida a su hija. La intención que se examina está cualificada por la indefensión de la víctima, pues la acción se ejecuta rodeada de unas circunstancias que conllevan a la apreciación de la conocida como alevosía por desvalimiento (TS 27.9.2016), y es que: además de las ya expuestas, considerar que el espacio vital donde se desarrolla es el domicilio familiar, precisamente donde el confort y la seguridad de sus moradores cobran su máxima expresión, domicilio en el que la menor convive con la madre, que tenía atribuida su guarda y custodia, figura y condición que abundan en la confiabilidad del individuo necesitado de especial protección; y últimamente señalar que el incendio lo ocasiona mientras Olga, que se encontraba indispuesta por lo que se había retirado a su dormitorio a dormir, todo lo cual abunda en la posición de ventaja que tenía la acusada respecto de su hija. Se concluye que el riesgo inherente al fuego, provocado y con abundante acopio de material combustible, en el domicilio familiar que clausuró inhabilitando la salida por cerrar desde el interior y guardar la llave en uno de los focos, implica inevitablemente, el conocimiento del riesgo, y en ese conocimiento está también implícito el conocimiento del concreto peligro para la vida, peligro cuyo control ni puede ni quiere asegurar. El conjunto de circunstancias concurrentes abundan en la calificación jurídica, por lo que, concluye la Sala en el sentido de que hay prueba contundente para sostener la concurrencia de los elementos que exige el



tipo penal; manteniendo, llegados a este punto, que hay un dolo directo que colma las exigencias del elemento subjetivo del injusto.

Las razones que se dejan expresadas para sostener que la acusada actuó con ánimo de acabar con la vida de su hija de ningún modo pueden considerarse arbitrarias, contrarias a la lógica o a los conocimientos científicos. Ciertamente, la acusada tenía pleno conocimiento que con su comportamiento estaba poniendo en grave peligro la vida de su hija, y a ese fin se dirigen los actos que se le atribuyen en el relato fáctico de la sentencia recurrida, siendo bien significativos los informes periciales y las declaraciones de los bomberos que intervinieron para apagar el fuego y salvar la vida de la madre y la hija.

También se cuestiona en el presente motivo que la acusada hubiese actuado alevosamente.

El Tribunal de instancia expresa que el actuar de la acusada, guiada por el ánimo de privar de la vida a su hija, está cualificado por la indefensión de la víctima, pues la acción se ejecuta rodeada de unas circunstancias que conllevan a la apreciación de la conocida como alevosía por desvalimiento ya que el incendio lo ocasiona mientras Olga , que se encontraba indispuesta por lo que se había retirado a su dormitorio a dormir, todo lo cual abunda en la posición de ventaja que tenía la acusada respecto de su hija. Ciertamente la situación provocada por la acusada estaba dirigida a causar la muerte de su hija sin que esta pudiera ofrecer ningún tipo de resistencia o reacción defensiva, como queda evidenciado por los dos focos de fuego creados, por el acopio de material combustible y por el hecho de haber clausurado la salida, cerrando desde el interior y guardar la llave en uno de los focos.

Ciertamente, dados los hechos que se declaran probados, el Tribunal de instancia ha apreciado correctamente la alevosía por desvalimiento, lo que es acorde con jurisprudencia de esta Sala que la ha aplicado en supuestos similares. Así en la sentencia 316/2012, de 30 de abril , se declara que la indefensión no es de apreciar solo cuando el ataque ha sido súbito e inesperado, sino también, siempre que en la situación concreta el sujeto pasivo no haya podido oponer una resistencia mínimamente eficaz de la que pudiera surgir algún riesgo para el agresor. Por eso, la defensa que ha de confrontarse para evaluar el grado de desvalimiento del ofendido, no es la meramente pasiva, como huir o esconderse del atacante, sino la activa que procede de los medios defensivos con los que cuente (véase STS 25/2009, de 22 de enero), de suerte que la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima, ha de ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible la alevosía con intentos defensivos nacidos del propio instinto de conservación pero sin eficacia verdadera contra el agresor y la acción homicida. En la Sentencia 550/2008, de 18 de septiembre , se expresa que una de las modalidades de la alevosía es por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima que impide cualquier manifestación de defensa lo que puede afirmarse, como se señala por el Tribunal de instancia, en el supuesto que examinamos ya que la acusada se aprovechó de que su hija estaba durmiendo para evitar cualquier reacción defensiva, ello unido a que también adoptó medidas para asegurar la propagación del fuego y la consiguiente muerte de la menor, clausurando la salida de la habitación en la que se encontraban, cerrando desde el interior y guardando la llave en uno de los focos de fuego que había provocado.

Es asimismo doctrina de esta Sala, como es exponente la Sentencia 1464/2003, de 4 de noviembre , que la conciencia y voluntad que configuran el elemento subjetivo se entenderá concurrente cuando en los supuestos de alevosía por desvalimiento la indefensión de la víctima ha sido deliberadamente provocada por el autor, cuando éste, conscientemente, se aprovecha de esa situación para asegurar el resultado de la acción homicida. Así se declara en la STS de 26 de abril de 2.002 , recogiendo las de 29 de abril de 1.993 , 8 de marzo de 1.994 y 26 de junio de 1.997 , cuando expresa que para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone.

La recurrente, en definitiva, se ha aprovechado de la especial situación de desamparo en la que se encontraba la menor que impedía cualquier reacción defensiva.

La alevosía por desvalimiento, como antes se ha dejado expresado, ha sido correctamente apreciada.

En el desarrollo del presente motivo, la acusada plantea como compleja la compatibilidad de la circunstancia agravante de alevosía, cualificadora del asesinato, con el dolo eventual. Lo cierto es que la sentencia de instancia se razona y afirma la existencia de dolo directo en cuanto la conducta de la acusada estaba guiada a acabar con la vida de su hija. No obstante ello es oportuno dar respuesta a esta alegación, señalando que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado la compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual. Así, en la Sentencia 466/2007, de 24 de mayo , con mención de otras sentencias (cfr. Sentencia 119/2004, de 2 de febrero), se declara que no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima –aseguramiento de la ejecución– y que al



mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados. En esa misma línea se pronuncian las Sentencias 415/2004, de 25 de marzo , 514/2004, de 19 de abril y 653/2004 24 de mayo , esta última referida a un supuesto muy parecido el que ahora examinamos y en la que se declara que de los hechos probados no se deduce con racional certeza la intención directa de matar, pero se infiere con lógica que el acusado conocía suficientemente el grandísimo peligro generado por su acción, que ponía en grave riesgo la vida de dos personas, prefiriendo de manera consciente la ejecución peligrosa del incendio a la evitación de sus posibles consecuencias, y añade que la agravante específica de alevosía, 1ª del artículo 139 del Código Penal , es compatible con el dolo eventual, de acuerdo con una jurisprudencia amplia y constante de esta Sala sostenida por sentencias recientes, aunque la cuestión es ardua y ha sido debatida y cuestionada en algunos pronunciamientos de la propia Sala. Han afirmado la compatibilidad, entre otras, las sentencias 2615/93 de 20 de diciembre , 975/96 de 21 de enero de 1997 , 1006/99 de 21 de junio , 1011/2001 de 4 de junio , 1804/2002 de 31 de octubre y 71/2003 de 20 de enero , citando las dos últimas a las cuatro primeras. En la misma línea la sentencia 1010/2002 de 3 de junio estableció que " en el delito de asesinato alevoso el dolo eventual respecto del resultado es suficiente para la realización del tipo" (F. J.2º). La definición legal de la alevosía, tanto en el Código actual como en el derogado, hace referencia a asegurar la indefensión, como recordaba la sentencia citada de 21 de junio de 1999 que estimó la existencia de la agravante con independencia de que el autor tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara como consecuencia de su acción.

Así las cosas, y acorde con la doctrina de esta Sala, que se ha dejado expresada, el motivo no puede prosperar.

SEGUNDO .- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 139.1 y 351, ambos del Código Penal .

Se denuncia la indebida aplicación del concurso ideal entre el delito de asesinato intentado y el delito de incendio y que, en su caso, los hechos serían constitutivos de un delito de asesinato mediante incendio y que la aplicación, asimismo, de un delito de incendio supone la vulneración del principio "non bis in ídem" por ser incompatible la aplicación simultánea de ambos delitos, y se dice que el delito de asesinato con alevosía comprende la totalidad del injusto de la muerte dolosa mediante incendio y se añade que nos encontramos ante un concurso de normas a resolver por el artículo 8º del Código Penal .

En supuestos similares al que ha sido enjuiciado en la presente causa, esta Sala se ha pronunciado por el concurso ideal entre el delito de incendio consumado y el delito contra la vida en grado de tentativa.

Así, en la reciente Sentencia 280/2017, de 19 de abril , se declara que cuando como consecuencia de un incendio concurren otras infracciones contra la vida o la integridad física, la solución jurisprudencial ha sido entender que existe un concurso delictivo, generalmente de naturaleza ideal entre un delito de incendio consumado y las infracciones contra la vida o la integridad física. Así en un supuesto similar al de autos, la Sentencia 653/2004, de 24 de mayo , donde el acusado había prendido fuego al almacén situado debajo de la vivienda donde residían las víctimas, mientras éstas se encontraban dormidas, casando la sentencia de instancia, declaró la existencia de dos delitos de asesinato intentado y, además, otro de incendio del art. 351 párrafo segundo, donde la concurrencia de ambos tipos penales lo será de acuerdo a las normas que regulan el concurso ideal de delitos del art. 77 CP . Incluso, cuando el fuego se aplica directamente sobre la persona, cabría la calificación de autos, si nos atenemos al criterio de la STS 63/2006, de 31 de enero , donde se mantuvo la calificación de la Audiencia, un delito de asesinato en grado de tentativa en concurso ideal con otro de incendio en supuesto donde el condenado había rociado con alcohol a su madre prendiéndole fuego que le causó quemaduras en el quince por ciento de su cuerpo. También es la subsunción que entiende adecuada la Sentencia 437/2009, de 22 de abril , donde uno de los acusados con varios litros de gasolina roció unas motocicletas que había en el portal de un edificio que tenía varias viviendas, y el otro acusado las prendió con un mechero, lo que produjo inmediatamente fuertes llamaradas y humo, extendiéndose a las plantas superiores. Cuando sus moradores trataron de huir por la escalera, murieron dos personas, y se lesionaron de diferente gravedad otras varias. La calificación fue de un delito de incendio con peligro para la vida e integridad física de las personas (art. 351 CP), dos de asesinato (art. 139.1), tres de lesiones agravadas (art. 148.1º y 2º) y cuatro faltas de lesiones (art. 617), todos ellos en concurso ideal por existir un solo hecho constitutivo de varias infracciones penales (art. 77). Se añade en la Sentencia 280/2017, de 19 de abril , que la adecuación de dicha calificación, al menos cuando el ataque contra la vida resulta contra una sola persona, proviene de la naturaleza de este delito. Hemos dicho, entre otras, en la STS 1117/2011, de 31 de octubre , 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. De suerte que no se tipifica la situación de peligro (abstracta o concreta), sino la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para generar dicho riesgo, aún cuando no llegue a producirse (SSTS 1136/09, de 4 de noviembre o 1116/09, de 18 de noviembre , entre muchas otras). Esta naturaleza muestra que para la consumación del delito, resulta irrelevante si llegó a materializarse un riesgo para la vida o la integridad de las personas que allí habitaban, o que decayera poco tiempo después de surgir el fuego, tanto porque los habitantes del inmueble fueran desalojados, como porque el fuego se extinguiera o fuera sofocado. Ahora bien, cuando ese riesgo, abarcado por el dolo, se convierte en incuestionable ataque contra la vida, que sólo la relativa proximidad de su ubicación con la dotación de bomberos y la pronta actuación de estos evitó la muerte de los dos moradores, la misma acción del incendio, que tipifica el art. 351 CP que ya se encontraba consumado con la creación del riesgo, determina en concurso delictivo con homicidio en grado de tentativa.

La doctrina jurisprudencial que acaba de dejarse expuesta es perfectamente aplicable al caso que examinamos en el presente motivo, por lo que el Tribunal de instancia ha apreciado correctamente un concurso ideal entre los delitos de incendio y asesinato en grado de tentativa sin que se haya producido la infracción legal denunciada ni ha existido vulneración del principio "non bis in ídem".

El motivo no puede prosperar.

TERCERO .- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca 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.

Respecto al delito de incendio se dice que nadie ha podido acreditar con meridiana rotundidad y claridad científica que la persona que prende fuego tanto en el sofá existente en el salón como en la cama del dormitorio principal, fuera la acusada.

Y se alega que las pruebas practicadas demuestran lo contrario de lo que se declara probado y así se indica que estaba diagnosticada desde el año 2004 de trastorno Lorazepan, que también está en tratamiento por fibromialgia, tomando medicamentos contra el dolor, que tiene diagnosticada una pérdida auditiva del oído derecho y parcial del oído izquierdo y que el informe médico forense, de fecha 14 de marzo de 2013, tiene la siguiente conclusión: "Que los padecimientos de la paciente, en tratamiento y seguimiento por la unidad de Salud Mental de Valdepeñas, y el uso de medicación para tales patologías que la paciente se administra por prescripción médica, nos hace pensar que hubiesen producido estado de laxitud o somnolencia en el momento de los hechos.

También se hace mención de la pericial psiquiátrica de Dª Marta .

Y en concreto se designan como documentos que demuestran el error en que se dice ha incurrido el Tribunal de instancia los siguientes:

Informe pericial sobre el incendio elaborado por la Policía Científica que obra al Rollo de Sala, de fecha 12 de abril de 2012 en lo relativo a los siguientes particulares:

1. Respecto al estado que presentaba la vivienda, se alega que en informe, además de los muebles propios, cuentan con *varias prendas* de ropa amontonadas en la misma, así como de una buena combustibilidad debido a los materiales con los que están hechos estos elementos.

2. Con relación a los daños, se dice que se produjo un reavivamiento del incendio en cuanto en la página 2 del informe consta: "el incendio sucede aproximadamente entre las 22 y 23 horas del 31 de marzo der 2012, si bien se reaviva sobre las 5 horas, teniendo que ser nuevamente sofocado, en el piso NUM003 de la AVENIDA000 de la localidad de Valdepeñas."

3. Se hace mención de la página 3 del informe en el que se dice que consta: "Inspección técnico policial, se realizó el día 2 de abril del presente año. " Por lo que el escenario que examinan en su informe es el que encuentran tras el segundo incendio producido al no apagar los bomberos el primer incendio de manera definitiva"

4. Se dice que respecto a la reconstrucción del accidente está basado en conjeturas al contener las siguientes expresiones: "podemos dar como más probable las siguientes hipótesis", "probablemente la moradora Doña Eloisa .." y "probablemente rocía con el alcohol de limpiar el sofá..." " el orden no se ha podido establecer el orden fehacientemente" "y tal vez tomando alguna pastilla del blíster."

5. Las propias fotografías aportadas con el informe pericial desmienten el estado de abandono y el acopio de ropa y enseres desordenados en la vivienda para facilitar la propagación del incendio a que hace mención la sentencia.



También se hace mención al informe médico de la Sra. Eloisa que pondrían de relieve el error de la Sala en cuanto al elemento intencional o doloso de la misma al no reaccionar de la manera que se puede esperar ante el incendio cuando llegan los bomberos.

Igualmente se señala el informe médico forense de 14 de marzo de 2013 en el que consta: "asimismo la paciente está siendo tratada farmacológicamente lo que puede haberle llevado a un estado de laxitud e incluso somnolencia, posibles en el momento de los hechos".

También se señalan informes aportados al Rollo procedentes del servicio de Otorrinolaringología del Hospital Gutiérrez Ortega de Valdepeñas, de fechas 14 de enero de 2014 y 10 de agosto de 2015, en los que se pone de manifiesto que padece "hipoacusia súbita de oído derecho de más de 20 años de evolución" y la audiometría que se le práctica arroja el siguiente resultado: "OD: hipoacusia mixta intensa. OI: hipoacusia reuro-sensorial, curva descendente" y se dice que eso justificaría su falta de respuesta cuando llegaron los bomberos.

También se menciona la historia clínica de psiquiatría de la USM de Valdepeñas de la acusada (folio 130) en el control de fecha 5/3/2012, en el que tenía prescrito por su psiquiatra "paroxetina 30, triptizol 110 mg, orfidal, tratamientos que se dice justificarían el adormecimiento de Doña Eloisa y su reacción ante los bomberos.

También se menciona el informe de Urgencias del Hospital Gutiérrez Ortega de Valdepeñas de fecha 1/4/2012 de la menor, en el que no se detectó ningún tipo de fármaco por la menor que le hubiera suministrado su madre.

Por último se dice que en cuanto a la autoría de los hechos no se ha practicado ninguna prueba pericial química para dilucidar sobre el autor o autora del incendio y que no se ha practicado prueba para descartar que la menor no hubiera tenido intervención en los hechos y se añade que consta en el Historial Clínico de Psiquiatría de la acusada en el control de fecha 18 de junio de 2010, folio 130 en el que se recoge: refiere que a raíz de lo anterior su hija (8 años) hizo un intento de suicidio en navidad y que además intentó ahorcar a una compañera.

El motivo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre el error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en las actuaciones, ya que es reiterada doctrina de esta Sala (cfr. Sentencias 826/2014, de 26 de noviembre, 36/2014, de 29 de enero, y 1160/2011, de 8 de noviembre), que el éxito de este motivo precisa los requisitos siguientes:

1º.- Que el mal denominado documento no se circunscriba a la mera documentación de otros elementos de naturaleza personal (declaraciones de testigos, informes de peritos e incluso documentación de inspecciones que reflejan percepciones de quien realiza la inspección). Por ello, en principio, la documentación de la prueba pericial es ajena a la técnica de este cauce procesal. No obstante la Jurisprudencia ha admitido una clara expansión del ámbito en un supuesto restringido caracterizado porque: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario y b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable.

2º.- Que el Tribunal de Casación no tenga que valorar al tiempo otros medios de prueba de naturaleza personal en los que la inmediación resulta trascendente para dicha valoración. Por ello se requiere que las declaraciones de los documentos no aparezcan contradichos por otros elementos probatorios, tenidos en cuenta por Tribunal de instancia..."

3º.- Que la conclusión discrepante de la declaración de hechos probados a modificar surja desde el documento mismo de manera directa y sin recurrir a inferencias, es decir que el documento sea suficiente desde su mera literalidad para constatar el error. Es decir, que tales documentos acrediten el error por oponerse frontalmente y por sí mismos a lo declarado probado sin necesidad de interpretaciones o razonamientos que los complementen -lo que se conoce por "litosuficiencia".

4º.- Que tal modificación sea trascendente para la subsunción, es decir, que por su relevancia la resolución recurrida deba modificarse en el sentido de su parte dispositiva, al menos en parte.

En consecuencia, el documento casacional que sustente el motivo debe gozar de litosuficiencia y autonomía probatoria, es decir, que por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma de la comisión de un error sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas y eso de ningún modo puede afirmarse de los llamados documentos que se señalan en apoyo del motivo.



Respecto a la alegada ausencia de prueba que acredite que fue la acusada la que inició el fuego es cuestión que será examinada en el motivo siguiente en el que se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Procedemos a examinar cada uno de los llamados documentos que se mencionan en defensa del motivo.

En relación al informe pericial sobre el incendio elaborado por la Policía Científica, ya se ha declarado, al examinar la jurisprudencia de esta Sala, que los dictámenes periciales no constituyen documentos, a estos efectos casacionales, en cuanto se trata de pruebas personales que no pierden dicho carácter por el hecho de aparecer documentadas en las actuaciones, con la única excepción de que la prueba pericial sea única e inequívoca y el Tribunal sentenciador la haya incorporado de modo incompleto o fragmentariamente o que tratándose de varios dictámenes coincidentes la Audiencia ha llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes o, incluso, diametralmente opuestas o contrarias a lo expuesto por los peritos, y estas excepciones no se ha producido respecto a ese dictamen pericial, ya que ni en lo que respecta a las varias prendas de ropa amontonadas, ni al reavivamiento del incendio, ni a los que se dicen conjeturas en la reconstrucción de los hechos ni las fotografías que se señalan acreditan por sí solas, con autonomía probatoria, que el Tribunal de instancia haya incurrido en error y de ningún modo puede sostenerse que la valoración realizada por el Tribunal de instancia sea radicalmente contraria a lo que se dice en esos extremos del dictamen pericial, máxime cuando el Tribunal de instancia ha valorado otros dictámenes y otras pruebas personales para alcanzar su convicción sobre lo acontecido.

Lo mismo cabe decir del informe médico sobre la acusada, ahora recurrente, ya que el tratamiento farmacológico que le fue prescrito no desvirtúa la valoración que se hace en la sentencia recurrida sobre las pruebas practicadas, ni las deficiencias que se indican sobre su capacidad auditiva o el hecho de que no se hubiesen detectado fármacos en la menor permite sostener, sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas, que la acusada no fue la autora del incendio.

Tampoco puede alegarse, para sostener el presente motivo, la ausencia de otras pruebas que se dice hubieran podido identificar la autoría del incendio y en su caso que fue la hija la que pudo provocarlo, cuando el Tribunal de instancia explica, con detenimiento, la existencia de una pluralidad de indicios, inequívocamente incriminatorios, de los que se infiere, con toda lógica, que la acusada, ahora recurrente, fue la autora del incendio.

Por último, ningún valor tiene, a los efectos de este motivo de casación, el que la acusada hubiese manifestado que su hija realizó un intento de suicidio o que intentó ahorcar a una compañera.

En todo caso, el Tribunal de instancia, como se recogerá al examinar el siguiente motivo, da oportuna respuesta a las alegaciones que se hacen sobre la base de los llamados documentos que se han dejado antes relacionados.

Por todo lo que se deja expresado, no ha quedado acreditado, con genuina prueba documental, que el Tribunal hubiese incurrido en error en su apreciación y el motivo debe ser desestimado.

CUARTO .- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

En relación al derecho a la presunción de inocencia, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 496/2014, de 17 de junio, que dicho derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada.



Es asimismo jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la Sentencia 129/2016, de 23 de febrero , que el hecho de que se trate de prueba indiciaria o indirecta no significa que tenga necesariamente menor valor o fuerza que la prueba directa. La doctrina sobre la prueba indiciaria no esconde una relajación de las exigencias de la presunción de inocencia. Es más: la prueba indiciaria es a veces fuente de certezas muy superiores a las que brindaría una pluralidad de pruebas directas unidireccionales y concordantes. Y en esta Sentencia se recuerda uno de los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la prueba indiciaria, en concreto la Sentencia 133/2014, de 22 de julio , que viene a resumir la consolidada doctrina constitucional sobre este punto. 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 concurren una serie de circunstancias: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, d) que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común: en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre *"una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes"* (- SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4 ; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12 ; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3 ; 111/2008, de 22 de septiembre , FJ 3-). Se añade en esa Sentencia del Tribunal Constitucional que *"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), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son 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 , FJ 4)" (FJ 23)". "Por su parte, también resulta preciso recordar que en la STC 15/2014, de 30 de enero , se afirma "que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que 'el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo' (STC 220/1998, de 16 de noviembre , FJ 3) y, de otro, que entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos" (STC 124/2001, de 4 de junio , FJ 13) (FJ 6). E, igualmente, que en la STC 1/2009, de 12 de enero , se establece que nuestro parámetro de control "respetuoso con el ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria en orden a la fijación de los hechos, sólo considera 'insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable' (por todas STC 123/2006, de 24 de abril , FJ 5)" (FJ 4), lo que es posteriormente reiterado en la ya citada STC 126/2011 , FJ 25, en que también se mencionan las SSTC 209/2007, de 24 de septiembre , 70/2007, de 16 de abril , 104/2006, de 3 de abril , 296/2005, de 21 de noviembre , 263/2005, de 24 de octubre , y 145/2005, de 6 de junio ." "Por último, como establece la STC 148/2009, de 15 de junio , "también se ha puesto de manifiesto que dentro del control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se encuentra verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, concretándose que se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STC 187/2006, de 19 de junio , FJ 2)". Frente a ello han de rechazarse las conclusiones obtenidas a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional. Con reiteración ha advertido este Tribunal (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio , FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que*



le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10 ; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3 ; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2 ; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4 ; 124/2001, de 4 de junio , FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio , FJ 1)."

Los razonamientos expresados por el Tribunal de instancia para explicar la existencia de una prueba indiciaria que enerva el derecho de presunción de inocencia son inobjetables, ofreciendo un engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia y se presentan asentados en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

Así, se expresa que la intervención de la acusada en los hechos que se le imputan se infiere de las pruebas personales y periciales - además de la documental obrante en las actuaciones-, todas ellas practicadas en el juicio y con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad; pruebas valoradas según preceptúa el art. 741 LECr ., exponiéndose a continuación las razones del resultado de dicha valoración. Se añade que para llegar al relato de hechos que se declaran probados, la Sala ha considerado especialmente la pericia! practicada por la Brigada Provincial de Policía Científica de la Comisaria de Ciudad Real, rotunda, terminante y absolutamente concluyente respecto al origen del incendio; prueba que por la técnica científica e instrumentos utilizados y el objeto material del análisis, establece de manera aplastante e irrefutable, que el incendio fue provocado, y así se mantiene por cuanto tuvo dos focos totalmente diferenciados, sin conexión entre ellos, uno en el salón, y, otro en el dormitorio principal. Los peritos informan categóricamente y sin fisuras en el sentido de que no encontraron ningún síntoma de comunicación entre los dos focos, siendo ambos "independientes", "primario" (subinspector 79.821). Es la misma pericial la que pone de manifiesto que el origen del incendio está en una fuente de llama directa, aplicada en el sofá y en la cama, durante el tiempo necesario para que empiece a arder; no descartan los peritos que dicha fuente de calor pudiera ser ayudada, al haberse encontrado en una bolsa de basura un bote de alcohol vacío, pero en cualquier caso, esta ayuda es solo una hipótesis, la ayuda, que no la aplicación directa de llama, como causa del incendio, que se sostiene de forma definitiva e indubitada. Por ello se descartan tanto la incidencia eléctrica, al no existir elemento externo alguno que consiguiera la combustión de los elementos, como cableado o aparato eléctrico conectado, como se descarta igualmente que tuviera su origen en el volcado de velas, ya que éstas estaban en sitios alejados y no comunicados con los focos, descartada igualmente una corriente de aire. Insisten de forma tajante los peritos en la evidencia de la inviabilidad de cualquiera de esas hipótesis precisamente "por las señales del fuego", y resulta muy expresivo cómo preguntados afirman que "un gato no aplica fuego directo sobre la cama", que es, como se dijo, el origen del fuego: fuente de llama directa. El incendio supuso un evidente riesgo para la vida, no tanto por la llama, como por cuanto sus moradoras estaban ubicadas en medio de los dos focos, expuestas al monóxido de carbono y ácido cianídrico que se libera en la combustión, ambos, mortales. Frente a tan rotunda conclusión las versiones de la procesada, incluso la de Olga , se descartan, además de implausibles son meramente exculporias, y están absoluta y completamente desdichadas por la aplastante pericial, que no deja ni un mínimo escollo que pueda amparar el testimonio de aquellas, por lo que se concluye su inverosimilitud y falta de coherencia. Es incompatible el indubitado resultado de la prueba pericial con la versión propuesta por la defensa, las señales del fuego la ponen en evidencia. Que el incendio era medio adecuado para el resultado se concluye de la pericial practicada, con la que, no la llama, sino la toxicidad de los gases que emite la combustión, es letal. La intención de matar se obtiene por cuanto Eloisa se asegura el resultado: 1) Disponiendo en la vivienda una "alta carga de fuego de buena combustibilidad", y, 2) Clausurando la vivienda y guardando la llave dentro del bolso que deposita en el salón, uno de los dos focos del incendio. Con ello somete a la hija menor a una situación con peligro para su vida, situación que no tiene la seguridad de poder controlar, ni quiso hacerlo, como se verá. Efectivamente, reiteran los bomberos actuantes y los firmantes de la pericial, que en la vivienda estaban "apilados" buenos combustibles: gran cantidad de muebles, ropa amontonada y libros y papeles, todos ellos "que arden fácilmente y con buena capacidad para seguir ardiendo"; la finalidad de ese acopio y hacinamiento no era la de preparar una limpieza, no solo porque la hija niegue que estuviera previsto hacerla, es que la disposición del material, apilado hasta el techo o con muebles tapando las ventanas del salón, con la testifical de los agentes de policía que inspeccionaron la vivienda, la excluye. La finalidad era favorecer la combustión, y para esos fines también servía el alcohol y el aguarrás, de los que los bomberos encontraron sendos botes, del primero, vacío en la bolsa de basura de la cocina. De otra parte, cerrar la vivienda desde dentro y guardar la llave en el bolso depositado en uno de los focos del incendio, no facilitaba abandonarla, dificultad que también se aseguraba creando dos focos, en el centro de los cuales se ubicaba el dormitorio de la hija. A ello hay que unir la actitud de la acusada, destacando una llamativa pasividad, no solo porque no intentara abandonar la casa, o pedir auxilio procurando la atención de los vecinos que desde la calle observaban el incendio y a los que miraba impassible desde el dormitorio, al punto que inicialmente se pensó que ocupaba otra vivienda, no la afectada por el fuego, esa actitud, desnaturalizadamente pasiva fue especialmente advertida



por los bomberos que intervinieron quienes, admitiendo que un incendio impacta de diversa forma en cada individuo, no dudaron en señalar que la postura de la acusada se presentaba "como muy tranquila" (en términos de Faustino), "ausente" (con el testimonio de Juan , bombero), "no reaccionaba a nada" (mantiene Pedro , también bombero). Y no se relaciona esa pasividad con la pretendida laxitud que la ingesta de medicamentos le habría procurado, por dos razones, porque la propia Sra. Eloisa no puede asegurar que los hubiera tomado el día de los hechos, y porque el relato que hace sobre cómo reacciona cuando advierte el humo, de salir de la habitación, dirigirse a las distintas dependencias del piso para cerrar las puertas y humedecer cleenex para que no respirara el humo la menor, esa actividad, se dice, es incompatible con la pretendida laxitud o somnolencia en su comportamiento; obedeciendo, más al contrario esa contrastada pasividad a su firme resolución, que no es otra, como del resto de circunstancias expuestas se desprende, que la de actuar guiada por el ánimo de privar de la vida a su hija. La intención que se examina está cualificada por la indefensión de la víctima, pues la acción se ejecuta rodeada de unas circunstancias que conllevan a la apreciación de la conocida como alevosía por desvalimiento (TS 27.9.2016), y es que: además de las ya expuestas, considerar que el espacio vital donde se desarrolla es el domicilio familiar, precisamente donde el confort y la seguridad de sus moradores cobran su máxima expresión, domicilio en el que la menor convive con la madre, que tenía atribuida su guarda y custodia, figura y condición que abundan en la confiabilidad del individuo necesitado de especial protección; y últimamente señalar que el incendio lo ocasiona mientras Olga , que se encontraba indispuesta por lo que se había retirado a su dormitorio a dormir, todo lo cual abunda en la posición de ventaja que tenía la acusada respecto de su hija. Concluyendo, el riesgo inherente al fuego, provocado y con abundante acopio de material combustible, en el domicilio familiar que clausuró inhabilitando la salida por cerrar desde el interior y guardar la llave en uno de los focos, implica inevitablemente, el conocimiento del riesgo, y en ese conocimiento está también implícito el conocimiento del concreto peligro para la vida, peligro cuyo control ni puede ni quiere asegurar. El conjunto de circunstancias concurrentes abundan en la calificación jurídica, por lo que, concluye la Sala en el sentido de que hay prueba contundente para sostener la concurrencia de los elementos que exige el tipo penal; manteniendo, llegados a este punto, que hay un dolo directo que colma las exigencias del elemento subjetivo del injusto.

Se sigue diciendo en la sentencia recurrida, en relación a la autoría, que de los hechos es responsable en concepto de autora Eloisa , por su directa y voluntaria intervención. Se dijo más arriba que el incendio fue provocado, y se sostiene que su autora fue la acusada, Eloisa . Se concluye en estos términos puesto que no hay controversia sobre que solo ella y su hija se encontraban en el interior del domicilio; y tampoco la hay, conforme a la versión de hechos dada por Eloisa al prestar su testimonio, sobre que cuando ocurren, la menor se encontraba en el interior de su dormitorio, en la cama, descansando. No es Olga , la que va a su dormitorio donde ya la espera Eloisa , es Eloisa la que se dirige al dormitorio de su hija, en cuyo interior la menor ya se encuentra descansando, en la cama y con el pijama puesto. Es Eloisa , la última en transitar por el piso antes de recogerse en el dormitorio donde reposa Olga . Siendo ello así ninguna consideración merece ni duda alguna genera la solapada insinuación que pretende presentarse tras la alegación de un intento de autolisis de la menor, citada por la defensa, y sobre la que insiste la acusada en el turno de última palabra, en un alegato tan sugestivo como vago. Olga se retiró a su dormitorio y a esa dependencia se dirigió Eloisa después de incendiar el sofá del salón y la cama del dormitorio principal. De ahí los hechos que se le imputan en concepto de autora.

Así las cosas, han existido pruebas de cargo, constitucionalmente obtenidas, legalmente practicadas y razonablemente valoradas que enervan el derecho de presunción de inocencia invocado.

Este último motivo tampoco puede prosperar.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DESESTIMAR el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley interpuesto por la acusada D^a. Eloisa , contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de fecha 10 de octubre de 2016 , en causa seguida por delitos de incendio y asesinato en grado de tentativa. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo
Del Arco Carlos Granados Perez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ