



Roj: **STS 1463/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1463**

Id Cendoj: **28079120012022100356**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/04/2022**

Nº de Recurso: **10622/2021**

Nº de Resolución: **364/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 2154/2021,**
STS 1463/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 364/2022

Fecha de sentencia: 08/04/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10622/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/04/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Procedencia: TSJ Canarias

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10622/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 364/2022

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Dª. Ana María Ferrer García



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 8 de abril de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10622/2021P por infracción de ley y quebrantamiento de Forma, interpuesto por la representación de la condenada **D.ª Marí Jose**, contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Gran Canaria, de fecha 9 de Setiembre de 2021 en el Rollo de apelación nº 64/2021, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de la acusada **D.ª Marí Jose** contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Palmas, en fecha 24 de febrero de 2021, en el sumario nº 136/2020 (rollo nº 38/2020), seguido contra la referida acusada, por delito de asesinato en grado de tentativa; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, estando la recurrente representada por el procurador D. José Javier Fernández Manrique de Lara, bajo la dirección letrada de D. Adrián Rubén Rodríguez Vega.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de las Palmas, Sección 2ª, el rollo de sala nº 38/2020, procedente de sumario nº 136/2020, del Juzgado de Instrucción nº 5 de las Palmas de Gran Canaria, contra **D.ª Marí Jose**, por delito de asesinato en grado de tentativa; se dictó sentencia con fecha 24 de febrero de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO: Sobre las 9.30 horas del día 8 de enero de 2020, la acusada, **Marí Jose**, mayor de edad, conocida como "Azucena", se dirigió al domicilio de su madre **Begoña** que vive sola, sito en la CALLE000 NUM000, de Las Palmas de Gran Canaria. Se trata de una vivienda de pequeñas dimensiones compuesta por cocina-salón, dos dormitorios, baño y patio pequeño situado en un edificio de pocas viviendas habitadas. Una vez dentro del domicilio y mientras tomaban tranquilamente un café, la acusada, le pidió a su madre algo de alcohol para, según dijo, curar una herida, diciéndole esta que era mejor utilizar una crema que tenía, por lo que se dirigió hacía su dormitorio, siguiéndola la acusada. Cuando **Da. Begoña** se inclinó para buscar la crema en su mesita de noche, la acusada le dio un fuerte golpe en la nuca, diciéndole: "te voy a encerrar y voy a pegar fuego a la casa para que arda contigo dentro". Acto seguido cerró por fuera -con la llave que estaba puesta en la cerradura- la puerta del dormitorio, dejando así a su madre, quien a la fecha le restaban menos de dos semanas para cumplir 79 años de edad, sin posibilidad de salir, y a continuación la acusada prendió fuego al sofá "chaise longue" del salón, por dos diferentes partes, con el mechero que llevaba y se fue de la vivienda cerrando la puerta, pasando por delante de la vivienda de su madre e ignorando las súplicas de esta que, asomada a la ventana, le pedía que "la sacara de ahí".

D.ª Begoña trató de romper la puerta de la habitación con una percha para salir, sin lograrlo, por lo que decidió gritar por la ventana pidiendo auxilio. Los gritos fueron escuchados por varias personas, entre ellas una señora que estaba en una vivienda del piso superior cuidando de sus nietos, y que al ver el humo y las llamas que salían de la vivienda subió a buscarlos y abandonó con rapidez la vivienda. Otro de los vecinos colocó unas escaleras en la fachada y logró así acceder al dormitorio en el que se encontraba **Begoña** y, poniendo debajo de la ventana una mesita de noche para ayudarla a subir y pasar las piernas hacia el exterior, auxiliada por otros vecinos desde la calle, lograron entre todos sacarla de la vivienda. A continuación, ese mismo vecino desconectó la corriente del edificio y usando una "pata de cabra", accedió a la vivienda de **Begoña** y descargó el extintor que portaba y un segundo extintor que estaba en la zona común del edificio, logrando así sofocar el incendio.

Que el incendio se produjo en la primera planta del inmueble, teniendo éste un piso más por encima, siendo un total de cuatro viviendas, incendio que comportó riesgo para los vecinos de la planta superior, expuestos al calor, humo y gases de la combustión y a ser atrapados en sus viviendas.

Así mismo se causaron desperfectos en la vivienda ascendentes a la suma de 12.024,19 euros.

*Como consecuencia de los anteriores hechos, **Da. Begoña** sufrió una contusión leve de nuca y ansiedad muy intensa, lesiones que han tardado en curar 10 días durante los que ha precisado tratamiento ansiolítico, presentando como secuela un trastorno de estrés postraumático que necesita en la actualidad de tratamiento con antidepresivos y ansiolíticos (sic)".*

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente parte dispositiva:

"Debemos condenar y condenamos a **Marí Jose** como autora criminalmente responsable de un delito ya definido de Incendio del artículo 351, párrafo primero, en concurso ideal del artículo 77, con un delito de



Asesinato intentado del artículo 139, 1º, y artículo 16 del Código Penal, con la concurrencia, respecto de este último delito, de la circunstancia agravante de parentesco prevista en el art. 23 C.P, a la pena de DIECIOCHO AÑOS DE PRISIÓN, e Inhabilitación absoluta por el mismo tiempo, y la prohibición de aproximarse durante 23 años, a menos de 300 a su madre Begoña, en cualquier lugar donde se encuentre, de su domicilio, y de cualquier otro que frecuente, así como comunicar con ella por cualquier medio directo o indirecto por el mismo tiempo. Con imposición de las costas procesales causadas.

En concepto de responsabilidad civil, la acusada indemnizará a Begoña en la cantidad de 12.024,19 euros por los daños causados en su vivienda, y en la cantidad de 10.000 euros por los daños morales y psíquicos, cantidades que devengarán el interés previsto en el artículo 576 de la LECivil.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que imponemos a Marí Jose, le abonamos todo el tiempo que hayan estado privado de ella por esta causa(sic)".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la acusada; dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria, con fecha 9 de septiembre de 2021, cuya parte dispositiva es la siguiente:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador don José Javier Fernández Manrique de Lara en representación de la condenada doña Marí Jose contra la sentencia de fecha 24 de febrero de 2021, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Palmas en el rollo nº 38/2020, dimanante del procedimiento sumario ordinario nº 136/2020, incoado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria(sic)".

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de Forma por la representación procesal de la acusada **D.ª Marí Jose**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación procesal de la recurrente **D.ª Marí Jose**, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Por quebrantamiento de las normas y garantías procesales que causan indefensión a mi parte habiéndose reclamado la subsanación y ello en relación al motivo de casación del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quebrantamiento de forma. DE LA INFRACCIÓN DE GARANTIAS PROCESALES. DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA señalando expresamente como particulares el Auto de fecha 22 de octubre de 2020 y la respetuosa protesta de fecha 29 de octubre de 2020.

2.- De la inclusión de nuevos hechos probados en la sentencia dictada por el TSJ de la intangibilidad de los hechos probados. STS 4672020, de 11 de febrero de 2020.

Que con carácter previo, esta parte quiere poner de manifiesto que el presente MOTIVO PRIMERO es como consecuencia de la *inclusión de un hecho nuevo* que se ha introducido de forma errónea por la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, todo sea dicho con los máximos respetos que merece la Ilustrísima Sala.

En los hechos probados de la Sentencia de instancia (Audiencia Provincial) nada se dice sobre ningún tipo de sustancia acelerante y sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de introduce este elemento en reiteradas ocasiones (sustancia acelerante - alcohol) y el mismo, por su importancia ha influido notoriamente a la resolución de los motivos planteados, en especial a los motivos de tentativa acabada e inacabada, lesiones o intento de asesinato, delito de incendio del artículo 351.1 y 351.1 inciso segundo.

3.- Con fundamento en el 846.bis c), apartado b) por haber incurrido la sentencia en infracción de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos y la determinaciones de la pena. aplicación indebida del artículo 351.1 del Código Penal y la regulación del artículo 351.1. CP inciso segundo. artículo 266 CP. Vulneración del principio de proporcionalidad y legalidad.

4.- Con fundamento en el 846.bis c), apartado b) por haber incurrido la sentencia en infracción de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos y la determinación de la pena. por infracción del artículo 139 del CP en relación el delito de asesinato y el animus necandi. de la alevosia y la posibilidad de defensa. Vulneración del principio de proporcionalidad y legalidad.

5.- De la infracción de precepto legal por vía del artículo 846 bis c) apartado b. de la tentativa acabada y tentativa inacabada. De la graduación de la pena. De la infracción del artículo 62 CP. Que se denuncia la infracción del artículo 62 del Código Penal.



6.- Por vía del artículo 846, bis c; apartado b, por haber infringido la sentencia en precepto constitucional y legal en la calificación jurídica de los hechos. del concurso de delitos y del principio non bis in idem. Sentencia del Tribunal Supremo - sala de lo penal de 12 de julio de 2017.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso de casación presentado de contrario, interesa la inadmisión a trámite del mismo, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉTIMO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día 6 de Abril de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 2ª, condenó a la acusada Marí Jose como autora de un delito de incendio del artículo 351, párrafo primero, en concurso ideal con un delito intentado de asesinato de los artículos 139.1 y 16, con la agravante de parentesco del artículo 23 en este último, todos del Código Penal (CP), a la pena de 18 años de prisión. Contra la sentencia interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia. Contra esta última sentencia interpone recurso de casación.

En el primer motivo, al amparo del artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), denuncia la indebida denegación de prueba. Se refiere la recurrente a la prueba pericial psiquiátrica solicitada en la instancia, acerca de su estado mental. Argumenta que, frente a lo que se expresa en la sentencia recurrida, solicitó la prueba en la segunda instancia.

1. El derecho a utilizar medios de prueba en defensa de la pretensión que cada parte sostenga tiene rango constitucional al venir reconocido en el artículo 24 de la Constitución, pero no es un derecho absoluto. Ya la Constitución se refiere a los medios de prueba "pertinentes", de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás (artículos 659 y 785.1 de la LECrim). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC nº 70/2002, de 3 de abril). El motivo podrá prosperar cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del asunto (SSTC 50/1988, de 22 de marzo; 357/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre y 1/1996, de 15 de febrero; 37/2000, de 14 de febrero).

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por los artículos 785 y 786 LECrim cuando se trate de Procedimiento Abreviado. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS nº 1591/2001, de 10 de diciembre y STS nº 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, (STS nº 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo sus propias características, sino también las demás pruebas ya practicadas y la decisión del Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del



caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica pudiera suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

2. El motivo no puede ser estimado por dos razones. En primer lugar, porque la recurrente, a pesar de lo que ahora alega, no solicitó la prueba en la apelación, pudiendo haberlo hecho. El artículo 790.3 de la LECrim dispone que " *En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables*". En consecuencia, si solicitó la prueba en la instancia y consideró que le fue indebidamente denegada, debió solicitarla para la apelación.

La recurrente se refiere al suplico de su recurso de apelación, pero en él no hace una proposición de prueba para la segunda instancia, sino que interesa del Tribunal que, estimando uno de los motivos de apelación, declare la nulidad del juicio y ordene a la Audiencia Provincial que declare pertinente la prueba y proceda a celebrar nuevo juicio, en el que se tenga en consideración el resultado de la misma. Igual pretensión se formulaba en el primero de los motivos del recurso.

Por lo tanto, no habiendo propuesto la prueba denegada en la instancia cuando pudo hacerlo para su práctica en apelación, el motivo no puede ahora ser estimado.

3. Tampoco desde la perspectiva del fondo del asunto puede ser estimada la queja de la recurrente. Tal como resulta de la sentencia de apelación, dos días después de los hechos fue reconocida por el médico forense, emitiendo dictamen en el que no se apreciaban signos de deterioro o padecimiento psiquiátrico de clase alguna en la recurrente. Los informes médicos en los que se apoya para proponer la prueba pericial solamente hacen referencia a signos de ansiedad y depresión, pero éstos no constituyen indicios suficientes para justificar una nueva prueba pericial, cuando ya se disponía de una que no apreciaba ninguna disminución relevante en las capacidades de la recurrente. Aún así, esos informes fueron examinados por dos médicos forenses, que pudieron valorar si los nuevos datos disponibles sobre antecedentes de atención psicológica justificaban una ampliación del reconocimiento con vistas a emitir un nuevo dictamen, y entendieron que no era pertinente, como tampoco era precisa una modificación de las conclusiones consignadas en el primer informe.

En consecuencia, la prueba pericial psiquiátrica ya había sido practicada, y no era necesaria una segunda pericia, por lo que el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, alega la intangibilidad de los hechos probados, y sostiene que en la sentencia de apelación se introduce un hecho nuevo, que no aparece en la de instancia, al resolver varios motivos argumentando que la recurrente Celia con alcohol el sofá antes de prenderle fuego, lo que afecta al sentido de la resolución en lo que atañe al elemento subjetivo.

1. En la sentencia de apelación no se modifica el relato de hechos probados. Se transcribe el mismo en su integridad y se afirma expresamente que se aceptan los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida. Por lo tanto, no hay una indebida alteración de los hechos probados.

Es cierto, sin embargo, que en los razonamientos expresados en distintos pasajes de la sentencia de apelación se incluye como elemento valorable que la recurrente prendió fuego al sofá rociándolo previamente con alcohol, cuando esta circunstancia, el empleo del alcohol como acelerante, no se contiene en el relato de hechos probados.

2. Sin embargo, aunque en esos razonamientos se utilice un elemento que el Tribunal de instancia no declaró probado, y que, por lo tanto, no debía ser tenido en cuenta, los aspectos sustanciales de la argumentación del Tribunal subsisten, aunque se prescinda del mismo.

Pues lo que se declara probado, y el Tribunal de apelación tiene básicamente en cuenta, es que la recurrente prendió fuego al sofá en dos sitios diferentes, separados por una distancia cercana al metro; que, inmediatamente antes, había golpeado a su madre en la cabeza; que, estando aturdida, la había encerrado con llave en su habitación; que al golpearla le dijo "te voy a encerrar y voy a pegar fuego a la casa para que arda contigo dentro"; y que, prendido el fuego, cuando el sofá ya ardía, abandonó la casa, cerrando la puerta de la calle y desatendiendo las peticiones de ayuda que su madre hacía por la ventana de la habitación.

Todo ello es suficiente para sostener, como se hace en la sentencia de apelación y en la de instancia, que la intención de la recurrente era causar la muerte a su madre mediante el incendio de la vivienda, bien por la acción del fuego o como consecuencia de la asfixia causada por el humo. O, alternativamente, y con las mismas consecuencias penales, que conocía la alta probabilidad de que esos elementos le causaran la muerte y, a pesar de ello, actuó como lo hizo.



Por lo tanto, aun cuando resulta erróneo argumentar teniendo en cuenta un hecho que el Tribunal de instancia no había declarado probado, a los efectos de la resolución del recurso de apelación resulta irrelevante, en la medida en que subsisten las razones sustanciales aludidas para la desestimación.

Por todo ello, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo se apoya la recurrente en el artículo 846 bis c), apartado d) de la LECrim, para alegar la indebida aplicación del artículo 351.1 del CP, considerando aplicable el inciso segundo o, incluso, el artículo 266. Argumenta que la pena impuesta está prevista para un incendio total y devastador y que, en el caso, solo se prendió fuego al sofá y únicamente ardieron los enseres inmediatos al mismo, quedando el resto de la vivienda en perfecto estado, salvo por el humo que llegó a algunas habitaciones. Que el sofá se encontraba en una zona de la vivienda alejada de la habitación.

1. La recurrente reitera en este motivo los argumentos de la apelación, sin referirse a los consignados en la sentencia que desestimó el motivo. Incluso se apoya en un precepto procesal inaplicable en el recurso de casación. Lo cual permitiría remitirse a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

El artículo 351 del CP castiga a los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, y permite a los Jueces o Tribunales imponer la pena inferior en grado en atención a la menor entidad del peligro causado y a las demás circunstancias del hecho.

Establece igualmente que cuando no concurra tal peligro para la vida o integridad física de las personas, los hechos se castigarán como daños previstos en el artículo 266 de este Código.

En la 53/2019, de 5 de febrero, citada posteriormente por la STS nº 679/2020, de 11 de diciembre, se decía que *" la concurrencia del riesgo personal que el tipo penal reclama, se entiende satisfecha desde su consideración hipotética o potencial, esto es, el delito de incendio del artículo 351 del Código Penal no contempla la existencia de una 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)".*

"Dicho de otro modo, al evaluarse la concurrencia de riesgo desde la idoneidad de la acción, y no desde el resultado finalmente impulsado, para la consumación del delito que contemplamos resulta irrelevante si llegó a materializarse un riesgo para la vida o la integridad de las personas que allí habitaban, o si éste riesgo, pese a surgir, decayó poco tiempo después de surgir el fuego, bien porque los habitantes del inmueble fueran desalojados, bien porque el fuego se extinguiera o fuera sofocado, por más que estas circunstancias puedan impulsar la rebaja de la pena en un grado, tal y como el propio precepto contempla, precisamente atendiendo a la menor entidad del peligro causado. Y siendo el riesgo un dato de naturaleza objetiva, sólo cuando no se aprecie la idoneidad del fuego para generar un peligro personal, esto es, cuando carezca de potencial de peligro para la vida o integridad de las personas, bien porque el medio incendiario empleado sea inhábil para su propagación, bien por la limitada capacidad de combustión de la sustancia utilizada, los hechos pueden derivar en el delito de daños del artículo 266 del Código Penal , cuya pena es más adecuada a la real gravedad de los hechos".

2. En el caso ha de descartarse la aplicación del artículo 266 del CP, pues está acreditada la existencia de un incendio y la concurrencia de peligro para la vida y la integridad física, no solo de la víctima del intento de asesinato, sino también de otras personas que habitaban en el edificio y que tuvieron que abandonarlo rápidamente.

La cuestión queda, pues, reducida a la posible aplicación del inciso segundo del primer párrafo del precepto, que permite imponer la pena inferior en grado en atención a la menor entidad del peligro causado y a las demás circunstancias del hecho. En el caso, ha de tenerse en cuenta que el fuego se aplicó solamente en un sofá del salón de la vivienda; que no constan daños producidos directamente por el fuego en el edificio o en otras viviendas; que la propagación fue lenta, manteniéndose las llamas en el sofá hasta que un vecino consiguió la extinción; que aquel pudo sofocar el incendio con rapidez utilizando dos extintores; y que los vecinos no resultaron afectados al poder abandonar a tiempo el edificio.

Todo ello permite considerar que fue menor la entidad del peligro para terceros distintos de la víctima del delito contra la vida, que es lo que justifica la aplicación del artículo 351 del CP, lo que autoriza la aplicación del segundo inciso del párrafo primero de dicho artículo. Ello determinará una pena inferior, que se individualizará en la segunda sentencia que se dicte a continuación de ésta, por lo que la cuestión de la proporcionalidad de la pena queda sin contenido.

En ese sentido, el motivo se estima parcialmente.

CUARTO.- En el cuarto motivo, nuevamente con errónea invocación del artículo 846 bis c), ahora en relación al apartado b), denuncia la infracción del artículo 139 del CP. Sostiene que no concurre la alevosía ya que según



se declara probado, encerró a su madre en una habitación que tenía ventana a la calle, lo que determinaba que pudiera solicitar ayuda y que pudiera abandonar la vivienda desde la misma. Argumenta que existió posibilidad de defensa. También afirma que no está acreditado que tuviera voluntad de matar.

1. La intención del sujeto activo del delito es un hecho de conciencia, un hecho subjetivo, precisado de prueba, cuya existencia no puede acreditarse normalmente a través de lo que se suele considerar prueba directa, siendo necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido sobre datos fácticos debidamente acreditados. Salvo, es obvio, en los supuestos en que se disponga de una confesión del autor que por sus circunstancias resulte creíble. Esa inferencia debe aparecer de modo expreso en la sentencia y debe ser razonable, de tal manera que la conclusión obtenida acerca del elemento subjetivo surja naturalmente de los datos disponibles. Esa razonabilidad es precisamente el objeto del control casacional cuando la cuestión se plantea como aquí lo hace el recurrente. No es decisivo que aparezca en el relato de hechos probados o en la fundamentación jurídica.

2. En el caso, puede afirmarse sin dificultad la intención de causar la muerte, pues ello se deduce de forma razonable de los siguientes datos: la recurrente golpeó a su madre diciéndole "te voy a encerrar y voy a pegar fuego a la casa para que arda contigo dentro", expresión que no precisa aclaraciones; la encerró en la habitación, cerrando la puerta con llave; provocó un incendio en el salón, prendiendo fuego a un sofá en dos sitios diferentes; y la víctima tenía entonces 79 años, lo que le hacía prácticamente imposible salir por la ventana sin ayuda, teniendo en cuenta que se encontraba a unos 2,50 metros de la calle.

De todos modos, sería apreciable el dolo eventual. Resulta de toda evidencia que, al menos, la recurrente conocía el serio peligro para la vida de la víctima al causar un incendio dejándola encerrada en una habitación de la vivienda que no podría abandonar sin ayuda de terceros, dificultada al estar cerrada la puerta de la calle y la de la habitación, y que, al actuar pese a todo, demostraba la aceptación del resultado que aparecía con alta probabilidad, o, al menos, la indiferencia hacia su producción.

3. En cuanto a la alevosía, para apreciarla es necesario, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su significado tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, como consecuencia, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades, (STS nº 1866/2002, de 7 noviembre).

De lo antes expuesto se desprende que la esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados; y que, subjetivamente, venga caracterizada por el conocimiento por parte del autor del significado de los medios, modos o formas empleados en la ejecución, en cuanto tendentes a asegurar el resultado, impidiendo la defensa del atacado y suprimiendo los riesgos que de ella pudieran derivarse para el agresor.

La forma más tradicional del ataque alevoso viene constituida por la agresión a traición, pues es claro que en esos casos la acción agresiva pretende principalmente la supresión de una posible defensa. Así, es ataque alevoso el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino (STS nº 382/2001, de 13 de marzo y las que se citan en ella), ejecutado contra quien está confiado en que tal clase de ataque no se produzca. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que tiende a suprimir la posibilidad de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. Pero también reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce, imprevisiblemente, un cambio cualitativo en la situación (STS nº 178/2001, de 13 de febrero, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno en función de las concretas circunstancias del hecho. (STS nº 1031/2003, de 8 de setiembre).

Una segunda modalidad de alevosía se aprecia en los casos de emboscada, trampa o similar en la que el ataque se prepara de forma que se asegure contra cualquier posible defensa del agredido. Y, finalmente, es constante la Jurisprudencia que entiende que ello también concurre cuando se trata de personas indefensas o en nítida situación de inferioridad y ésta es aprovechada por el autor al ejecutar su acción.



Situaciones estas que, aunque en su formulación teórica se presenten de forma independiente, en la realidad pueden y suelen aparecer en forma parcialmente conjunta, aunando elementos de unas y otras.

3. En el caso, toda la conducta de la recurrente aparece orientada a situar a la víctima, que tenía 79 años, en una situación en la que la defensa resulte inútil. La golpea en la cabeza cuando está de espaldas a ella; y aprovechando la sorpresa, la introduce en la habitación, cerrando la puerta con llave, impidiéndole salir; sabe que huir por la ventana no es posible sin ayuda de terceros, que en ese momento no es esperable; provoca un incendio en el salón; abandona la vivienda cerrando la puerta de la calle; y desatiende las peticiones de ayuda que hace la víctima. Todo ello orientado a situar a la víctima en una situación de indefensión.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el quinto motivo, nuevamente invocando el artículo 846 bis de la LECrim, denuncia la infracción del artículo 62 del CP. Argumenta que la tentativa inacabada debe llevar una menor pena que la acabada.

1. Los criterios para determinar cuando nos encontramos ante una tentativa acabada o inacabada son variados y parten de concepciones subjetivas, en torno al plan del autor, u objetivas, en atención a los hechos realizados y su suficiencia para la producción del resultado querido por el autor. Quizás la combinación de ambas permita una mejor determinación de la consideración de acabada o inacabada, de manera que será acabada la ejecución cuando el autor pueda prever que la acción realizada es suficiente para la producción del resultado y, sin embargo, éste no se ha producido por causas ajenas a su voluntad.

En el caso, el resultado no se produjo por la intervención de terceras personas que auxiliaron a la víctima a abandonar la vivienda, lo cual ella no podría haber hecho por sí misma, dadas las circunstancias personales y del hecho. Puede considerarse, pues, que se trató de una tentativa acabada.

2. Sin embargo, esta terminología no es utilizada en el Código, que en el momento de individualizar la pena obliga a tener en cuenta el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado.

Y desde esa perspectiva no se justifica la reducción de la pena en dos grados, pues el peligro para el bien jurídico puede considerarse intenso, dado el medio empleado, la edad de la víctima y las dificultades para huir del lugar; y el grado de ejecución fue igualmente avanzado, pues como hemos señalado, el resultado no se produjo por la intervención de terceros.

El motivo, pues, se desestima.

SEXTO.- En el sexto motivo, nuevamente invocando el artículo 846 bis de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del concurso ideal, pues entiende que los hechos solo serían constitutivos de un delito de asesinato intentado mediante incendio. Se limita a citar y a reproducir jurisprudencia de esta Sala.

1. A pesar de la formulación de su pretensión, la propia parte recurrente reconoce en el motivo que 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.

2. Esto es lo que ocurre en el caso. La recurrente ha intentado causar la muerte a su madre provocando un incendio en su vivienda, y, al mismo tiempo, con el riesgo de propagación del fuego y con el humo causado por el mismo, ha puesto en peligro la vida o integridad física de otros moradores del mismo edificio, que tuvieron que abandonarlo rápidamente al percatarse del fuego. Es claro, por lo tanto, que el delito de asesinato no cubre toda la antijuricidad del hecho.

La conducta ejecutada era idónea para la causación del peligro, por lo que, además del delito de asesinato debe apreciarse la comisión del otro delito de incendio.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

FALLO

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

1º. Estimamos parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Marí Jose , contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Gran Canaria, de fecha 9 de Setiembre de 2021, en el Rollo de apelación nº 64/2021, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Palmas, en fecha 24 de febrero de 2021, en el rollo nº 38/2020, seguido contra la referida acusada, por delito de asesinato en grado de tentativa.



2º. Declaramos de oficio las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal 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 haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García Angel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION (P) núm.: 10622/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Dª. Ana María Ferrer García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 8 de abril de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10622/2021P, interpuesto por **D.ª Marí Jose**, contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Gran Canaria, de fecha 9 de Setiembre de 2021, en el Rollo de apelación nº 64/2021, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Palmas, en fecha 24 de febrero de 2021, en el rollo nº 38/2020, procedente de sumario nº 136/2020, del Juzgado de Instrucción nº 5 de las Palmas de Gran Canaria, contra D.ª Marí Jose, por delito de asesinato en grado de tentativa, en el que se dictó sentencia con fecha 24 de febrero de 2021, contra la referida acusada, que condenaba a Marí Jose como autora criminalmente responsable de un delito ya definido de Incendio del artículo 351, párrafo primero, en concurso ideal del artículo 77, con un delito de Asesinato intentado del artículo 139, 1º, y artículo 16 del Código Penal, con la concurrencia, respecto de este último delito, de la circunstancia agravante de parentesco prevista en el art. 23 C.P, a la pena de dieciocho años de prisión, e Inhabilitación absoluta por el mismo tiempo, y la prohibición de aproximarse durante 23 años, a menos de 300 a su madre Begoña, en cualquier lugar donde se encuentre, de su domicilio, y de cualquier otro que frecuente, así como comunicar con ella por cualquier medio directo o indirecto por el mismo tiempo. Con imposición de las costas procesales causadas.- En concepto de responsabilidad civil, la acusada indemnizará a Begoña en la cantidad de 12.024,19 euros por los daños causados en su vivienda, y en la cantidad de 10.000 euros por los daños morales y psíquicos, cantidades que devengarán el interés previsto en el artículo 576 de la LECivil.- Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que imponemos a Marí Jose, le abonamos todo el tiempo que hayan estado privado de ella por esta causa.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación procesal de la acusada, que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO



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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con nuestra sentencia de casación, debe aplicarse el inciso segundo del párrafo primero del artículo 351 del CP. En consecuencia, la pena asignada a este delito quedaría comprendida entre 5 años y 10 años menos 1 día. Al resultar menor que la correspondiente al delito intentado de asesinato, comprendida entre 7 años y 6 meses y 15 años menos 1 día, es esta la pena que habrá de ser tenida en cuenta en el cálculo de la correspondiente al concurso ideal, conforme a lo previsto en el artículo 77.2 del CP. Concurriendo una circunstancia agravante, por aplicación de las reglas previstas en el citado artículo 77.2, y teniendo en cuenta la gravedad de los hechos cometidos, se considera procedente la imposición de la pena de 14 años de prisión.

FALLO

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

1º. Condenamos a la acusada **D.ª Marí Jose** como autora de un delito intentado de asesinato, con la agravante de parentesco, en concurso ideal con un delito de incendio, ya definidos, a la pena de 14 años de prisión, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

2º Se mantienen las prohibiciones acordadas en la sentencia de instancia, aunque por tiempo de 20 años.

3º. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García Angel Luis Hurtado Adrián