

Roj: **STS 675/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:675**Id Cendoj: **28079120012017100132**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/02/2017**Nº de Recurso: **1468/2016**Nº de Resolución: **99/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil diecisiete.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley y precepto constitucional, interpuestos por **Anton**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Domitila Barbolla Mate, y por **EL MINISTERIO FISCAL** contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la **Audiencia Provincial de Huelva**, con fecha 2 de junio de 2016. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

### **I. ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 3 de Ayamonte, instruyó sumario nº 4/2015 contra **Anton**, por un delito de incendio agravado por peligro para las personas y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva, que en la causa nº 5/2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

*"El procesado Anton " Fidel " tenía 26 años de edad cuando en la madrugada del miércoles 9 de Mayo de 2012 se encontraba residiendo en la vivienda sita en CALLE000 , NUM000 , de Isla Cristina, desde hacía poco tiempo, con el legítimo propietario de la casa -por herencia junto con sus hermanos- Obdulio . Les unía amistad por su común y grave adicción al consumo de drogas, cuyas vidas giraban en torno a ellas, y sobre las 4 horas discutieron porque Fidel reprochaba a Obdulio haberle quitado una dosis de cocaína que había dejado en la mesa del salón, y éste lo negaba.*

Comoquiera que Obdulio se retiró a su habitación -en la planta primera- para dormir, enojado aún Fidel por el incidente, en venganza y para causar perjuicios a Obdulio, sobre las 6.30 horas aprovechó el bote de alcohol que utilizaban para el consumo de drogas y que tenían en la planta NUM001, para rociarlos por diversos muebles desde la habitación que ocupaba en dicha planta, hasta el salón de la vivienda, prendiéndole fuego a continuación y marchándose de la vivienda profiriendo expresiones como "¡toma fumá!" que pudo escuchar Obdulio, alertándole poco después el humo que llegaba a su habitación, por lo que se precipitó como pudo a apagar las llamas que se extendían por el salón de la planta NUM001.

*Incapaz de sofocar el fuego por sí solo, salió a la calle sin tiempo de vestirse, para pedir auxilio. Acudieron los bomberos, que sofocaron el fuego en pocos minutos; las llamas no se habían propagado fuera de la vivienda, si bien la alarma del humo en zonas comunes del edificio obligó a Sonia y Celso, vecinos del piso de arriba, a refugiarse en el balcón y protegerse con toallas mojadas, hasta que fueron rescatados."*

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:



**"FALLAMOS.-** Que **CONDENAMOS** a Anton como responsable en concepto de autor de un delito de **daños mediante incendio**, concurriendo la circunstancia atenuante de actuar a causa de su grave adicción a tóxicos, a la pena de **PRISIÓN DE DOS AÑOS**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y que indemnice a los copropietarios de la vivienda sita en CALLE000 , NUM000 , NUM001 , de Isla Cristina, en la cantidad de CINCO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO EUROS Y CUATRO CÉNTIMOS, mas intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha de esta resolución, y costas del presente proceso."

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley y precepto constitucional, por el procesado y por El Ministerio Fiscal, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.-** Los recurrentes, basan sus recurso en los siguientes motivos:

#### **Recurso del Ministerio Fiscal**

Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por indebida aplicación del art. 266 del Código Penal e indebida inaplicación del art. 351.1 del Código Penal que considera el Fiscal que es la calificación procedente al relato de hechos probados que se recoge en la sentencia.

*Recurso de Anton*

1º.- Por la vía del artículo 5.4 de la LOPJ y artículo 852 LECrim , se denuncia vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española en cuanto a la presunción de inocencia al no existir prueba de cargo suficiente para enervar la misma.

2.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849. 1º de la LECrim . por inaplicación indebida de la eximente incompleta de toxicomanía del art. 21.1 en relación con el art. 20.2 del Código Penal , y, subsidiariamente como atenuante muy cualificada (para el supuesto todo ello de no ser estimada nuestra primera anterior alegación).

**QUINTO.-** Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 9 de febrero de 2017.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Recurso del Ministerio Fiscal**

**PRIMERO.- 1.-** En su único motivo el Ministerio Fiscal denuncia la indebida calificación de los hechos como daños mediante incendio previsto en el artículo 266 del Código Penal por considerar que, dados los hechos probados la calificación procedente es la de incendio del artículo 351.1 del mismo Código Penal .

Argumenta al efecto que la potencial propagación del fuego originado por el acusado y el peligro que tal propagación podía originar, no en concreto sino de manera potencial o abstracta determina la aplicación del tipo de incendio del citado artículo 351 y no el que tipifica un mero atentado patrimonial de daños del artículo 266 del Código Penal .

Recuerda que el hecho declarado probado proclama la existencia de personas habitantes en el inmueble al tiempo del incendio, la necesidad de asistencia médica a aquellas y que un matrimonio tuvo que refugiarse en un balcón hasta su rescate, tras la intervención de los bomberos.

Así como que la utilización de alcohol rociado sobre muebles constituía un mecanismo idóneo para prender fuego y lograr una rápida propagación. Lo cual era de conocimiento del autor de los hechos.

2.- En la STS 569/2007 de 29 de junio , recordando las STS 184/2006 de 26 de febrero y la 932/2005 de 14 de julio , dejamos dicho en relación al tipo penal del artículo 351 del Código Penal que *el tipo objetivo de este delito consiste en prender fuego a una cosa no destinada a arder, comportando su potencial propagación, es decir, la creación de un peligro para la vida o integridad física de las personas,...."*

Y que, a esos efectos, *"...es irrelevante la entidad real que el fuego pueda alcanzar ( mejor haya alcanzado, matizamos aquí) siendo lo esencial el peligro potencial, la propagación, generado por la acción de prender fuego..."*.

Más recientemente en la misma línea cabe citar la STS 338/2010 de 16 de Abril o la 432/2010 de 29 de abril .



No establece el precepto una limitación en los sujetos pasivos, contrayéndolos a las personas que corren el peligro de resultar dañados en su vida e integridad física ya que el bien jurídico se lesiona, cuando cualquier persona que se hallare en el edificio incendiado o lugar al que puedan acceder las llamas o humos pueda resultar afectada en su vida y en su salud como consecuencia directa del fuego provocado. STS 986/2012 de 12 de diciembre .

El tipo del artículo 351 ha sido calificado como según las SSTS de 13 de Marzo de 2000 y las nº 969/2004 de 29.7 , 381/2001 de 13.3 y 932/2005 : "...de un delito de **consumación anticipada** , pues se produce cuando se aplica el medio incendiario al objeto que se trata de incendiar con posibilidad de propagación, siendo por ello *indiferente su mayor o menor duración y el daño efectivamente causado* , consumándose por la simple causación del incendio siempre que el agente conociera la estancia en el edificio que incendia de una o varias personas ( STS 13.3.2000 ).

Y en cuanto al *elemento subjetivo* basta que al propósito de hacer arder la cosa se añada la **conciencia del peligro** para la vida o integridad física de las personas que ello comporta, teniendo en cuenta el riesgo de propagación..." Con la advertencia de que: "...La intención del agente en este delito ha de abarcar solo el hecho mismo de provocar el incendio, no el peligro resultante para las personas, aunque éste debe ser conocido por él, **al menos a título de dolo eventual** ,..." ( SSTS 142/97 de 5.2 , 2201/2001 de 6.3.2002 y 724/2003 de 14.5 ). "y desde el punto de vista subjetivo, el dolo no comprende la voluntad de causar daños personales siendo suficiente la intención del agente de provocar el incendio y la conciencia del peligro.."

Por otra parte la *naturaleza del tipo* penal ha sido clasificada entre los delitos, "...a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto ( SSTS 2201/01 de 6.3 , 1263/03 de 7.10 ). Es decir que no requiere que la acción del acusado haya originado un riesgo efectivo referido a bienes concretos. El peligro no es tampoco el meramente abstracto presumido *ex lege* con imposibilidad de rechazo del tipo por prueba de que en el caso no hubiera podido llegar a realizarse.

Se trata según una autorizada opinión doctrina de un **delito de peligro presunto o hipotético** pero del que **cabe acreditar la exclusión de concurrencia de riesgo en el caso concreto** . También denominado en algún caso como delito de *aptitud* .

Finalmente también es de destacar, según deriva de la ubicación sistemática en el Código Penal, que el **bien jurídico protegido no lo es ya el patrimonio** sino la seguridad general y solo incidentalmente la propiedad ( SSTS 1284/98 de 31.10 ; 1457/99 de 2.11 y 1208/2000 de 7.7 y la de 7.10.2003 ).

Desde esa premisa, en determinados casos, hemos estimado que cabe *concurso* ideal entre ese delito y el de resultado lesivo. Lo que no es objeto de pretensión por la acusación en este caso (63/2006 de 31 de enero, 653/2004 de 24 de mayo).

**3.-** Desde tales premisas de configuración típica y jurisprudencial, resulta poco discutible el acierto de la crítica que se hace por el Ministerio Fiscal a la calificación del hecho probado en la sentencia recurrida.

Porque ese hecho probado afirma que el acusado prendió fuego a diversos muebles del salón tras rociarlos con alcohol de tal suerte que las llamas se extendieron por todo ese salón. También resulta probado que el fuego alcanzó tal dimensión que la víctima más próxima resultó incapaz de sofocarlo por sí solo. Tuvieron que acudir a la extinción los miembros del servicio de bomberos.

Se trataba de un edificio habitado. No solamente por D. Obdulio , sino, al menos, por un matrimonio que hubo de refugiarse en un balcón para protegerse del humo producido.

Así pues desde la perspectiva objetiva resulta que el bien jurídico afectado, más allá del valor patrimonial de los bienes directamente quemados, lo era la vida e integridad de las personas habitantes del edificio. Porque resulta indiscutible que la acción incendiaria estaba revestida de potencialidad para lesionar esos bienes al margen del daño material en las cosas. Y ninguna prueba hace desmerecer esa caracterización de grave riesgo. Siendo indiferente que las personas pudieran haber conjurado el riesgo minimizando las consecuencias dañinas incluso para su integridad física.

Desde la perspectiva del elemento subjetivo no es discutible la voluntad incendiaria ni tampoco la objetiva previsibilidad del riesgo generado así como de la aceptación de éste, sino su decidida procura.

**4.-** Ciertamente la descripción del comportamiento típico en su aspecto objetivo puede plantear alguna duda sobre la delimitación del tipo penal del artículo 266, tras su reforma por Ley 7/2000 , y la del aquí examinado artículo 351. En el delito de daños también se prevé el medio incendiario y el riesgo para la vida o la integridad de las personas. Incluso cuando el daño buscado por el autor es el tipificado en el genérico artículo 263 del mismo Código Penal .



Desde luego no cabe olvidar que, tras la reforma, se mantuvo la regla de resolución de la concurrencia de tales normas ordenando estar al artículo 351 cuando nos encontremos en caso de "incendio". Lo que implica diferenciar el supuesto de daños como objetivo del autor, en cuyo caso se acude al *incendio como mero medio* de causación, de aquél otro en el cual el *incendio alcanza la tipicidad del citado específico artículo 351*, con las características que hemos examinado en el apartado 2 de este fundamento jurídico. En el artículo 266, por otra parte, el riesgo para la vida o la integridad de las personas constituye un elemento alternativo y separado del incendio como medio, lo que difiere del supuesto en que ambos elementos concurren acumulados. Cuando tal acumulación concurre ha de estarse a la previsión agravada del apartado cuarto del citado art. 266 que, sin embargo, se excluye si el hecho es tipificable conforme al artículo 351 según el párrafo segundo de dicho apartado cuarto.

La preferencia por la aplicación del artículo 351, incluso de resultar asimilables los presupuestos típicos habría de resolverse en todo caso conforme al artículo 8.4ª del Código Penal, que no exige ni tolera una mera consideración de la entidad del riesgo.

En el caso aquí juzgado es indudable la tipicidad acorde al artículo 351 del Código Penal por lo que en ningún caso cabe minimizar la sanción imponiendo la prevista en el delito de daños.

Lo que nos lleva a estimar el recurso del Ministerio Fiscal.

*Recurso de Anton*

**SEGUNDO.- 1.-** combate la condena de la instancia el penado por estimar la misma incompatible con las exigencias de la presunción constitucional de inocencia.

Ataca los que considera "pilares" de la justificación de la sentencia.

En primer lugar la declaración de D. Obdulio que acreditaría que el incendio no surge sino después de quince minutos de haber marchado el acusado del inmueble; que el titular del bar en que para después el acusado (Sr. Clemente) manifiesta no haber visto a éste portando la bolsa continente de un frasco de alcohol, o la escasa fiabilidad del testimonio de referencia de los policías locales -que manifiestan una supuesta admisión de autoría por el acusado- dado que el atestado que elaboraron es muy deficiente, no incluyendo datos como quien requirió la actuación de extinción ni la identificación de otros sujetos.

En segundo lugar alega la existencia de motivos bastantes para aceptar su tesis alternativa a la de la imputación. Que un testigo, guardia civil, manifiesta haberse cruzado con el acusado que no llevaba ninguna bolsa ni vestía una prenda naranja, dato este relevante ya que otros testigos manifestaron haber visto una persona con prenda naranja dentro del inmueble y a un hombre golpear la ventana cuando aún no había humo. Tales percepciones habrían tenido lugar a las 5.30 y a las 6.30 horas.

**2.-** En cuanto al contenido de la garantía de presunción de inocencia cabe señalar que parte ésta de una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, previamente, que aquella actividad probatoria se constituya por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

La prueba aportará, como justificación externa de la decisión, los datos asumibles por la credibilidad del medio y la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa credibilidad y verosimilitud no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por ello, debe calificarse de objetiva.

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.



La objetividad de la certeza no se desvanece por cualquier duda, por lo demás consustancial al conocimiento humano. Pero si la duda, por su entidad, bajo los mismos parámetros de lógica o experiencia, puede calificarse de razonable, alcanza también el grado de objetividad que reclama la absolucióndel acusado.

No es pues acorde a nuestra Constitución, mantener una condena en el escenario en que se presentan con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria. Y es que en aquel caso las inferencias no pueden calificarse de concluyentes, sino de abiertas, lo que las hace contrarias a las exigencias de la garantía examinada.

**3.-** Para valorar la coherencia y justificación del discurso motivador de la sentencia hemos de partir de los datos que como *prueba externa* constatan que, aunque la discusión del acusado y D. Obdulio ocurriera sobre las 4 horas, el abandono del domicilio por el penado no ocurre hasta muy cerca de las 6.45 horas en que es visto por el testigo guardia civil en calle muy próxima al inmueble incendiado y también al bar a donde se dirige para desayunar ("Arcoiris"), donde le recibe el testigo que lo regenta (Sr. Clemente ). Que cuando abandona el inmueble el acusado expresa muy significativamente a este respecto dirigiéndose a D. Obdulio "toma fumá". Que la bolsa conteniendo frasco de alcohol y utensilios de los que se valen sujetos para consumo de tóxicos, en lugar entre el inmueble incendiado y el citado bar. El portero de la citada bolsa por el acusado se acredita por el testimonio del Sr. Clemente que en juicio oral afirma de manera creíble para el Tribunal de instancia haber visto esa circunstancia. Y tal credibilidad, tributaria de la inmediación, no es susceptible de prescindencia en este análisis del rigor argumentador de la recurrida.

Desde esa base fáctica, la *coherencia argumental interna* de la motivación expuesta en la sentencia nos lleva a considerar objetiva la certeza expuesta por el Tribunal de instancia. Porque aquellos datos llevan a la inferencia de la autoría de manera no abierta, sino como conclusión excluyente de otras eventuales conclusiones por incompatibles con esos puntos de partida, y ello conforme a pautas de lógica y experiencia común.

Las remisiones a argumentos que avalen la tesis alternativa de una posible actuación al respecto de un tercero diferente del acusado, que vestiría prenda naranja, no pueden acogerse con tal objetividad en la certeza por no alcanzar el grado de conclusiones lógicamente razonables que, como tales justifiquen una duda de tal naturaleza sobre la veracidad de la imputación.

De ser cierto lo que los testigos invocados dicen respecto a la presencia de esa otra persona eventual autora del incendio, no se compadecería la participación en el incendio con la negación de que, al verla, se divisara el inequívoco signo del fuego, que es el humo que en su testimonio excluyen. Por otra parte, la hora de tal percepción (la última sobre las 5.30) precede a la en que se fija la actuación del acusado, al menos un cuarto de hora posterior.

Por ello resulta resguardada la exigencia en cuanto a justificación impuesta por la garantía invocada en el recurso que, en este motivo, se rechaza.

**TERCERO.- 1.-** En segundo lugar postula el recurrente que existe vulneración de norma penal al no haber estimado la concurrencia de una exención incompleta, o subsidiariamente una atenuación muy cualificada, por toxicomanía en el mismo.

Alega que la sentencia menciona reiteradamente que el acusado padecía "una grave toxicomanía" "sería adicción a estupefacientes" y "trastorno de capacidad y voluntad".

**2.-** Desde luego el cauce casacional no permite modificar el hecho probado sino solamente la calificación jurídica del proclamado como tal en la resolución recurrida. Lo que nos obliga a recordar que el hecho probado se limita a referir una grave adicción a tóxicos omitiendo especificar los efectos en general y en el momento de los hechos sobre el acusado.

Por otra parte hemos dicho en cuanto a los efectos de la toxicomanía sobre la responsabilidad del autor de delitos que la padece que no puede ignorarse la diversidad de supuestos de que parten las causas de exención por toxicomanía ~ artículo 20.2 y 21.1, en relación a aquél, del Código Penal ~ respecto de la atenuante específica ~ artículo 21.2 también del Código Penal ~ actuación a causa de drogadicción.

La exención ~completa o incompleta~ deriva de la producción de un "estado" de intoxicación plena ~o menor, si se trata de exención incompleta~ o de actuación bajo el denominado "síndrome de abstinencia". Tal estado ha de producir unos efectos sobre la capacidad de culpabilidad del autor. Ésta debe aparecer anulada ~o muy mermada, en la exención incompleta~ porque se anulen, o mermen las facultades de comprensión de ilicitud del acto y de que el comportamiento se acomode a dicha comprensión.

La atenuante se funda por la concurrencia de un doble requisito: **a)** la existencia de adicción a tóxicos que, en todo caso, debe ser "grave", calidad que debe entenderse referida a la intensidad de la misma y **b)** que esa adicción se convierta en causa de actuar delictivo, es decir que se trate de la denominada delincuencia



funcional, entendiéndose por tal, aquella cuya ejecución se dirige a dar respuesta a las demandas que acucian al sujeto por razón de la adicción.

En dicha hipótesis, la relación de causalidad exige atender más a las circunstancias del hecho delictivo concreto y del ulterior propósito del autor que al grado de intoxicación o efectos de la abstinencia que presente el mismo ( STS nº 158/2009 de 17 de febrero ).

Conviene recordar la jurisprudencia sobre los efectos de la adicción a tóxicos resumida, más recientemente, en nuestra STS nº 680/2013 de 22 de julio , citando las nº 1133/2009 de 17 de noviembre y en la nº 608/2009 de 21 de mayo , así como en la de 27 de enero de 2009 en el recurso 758/2008 o las nº 145/2007 de 28 de febrero , 1071/2006 de 9 de noviembre , 817/2006 de 26 de julio , y de las Sentencias 282/2004 de 1 de abril , 1217/2003 de 29 de septiembre , recordando que las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo total o parcialmente la responsabilidad penal, ( arts. 20.2 y 21.1 CP ), o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del artículo 21.2ª del Código Penal , propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del artículo 21.6º.

En la hipótesis de la atenuante del nº 2 del artículo 21 del Código Penal la relación de causalidad exige atender más a las circunstancias del hecho delictivo concreto y del ulterior propósito del autor que al grado de intoxicación o efectos de la abstinencia que presente el mismo.

Cuando de la atenuante genérica se trata, cuidamos de advertir que lo relevante es la fuerte intensidad de la influencia de la adicción para conducirla a la delincuencia funcional.

Cuando esa intensidad puede calificarse de importante la atenuante puede desplegar las consecuencias propias de la modificativa muy cualificada.

Decíamos en la Sentencia 521/09 de 18 de mayo , que para medir la importancia de la intensidad de la influencia, ha de acudir a las circunstancias del caso concreto. Y, entre éstas, a la naturaleza y gravedad del mismo delito que se comete. Porque si la atenuación se justifica por la funcionalidad de tal delito al objetivo de procura del tóxico al que el autor es adicto, ha de convenirse en que a mayor gravedad de tal hecho menos proporcionada será la influencia de la adicción en relación a la justificación de la modificación atenuante de la responsabilidad ( STS de 12 de noviembre de 2005 ).

Y en relación ya a la atenuante del nº 2 del artículo 21 recordamos que las SSTS. 22.5.98 y 5.6.2003 , insisten en que la circunstancia que como atenuante describe en el artículo 21.2 del CP . es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquélla ( SSTS. 4.12.2000 y 29.5.2003 ). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado "delincuencia funcional" ( STS. 23.2.99 ). **Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción** , a diferencia del artículo 20.2 del Código Penal y su correlativa atenuante 21.1 Código Penal , en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas .

Lo que la sentencia ahora recurrida ante nosotros toma en consideración, pese a la ausencia de informes médicos según su cuida de advertir, es que la severa adicción del recurrente se traduciría en una "atenuación de frenos inhibitorios de sus impulsos". Es decir que su voluntad estaba "comprometida" por el trastorno de su adicción. Nada más. Desde luego no indica que la adicción fuera intensamente determinante de la decisión incendiaria. Solamente que atenuó los frenos inhibitorios ante tal toma de decisión.

Sitúa pues con acierto la toxicomanía detectada en el ámbito de la atenuante específica. La del artículo 21.2 del Código Penal .

Y ya en ese ámbito debe tenerse en cuenta que lo relevante es la intensidad de la influencia de la adicción para conducirla a la delincuencia funcional. Pero para la atenuante muy cualificada no basta el calificar de "grave" la adicción porque esa gravedad es presupuesto ya de la atenuante simple.

Se requeriría para dar más trascendencia atenuante una información que exacerbase dicha gravedad más allá de la ineludible para la estimación de la atenuante simple. Y ya hemos dicho que ni siquiera se cuenta con informes periciales al respecto, ni con prueba destinada a acreditar tal extrema intensidad. Mucho menos, obvio es decirlo, a acreditar los efectos requeridos para la exención, ni siquiera incompleta a que hemos aludido.

Por ello, además de que la atenuante no fue objeto de pretensión en la instancia, donde se aplicó de oficio, es claro que la toxicomanía no puede decirse que haya dado lugar a la deficiencia de imputabilidad que reclama



la exención, completa o incompleta, por lo que la atenuante no puede ir más allá de la previsión del artículo 21.2 del Código Penal, sin que, dada la escasa referencia a efectos que se hace en la recurrida y que no se ha combatido impugnando el relato de lo probado, la gravedad de la adicción no puede ir más allá de la normalidad tipificada en dicho art 21.2 que ya exige gravedad en la adicción, además de una funcionalidad que, no sin laxitud, ha dejado de exigirse en este caso.

Por ello el motivo debe ser rechazado.

**CUARTO.-** De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe imponerse al recurrente cuyo recurso es desestimado, las costas derivadas del mismo, declarándose de oficio las derivadas del recurso interpuesto por El Ministerio Fiscal.

### III. FALLO

Que debemos **ESTIMAR y ESTIMAMOS** el recurso de casación formulado por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la **Audiencia Provincial de Huelva**, con fecha 2 de junio de 2016, que anulamos y dejamos sin efecto mudando lo allí dispuesto por lo que establecemos en la sentencia que dictamos a continuación de esta. Declarando de oficio las costas derivadas de este recurso.

Por otra parte debemos rechazar y rechazamos el recurso de casación interpuesto por el penado **Anton**, contra la misma resolución imponiendo al recurrente las costas causadas en el presente recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

### SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil diecisiete.

En la causa rollo nº 5/2015, seguida por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, dimanante del Sumario nº 4/2015, instruido por el Juzgado Mixto nº 3 de Ayamonte, por un delito de incendio agravado por peligro para las personas, contra Anton, con DNI nº NUM002, nacido el día NUM003 /85 en Huelva, hijo de Romualdo y de Marcelina, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 2 de junio de 2016, que ha sido recurrida en casación por el procesado y por el Ministerio Fiscal, y ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** Se acepta la declaración de hechos probados de la recurrida.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.- 1.-** Por las razones expuestas en la sentencia de casación, los hechos que se declaran probados constituyen el delito del artículo 351.1 del Código Penal.

Ahora bien, en cuanto la **intensidad del riesgo** que la acción era capaz de generar, no podemos olvidar que, si bien el fuego podía propagarse, el tiempo para ello había de ser el suficiente para alertar a quienes habitaban el inmueble facilitando que, con su atención y diligencia, pudieran conjurarlo en buena medida. Lo que nos lleva a tipificar el comportamiento en el supuesto atenuado del inciso segundo de dicho apartado 1 del artículo 351 del Código Penal citado.

**2.-** La individualización de la pena nos lleva a tomar en consideración la atenuante apreciada en la sentencia de instancia. Por ello imponiendo la pena allí dispuesta en su mínima extensión.

Por ello



### III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Anton , como autor de un delito de incendio ya definido a la pena de **CINCO AÑOS de prisión**, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Y a que indemnice a los copropietarios de la vivienda sita en CALLE000 , NUM000 , NUM001 , de Isla Cristina, en la cantidad de **CINCO MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO EUROS Y CUATRO CÉNTIMOS(5.145,04€)**, mas intereses legales incrementados en dos puntos desde la fecha de esta resolución, y costas del presente proceso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEN103