



Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 27 Sep. 2010, rec. 147/2010

Ponente: Jorge Barreiro, Alberto Gumersindo.

Nº de Sentencia: 843/2010

Nº de Recurso: 147/2010

Jurisdicción: PENAL

Tipo de recurso de la resolución: APELACION

INCENDIO. Acción de prender un litro de combustible en la parte exterior de la barra de un bar. ERROR DE HECHO. PRUEBA DOCUMENTAL. Requisitos que adornan el motivo. Criterios jurisprudenciales. Las declaraciones testificales no pueden sustentar la tesis impugnativa del error. Y los informes psicológicos no evidencian error que verse sobre el estado de afectación por causa de la embriaguez, a la que ni siquiera se refieren. ATENUANTES POR ANALOGÍA. EMBRIAGUEZ. La ejecución del hecho de forma premeditada y planificada no se compadece con una alteración significativa de las facultades. ATENUANTES POR ANALOGÍA. CONFESIÓN. Circunstancias que están en la base de su apreciación. Cuerpo de doctrina. No se dan los requisitos. Los acusados acuden a las dependencias policiales cuando ya saben que están siendo buscados, y no declaran espontáneamente ni reconocen los hechos. COSTAS. La intervención de la compañía aseguradora, quien se subroga en la posición del perjudicado, no es achacable a los acusados, que habían consignado con creces la cantidad reclamada.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Septiembre de dos mil diez

SENTENCIA

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Segunda, de fecha veintiséis de noviembre de dos mil nueve. Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrentes, los acusados Mario y Remigio, representados por el procurador Sr. Granizo Palomeque. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES



1.- El Juzgado de Instrucción número Cuatro de Valladolid, instruyó sumario 7/08, por delito de incendio, contra Mario y Remigio , y lo remitió a la Audiencia Provincial de Valladolid, cuya Sección Segunda, dictó sentencia en fecha veintiséis de noviembre de dos mil nueve, con los siguientes hechos probados : *Sobre Las 16:30 horas del día 21 de octubre de 2008, los procesados Remigio y Mario , mayores de edad ambos y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se personaron en el bar "Genuli", sito en el bajo del inmueble habitado nº 7 de la calle Hornija de Valladolid, cuya propietaria Eva se encontraba en ese momento al frente del establecimiento y a la cual pidieron les pusiera unas cervezas.*

Al ver que los mismos tenían síntomas de haber ingerido bebidas alcohólicas, la propietaria se negó a servirles dichas consumiciones, momento en el que tanto Remigio como Mario increparon a la misma diciéndole, en tono despectivo, que era mala, que era extranjera y no tenía sitio aquí, a pesar de lo cual mantuvo su decisión de no servirles.

Ello motivó que ambos acusados manifestasen que iban a quemarle el bar, abandonándolo seguidamente.

Al cabo de unos quince minutos aproximadamente, los procesados, portando una garrafa de cinco litros, que contenía gasolina, regresaron de nuevo al bar "Genuli", en cuyo interior se encontraban, además de su propietaria, otros tres clientes. Una vez dentro, Remigio que llevaba dicha garrafa procedió a echar aproximadamente un litro de ese combustible en la parte exterior de la barra del mostrador, al tiempo que los dos procesados avisaban a los que allí se hallaban que salieran del local. Los últimos en salir fueron la propietaria y el cliente Everardo , haciéndolo de forma apresurada. Justo nada más salir estos, Mario , que actuaba de común acuerdo con Remigio , prendió fuego a la gasolina vertida originando inmediatamente la combustión. Acto seguido ambos procesados huyeron precipitadamente del lugar en un vehículo BMW.

Poco después Everardo se introdujo en el bar, acompañado por la propietaria, y con un extintor lograron sofocar el fuego que se estaba propagando por el local.

Como consecuencia del incendio se produjeron daños en el local que han sido tasados en 6.445,78 euros, habiendo alcanzado a las dos máquinas recreativas instaladas, propiedad de la mercantil "La Ruleta Automáticos S.L." a las que produjo desperfectos por importe de 2.449,91 euros.

La titular del establecimiento Eva no reclama cantidad alguna al haber sido indemnizada por la aseguradora Mapfre en la cantidad de 5.347,92 euros.

Ambos procesados en el momento de realizar los hechos estaban influidos por el alcohol previamente ingerido, lo que les producía una leve disminución de sus facultades de conocimiento y de voluntad.

Los procesados consignaron en diciembre de 2008 la cantidad de 10.500 euros, interesando se entregase la misma a los perjudicados, no habiéndose efectuado por causas a ellos no imputables.



2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: *FALLO: Condenamos a Mario y a Remigio como coautores de un delito de incendio ya definido (del artículo 351 inciso segundo del Código Penal), concurriendo en ambos la atenuante cualificada de reparación del daño y la atenuante analógica de embriaguez, a la pena, para cada uno de ellos, de dos años, seis meses y un día de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y costas incluidas las de la acusación particular.*

En concepto de responsabilidad civil, ambos procesados indemnizarán de forma conjunta, solidaria y por iguales partes entre sí, a la mercantil Mapfre Seguros Generales SA en 5.347,92 euros y a la mercantil "La Ruleta Automáticos SL" en 2.449,91 euros, haciéndose entrega a estos perjudicados de tales importes con lo consignado en autos por los procesados con ese fin.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, será de abono al acusado todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los acusados Mario y Remigio , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849 de la LECrim por incorrecta aplicación de los arts. 20.2, 21.1, 21.2, 21.4, 21.6 y 123, todos ellos del Código Penal. SEGUNDO.- Por infracción de Ley del número Segundo del art. 849 de la LECrim , por error en la valoración de la prueba.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 16 de septiembre de 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valladolid condenó a Mario y a Remigio , en sentencia dictada el 26 de noviembre de 2009 , como coautores de un delito de incendio, concurriendo en ambos la atenuante cualificada de reparación del daño y la atenuante analógica de embriaguez, a la pena, para cada uno de ellos, de dos años, seis meses y un día de prisión. Y en concepto de responsabilidad civil, a que indemnizaran a la mercantil Mapfre Seguros Generales, S.A., en 5.347,92 euros y a la mercantil "La Ruleta Automáticos SL" en 2.449,91 euros.

Los hechos que fueron objeto de condena se resumen, de forma sucinta, en que el día 21 de octubre de 2008, los procesados Remigio y Mario se personaron en el bar "Genuli", sito en la planta baja del inmueble habitado nº 7 de la calle Hornija de Valladolid. Y como la propietaria, al observar que tenían síntomas de haber ingerido bebidas alcohólicas, se negara a servirles las cervezas que le pidieron, los acusados le dijeron que iban a quemarle el bar. Se marcharon entonces y regresaron a los quince minutos portando una garrafa con cinco



litros de gasolina. Ya dentro del local, Remigio vertió aproximadamente un litro del combustible en la parte exterior de la barra, al tiempo que les indicaban a las personas que estaban en el local que salieran. Y cuando se quedaron solos, Mario prendió fuego a la gasolina vertida originando inmediatamente la combustión. Como consecuencia del incendio se produjeron daños en el local que han sido tasados en 6.445,78 euros. También se quemaron las dos máquinas recreativas instaladas, propiedad de la mercantil "La Ruleta Automáticos S.L.", que resultaron con desperfectos por importe de 2.449,91 euros.

Contra la referida condena interpusieron recurso de casación ambos acusados, formalizando un total de cinco motivos.

PRIMERO. El examen del recurso que formulan conjuntamente ambos acusados permite apreciar cierto desorden y turbiedad en la exposición de los distintos motivos, pues se entremezclan los argumentos relativos a los aspectos fácticos con aquellos que cuestionan los criterios jurídicos de la sentencia de instancia. Así las cosas, se procederá a la reordenación del examen de los cuatro puntos concretos que impugna la sentencia, comenzando el análisis por aquellos que se refieren a las cuestiones probatorias.

En el epígrafe B) del escrito, y por la vía del art. 849.2º de la LECr ., alegan los recurrentes que se ha producido error en la apreciación de la prueba en lo concerniente al estado de embriaguez que presentaban ambos acusados. En la sentencia de instancia se declara probado que "ambos procesados en el momento de realizar los hechos estaban influidos por el alcohol previamente ingerido, lo que les producía una leve disminución de sus facultades de conocimiento y de voluntad". La discrepancia de los recurrentes se centra en el grado de afectación de las facultades cognoscitivas y volitivas que sufrían cuando ejecutaron el hecho delictivo, disintiendo de forma patente de la "leve disminución" que se establece en la sentencia. Consideran al respecto que tanto la prueba testifical como los informes que figuran en la causa permiten inferir que tenían muy mermadas sus facultades debido a que se hallaban "muy borrachos" por llevar más de veinticuatro horas bebiendo.

Con sus alegaciones es claro que los impugnantes se apartan de la vía procesal que utilizan para cuestionar la apreciación de la prueba, pues esta Sala viene exigiendo (SSTS de 1653/2002, de 14-10; 892/2008, de 26-12; 89/2009 , de 5-2; y 148/2009, de 11-2) para que prospere este motivo de casación (art. 849.2º LECr .), centrado en el error de hecho, los siguientes requisitos:

- a) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas.
- b) El documento tiene que evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y litesuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.
- c) El dato acreditado por el documento no ha de hallarse en contradicción con lo evidenciado por otros elementos de prueba.
- d) Por último, el dato acreditado documentalmente debe ser relevante, de modo que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como



reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Los precedentes criterios jurisprudenciales impiden, por tanto, operar con las declaraciones testificales para fundamentar el error en la apreciación probatoria, dado que no se está ante una prueba documental sino testifical. Y otro tanto debe decirse de los informes psicológicos que se citan en el recurso. Pues, aparte de que tampoco se trata de prueba documental, lo cierto es que, tal como se argumenta en la sentencia impugnada, en ellos no se hace referencia al estado psíquico que presentaban los dos acusados en el momento de ejecutar la conducta que ahora se enjuicia.

Por lo demás, el Tribunal de instancia aprecia una atenuante analógica de embriaguez, decisión que se ajusta al grado de afectación alcohólica que se reseña en la premisa fáctica de la sentencia. La pretensión de la defensa de que se aprecie una eximente incompleta no sólo no se ajusta a los hechos declarados probados y a la fundamentación probatoria de la Audiencia, sino que tampoco se acomoda a las máximas de la experiencia. Y es que unas personas que abandonan el bar advirtiéndolo que van a quemarlo y regresan a los quince minutos con el combustible idóneo para ello, combustible que después utilizan en el interior del local de forma meticulosa, no se puede decir que tienen casi anuladas sus facultades o severamente mermadas. Si fuera así, es claro que no podían preparar y ejecutar los hechos en la forma premeditada y planificada en que lo hicieron, ni abandonar después el lugar en un vehículo con el fin de evitar su detención.

El motivo, en consonancia con lo que antecede, debe desestimarse.

SEGUNDO. En el motivo primero, y por la vía de la infracción de ley prevista en el art. 849.1º de la LECr ., se denuncia la vulneración de los arts. 20.2º, 21.1ª, 21.2ª, 21.4ª, 21.6ª y 123 del C. Penal .

1. En cuanto a la vulneración de los arts. 20.2º, 21.1ª y 21.2ª del C. Penal , la fundamenta la parte recurrente en la inaplicación de la eximente completa o incompleta de [embriaguez](#) . Por lo tanto, se trata de una cuestión que ha quedado ya resuelta en el fundamento precedente, toda vez que si no se admite la modificación de los hechos que integran la base fáctica sobre la que ha de sustentarse la circunstancia de embriaguez, no cabe, según se anticipó, alterar tampoco el criterio jurídico del Tribunal de instancia de acoger sólo una circunstancia atenuante, al no concurrir unos hechos probados que permitan aplicar la eximente completa e incompleta que postula la defensa.

El motivo por tanto se desestima.

2. Considera también la defensa que en la sentencia se infringen los arts. 21.4º y 21.6ª del C. Penal , por no haberse apreciado la circunstancia [atenuante de confesión](#) , cuando menos en la condición de analógica.

La jurisprudencia de este Tribunal (SSTS 1076/2002, de 6-VI; 615/2003, de 3-V; 542/2004, de 23-IV; 1109/2005, de 28-IX; 1400/2005, de 23-XI; 1594/2005, de 23-XII; 683/2007, de 17-7; 755/2008, de 26-12; y 508/2009, de 13-5, entre otras) viene exigiendo como requisitos de la atenuante de confesión los siguientes: en primer lugar, que *el sujeto confiese* a las autoridades la comisión de un hecho delictivo o su participación en el mismo; en segundo lugar, que la confesión *sea veraz* , quedando excluidos los supuestos en que se sostenga una versión



interesada de carácter exculpatorio que después se revela totalmente falsa; y en tercer lugar, que la confesión se produzca *antes de conocer que el procedimiento*, entendiéndose por tal también las diligencias de investigación iniciadas por la Policía, *se dirige contra él*, lo que ha de relacionarse con la *utilidad de la confesión*. De modo que quedan excluidos aquellos supuestos en los que la aparente confesión se produzca cuando ya no exista posibilidad de ocultar la infracción ante su *inmediato e inevitable descubrimiento* por la autoridad.

El examen de las actuaciones constata que, en contra de lo que esgrimen los recurrentes, no concurren en este caso los requisitos para apreciar la atenuante de confesión.

En primer lugar porque sólo se presentaron en las dependencias policiales cuando los estaban buscando por existir unas diligencias abiertas contra ellos desde hacía varios días.

En segundo lugar, en la causa consta que se negaron a declarar ante la policía, por lo que no cabe hablar en este caso de confesión de los hechos. Aducen ahora al respecto que su negativa se debió a que fueron recibidos por agentes que les atribuían una tentativa de homicidio, imputación que les pareció desproporcionada y que les llevó a negarse a responder ante unos funcionarios en los que no confiaban debido al delito que les atribuían.

En tercer lugar, ninguno de los dos acusados admitió tampoco ante el juez instructor la autoría delictiva. En efecto, Remigio manifestó que había bebido y que no se acordaba de nada, ni siquiera de haber estado esa noche en el local de la denunciante. Y en cuanto a Mario, tampoco admitió con rotundidad la autoría de los hechos en su declaración judicial de instrucción, pues negó o alteró algunos datos relevantes. En concreto, manifestó que él no quiso prender la gasolina con el encendedor de mecha; el mechero se le cayó de la mano y la gasolina se prendió. Y también dijo que no amenazó a nadie con prender fuego en el local, negando asimismo que actuara de acuerdo con Remigio para incendiar el establecimiento.

Así las cosas, es claro que no procede estimar el submotivo, debiendo rechazarse la aplicación de la atenuante quinta del art. 21 del C. Penal.

3. Por último, alega la defensa infracción de ley por haberse vulnerado el art. 123 del C. Penal. La razón es que se le habrían impuesto indebidamente las costas de la acusación particular, puesto que los acusados consignaron en el juzgado a los dos meses de la incoación de la causa la cantidad de 10.500 euros, tal como se recoge en la propia sentencia, con el fin específico de que les fuera entregada a los perjudicados por los hechos delictivos. Esta consignación, afirman los recurrentes, excluía ya del proceso la personación de la entidad aseguradora, que no se habría personado como acusación particular si el Juzgado le hubiera hecho entrega de la cantidad en que se había subrogado. Tal omisión habría determinado, por consiguiente, que la entidad MAPFRE prosiguiera como parte procesal y que se le impusieran a los acusados unas costas que ellos hicieron todo lo posible por evitar con su acción de anticipar el abono del perjuicio.

La parte recurrente tiene razón en su impugnación. En la causa consta que consignó una cantidad muy superior a la que finalmente se le asignó a la entidad aseguradora que se subrogó en la posición de los perjudicados por haberles abonado el importe de los desperfectos. La suma consignada alcanzó los 10.500 euros y la cantidad que reclamó la entidad MAPFRE SEGUROS GENERALES, S.A., fue la de 5.347,92



euros, a la que, obviamente, que podía hacerse frente con la cantidad consignada, toda vez que el importe de la otra indemnización concedida en sentencia se cuantificó en 2.449 ,91 euros.

Si se pondera que los recurrentes especificaron en el momento de la consignación el destino de la suma consignada y que, además, con motivo de presentar el escrito de calificación provisional volvieron a insistir en que se entregara a la entidad aseguradora con cargo a la consignación la cantidad que reclamaba, sólo cabe concluir que la intervención en el proceso de la acusadora particular, MAPFRE SEGUROS GENERALES, S.A., se debió a la omisión del trámite procesal de la entrega del dinero a la aseguradora por parte del juzgado y no a la previa conducta delictiva de los acusados. En efecto, éstos ya habían compensado al inicio del proceso con su consignación, que además sirvió de sustento para aplicar la atenuante muy cualificada de reparación del daño, los perjuicios irrogados a las víctimas e, indirectamente, a la entidad aseguradora que abonó los desperfectos.

Procede, en consecuencia, estimar este motivo de impugnación.

TERCERO. A tenor de lo que antecede, se estima parcialmente el recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr .).

III. FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por la representación de Remigio y Mario contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Segunda, de fecha 26 de noviembre de 2009 , que condenó a los recurrentes como coautores de un delito de incendio, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad de la atenuante muy cualificada de reparación del daño y de la atenuante analógica de embriaguez, y, en consecuencia, anulamos parcialmente esta resolución, con declaración de oficio de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamosD. Carlos Granados Perez D. Perfecto Andres Ibañez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. **Alberto Jorge BarreiroD. Enrique Bacigalupo Zapater**

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Septiembre de dos mil diez

SEGUNDA SENTENCIA

El Juzgado de Instrucción número Cuatro de Valladolid, instruyó sumario 7/08 , por delito de incendio, contra Mario , con DNI nº NUM000 , nacido en Valladolid, el 10-05-1980 y Remigio , con DNI nº NUM001 , nacido en Valladolid, el 16-07-1972, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Valladolid, cuya Sección Segunda, dictó sentencia en fecha veintiséis de noviembre de dos mil nueve , que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.



I. ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y los hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A tenor de lo argumentado en la sentencia de casación, procede excluir de la condena de instancia la imposición de las costas correspondientes a la acusación particular.

III. FALLO

Se excluye de la condena dictada en la instancia la imposición de las costas de la acusación particular. Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Perez D. Perfecto Andres Ibañez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Alberto Jorge Barreiro D. Enrique Bacigalupo Zapater

PUBLICACIÓN

.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del *Tribunal Supremo*, de lo que como Secretario certifico.