Roj: **STS 5605/2023** - **ECLI:ES:TS:2023:5605**

Id Cendoj: **28079120012023100917**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **13/12/2023**
Nº de Recurso: **6771/2021**
Nº de Resolución: **909/2023**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Oviedo, núm. 2, 19-05-2021; (proc. 266/2020),**
SAP O 3428/2021,
STS 5605/2023

FONDO DOCUMENTAL

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 909/2023

Fecha de sentencia: 13/12/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6771/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/11/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

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

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 6771/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 909/2023

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 13 de diciembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 6771/2021, interpuesto por **Antonio** , representado por el procurador D. Miguel San Miguel Villa, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Díaz Dapena, contra la sentencia nº 389/2021, de fecha 26 de octubre de 2021, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el Rollo de Apelación nº 958/2021. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: el Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción de Piloña instruyó Procedimiento Abreviado nº 22/2019, contra Antonio , por delito continuado de incendio forestal y, una vez concluso, lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 2 de Oviedo, que en el Procedimiento de Juicio Oral nº 266/2020, dictó sentencia nº 107/2021, de fecha 19 de mayo de 2021, aclarado por auto de 2 de junio de 2021, sentencia que contiene los siguientes **hechos probados:**

<<Sobre las 12:00 horas del día 15 de marzo de 2018, fecha en que existía riesgo de incendios forestales, con el indicativo de prealerta, el acusado, Antonio , DNI NUM000 , mayor de edad y sin antecedentes penales, a pesar de carecer de permiso para ello, prendió fuego, con la finalidad de eliminar el denso matorral que invadía la zona destinada a comedero del ganado, en el interior de las parcelas NUM001 y NUM002 del Polígono NUM003 del PARAJE000 (Piloña), de las que el acusado era llevador y en las que se ubican dos naves destinadas a la ganadería de la que es titular.

El incendio causado por el acusado afectó a un total de 0,67 ha. de monte con vegetación de matorral y arbolado, no formulando reclamación los titulares de las parcelas afectadas con referencia catastral NUM004 y NUM005 , y no siendo localizados los titulares de las restantes parcelas, con referencia catastral NUM006 , NUM002 , NUM007 y NUM008 .

El fuego se dio por extinguido sobre las 15:34 horas tras la intervención de los servicios de extinción del Servicio de Emergencias del Principado de Asturias, generando un coste de 621,06 euros y sin que causara perjuicio medioambiental alguno.

Días después, instantes antes de las 18:45 horas del día 3 de abril de 2018, el acusado nuevamente prendió fuego, pese a carecer de permiso, en las inmediaciones del mismo lugar en que prendiera fuego con anterioridad, con idéntica finalidad de eliminación de matorral que invadía la zona del comedero, afectando en esta ocasión el incendio, tras su propagación, a un total de 3,49 ha. de monte con vegetación de tojo, roble, castaño y eucalipto, con afectación de las mismas parcelas catastrales.

El fuego se dio por extinguido sobre las 20:48 horas tras la intervención de los servicios de extinción del Servicio de Emergencias del Principado de Asturias, generando un coste de 182,03 euros y sin que en esta ocasión causara tampoco perjuicio medioambiental alguno.

De nuevo el día 19 de abril de 2018, sobre las 18:50 horas, el acusado volvió a prender fuego, en esta ocasión para la regeneración de pasto, en el paraje de la Cuesta del Andinal, cerca de la localidad de Valle y en las proximidades de un camino que conduce a la nave de ganado de su propiedad, delimitado por fincas de las que era llevador, propagándose el incendio por el monte y afectando a un total de 1,14 ha. de tojo, castaño y eucalipto, afectando a las fincas con referencia catastral NUM009 , NUM010 , NUM011 , NUM012 , y NUM013 , cuyos titulares no formulan reclamación, así como a la finca catastral NUM014 , cuya propietaria no ha sido localizada.

El fuego fue extinguido sobre las 23:10 horas tras la intervención de los servicios de extinción del Servicio de Emergencias del Principado de Asturias, generando un coste de 512,46 euros y sin que causara perjuicio medioambiental alguno. **>>**

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal nº 2 de Oviedo, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debo condenar y CONDENO a Antonio , como autor responsable de un DELITO CONTINUADO DE INCENDIO FORESTAL, a la pena de 3 AÑOS Y 1 DÍA DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de 15 MESES Y 1 DIA DE MULTA a razón de 12 euros la cuota diaria, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

Asimismo, el acusado deberá indemnizar al SEPA en la cantidad de 1.315,55 euros.

Todo ello con expresa imposición al condenado de las costas procesales causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante este Juzgado para su resolución por la Audiencia Provincial dentro de los diez días siguientes al de su notificación. **>>**

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso por la representación procesal del condenado recurso de apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, que en el Rollo de Apelación nº 958/2021, dictó sentencia nº 389/2021, de 26 de octubre de 2021, que aceptó la declaración de hechos probados de la sentencia apelada, y cuyo fallo tiene el siguiente contenido:

<<Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Antonio , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Nª de Oviedo en fecha de 19 de mayo de 2021 en la diligencias de Juicio Oral de las que esta alzada dimana, REVOCAMOS PARCIALMENTE, en consecuencia, dicha resolución y CONDENAMOS al acusado Antonio como autor responsable de un delito continuado de incendio forestal por imprudencia a la pena de 9 meses y 1 día de prisión y multa de 9 meses, a razón de 12 euros/día, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 del CP en caso de impago; y de un delito de incendio forestal a la pena de 1 año de prisión y multa de 12 meses, a razón de 12 euros/día, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 del CP en caso de impago, manteniendo el resto de sus pronunciamientos, y ello con declaración de oficio de las costas que se hayan podido devengar en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia a las partes, instruyéndoles que no es firme y que procede RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a su notificación, conteniendo los requisitos exigidos en el art. 855 y ss. de la LECrim. **>>**

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, 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.

QUINTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Antonio :

Único.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, infracción de preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deben ser observadas en la aplicación de la ley penal:

1º) Vulneración del principio acusatorio, infracción de ley (arts. 789.3 y concordantes LECrim, y 24 CE).

2º) Infracción de los siguientes preceptos legales: 352, 358 y 74 CP.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 29 de noviembre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Antonio

PRIMERO.- Como necesarios presupuestos para la resolución del recurso de casación interpuesto, debemos señalar:

- El Juzgado de lo Penal nº 2 de Oviedo, en fecha 19-5-2021, dictó la sentencia nº 107/2021, condenando a Antonio como autor de un delito continuado de incendio forestal del art. 352 en relación con el art. 74 CP, a las penas de 3 años y 1 día de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 15 meses y 1 día con cuota diaria de 12 € -la sentencia dictada en apelación por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, estimó parcialmente el recurso interpuesto por la representación legal de Antonio , por infracción del principio acusatorio y condenó a este como autor de un delito imprudente continuado -relativo a los hechos del 15-3 y 3-4-2021- del art. 358 en relación con los arts. 352 y 74 CP, a las penas de 9 meses y 1 día de prisión y multa de 9 meses con cuota diaria de 12 €, y de un delito de incendio forestal, a la pena de 1 año de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 12 €.

Esta sentencia acogió la tesis del recurrente y consideró que la del Juzgado de lo Penal había vulnerado el principio acusatorio y asumió la calificación jurídica de los hechos que había formulado el Ministerio Fiscal -y a la que se había adherido la acusación particular del Principado de Asturias- pero no las penas, ya que las acusaciones habían solicitado en la instancia por el delito imprudente continuado la pena de 11 meses y 1 día de prisión, multa de 11 meses con cuota diaria de 20 €, y por el delito de incendio forestal la de 2 años y 6 meses de prisión y multa de 15 meses, con cuota diaria de 20 €.

Sentencia esta que, como ya hemos indicado, aceptó la postura del acusado-recurrente, al haberse vulnerado el principio acusatorio al condenar por un delito continuado de incendio, cuando para ello hubiera sido necesaria la acusación por dos delitos dolosos de incendio forestal del art. 352 CP, lo que no ocurrió en el caso presente, en el que la acusación era por un delito continuado de incendio forestal por imprudencia grave del art. 358 y un solo delito doloso de incendio del art. 352.

SEGUNDO.- Expuesto lo anterior, como señalan, por todas, nuestras sentencias 46/2021, de 21-1; 627/2021, de 14-7 y 73/2022, de 27-1: <<1.Nos encontramos en la vía impugnativa que habilitó la reforma de la LECRIM operada por la Ley 45/2015 de 5 de octubre, al introducir en el artículo 847.1 b) la posibilidad de recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Responde a un esquema que permite el acceso a casación y, con él, a la función unificadora de doctrina que a esta Sala corresponde, de todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves, salvo cuando estos se enjuician a través de los procedimientos previstos para delitos menos graves o graves.

Se trata de un recurso limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a la "infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849", orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal buscando la generalización, cuya admisión queda condicionada a la existencia de interés casacional. En este caso el interés casacional debe residenciarse en la contradicción del pronunciamiento cuestionado con la jurisprudencia de esta Sala.

Como dijimos en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 28 de marzo, que resolvió la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la pronunciada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el artículo 9.3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva)", orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización.

2. En orden a interpretar el alcance de esta nueva posibilidad de acceso a la casación y concretar qué debe interpretarse por "interés casacional", esta Sala, reunida en pleno no jurisdiccional el 9 de junio de 2016, adoptó el siguiente acuerdo:

"A) El artículo 847 1º letra b) de la LECRIM debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la LECRIM, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849 2º, 850, 851 y 852.

B) Los recursos articulados por el artículo 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

C) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (artículo 884 LECRIM).

D) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 2º), entendiéndose que el recurso lo tiene, interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

E) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 LECRIM)".

TERCERO.- Siendo así, el recurrente articula un motivo único por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim, dado que en los hechos probados se han infringido preceptos penales de carácter sustantivo u otras normas jurídicas del mismo carácter que deban ser observadas en la aplicación de la ley penal.

Alega la indebida aplicación de ley por parte del Tribunal al tipificar los hechos calificados como constitutivos de un delito continuado de incendio forestal por imprudencia y de un delito de incendio forestal y lo desarrolla en dos apartados:

1º) Vulneración del principio acusatorio, infracción de ley (arts. 789.3 y concordantes LECrim, y 24 CE).

2º) Infracción de los arts. 352, 358 y 74 CP, toda vez que el relato fáctico no se corresponde con los tipos finalmente objeto de atribución.

3.1.- Respecto al primer apartado señala que la inicial sentencia del Juzgado de lo Penal condenó por un delito continuado y doloso de incendio forestal, tras eliminar, a instancia del Ministerio Fiscal, por auto de 2-6-2021, toda mención a la posible comisión imprudente, barajando solamente la comisión dolosa.

La sentencia de apelación de la Audiencia Provincial, sin que ninguna de las partes hubiera formulado esta pretensión, puesto que el Ministerio Fiscal y la acusación particular impugnaron el motivo y pidieron confirmación de la sentencia, y sobre los mismos hechos probados, recupera las calificaciones formuladas en la instancia y condena por un delito imprudente continuado de incendio forestal, art. 358 CP, y por un delito doloso de incendio forestal, art. 352 CP.

Alega que no ha podido rebatir en la segunda instancia la corrección de la aplicación del delito imprudente continuado, ni tampoco la existencia de un delito doloso no continuado, pues el objeto del debate lo había fijado el recurrente, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva, con indefensión.

Insiste en que si la parte recurrente no hubiera formulado su recurso de apelación, jamás podría haber sido impuesta la pena que terminó por imponerse por la Audiencia Provincial.

Ello vulnera, a su juicio, el art. 789.3 LECrim y también el art. 24 CE, pues la cuestión a debatir era si el acusado había cometido o no los hechos subsumibles en los arts. 352 y 74 CP, pero nadie sostuvo que, siquiera de modo subsidiario, hubiesen de barajarse otros posibles tipos, máxime cuando -como en el caso de la comisión imprudente- beben de principios absolutamente distintos.

Por ello considera el submotivo que, sin necesidad de mayor motivación, debe ser estimado, casando la resolución recurrida en relación con las condenas impuestas al recurrente, absolviéndole de los delitos por los que fue condenado.

Queja inasumible.

3.2.- En primer lugar, tal como la propia sentencia recurrida y el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo advierten, es cuestionable la calificación jurídica de los dos primeros hechos como delito continuado imprudente del art. 358 y 74 CP. En efecto, la exigencia de este precepto, que la pluralidad de acciones se realice "en ejecución de un plan reconcebido o aprovechando idéntica ocasión" indica que los actos han de estar animados por el denominado por la doctrina dolo de propósito, global o unitario, que no se compadece con la esencia del delito imprudente, caracterizado por la omisión de la diligencia debida.

La sentencia de apelación advierte esta dificultad en el fundamento de derecho tercero. No obstante, para garantizar el principio acusatorio y no incurrir en "reformatio in peius", ratifica la continuidad de la calificación de las acusaciones para no perjudicar al reo. Lo procedente sería calificar como dos delitos imprudentes, pero la pena mínima, por cada uno, sería perjudicial para el hoy recurrente, en cuanto ascendería a 6 meses de prisión y multa de 6 meses, cuya suma superaría la pedida por las acusaciones -11 meses prisión y multa de 11 meses por el delito continuado-.

En segundo lugar, los hechos probados imputan al acusado ejecutar tres acciones consistentes en prender fuego voluntariamente, con una finalidad específica, a pesar de carecer de permiso para ello. En realidad detallan actos dolosos, pues el agente realiza de modo consciente y voluntario, los elementos objetivos del delito del art. 352 y así fueron calificados en la sentencia de instancia.

3.3.- Llegados a este punto y sobre la indefensión alegada, hemos de señalar, con la STS 37/2007, de 1-2, que la situación de indefensión alegada exige la constatación de su material realidad y no sólo de su formal confirmación. Tal exigencia es reiterada de modo constante por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala a fin de evitar que bajo la sola invocación de violencias constitucionales se encubra la realidad de, a lo sumo, meras irregularidades procesales que, encajadas en sede de legalidad ordinaria, no alcanzan cotas de vulneración de derechos reconocidos en la Carta Magna que la parte, interesadamente, les asigna.

Hemos dicho también (Cfr STS 6-11-2012, nº 856/2012) que es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 106/1983, 48/1984, 48/1986, 149/1987, 35/1989, 163/1990, 8/1991, 33/1992, 63/1993, 270/1994, 15/1995).

3.4.- Siendo así, la jurisprudencia, STS 679/2023, de 21-9, con cita SSTS 493/2006, de 4-5, y 61/2009, de 20-1, tiene declarado que el principio acusatorio, íntimamente vinculado al derecho constitucional de estar informado de la acusación y por extensión, estrechamente relacionado con el derecho fundamental a la defensa, que se protegen en el art. 24 CE, tiene su regla de oro en la exigencia de identidad fáctica entre los hechos imputados y los que fundamentan la calificación jurídica efectuada por el tribunal y homogeneidad en dicha calificación respecto a la realizada por la acusación. Desarrollando esta máxima, debe señalarse que el principio acusatorio no se vulnera, siempre que concurran los siguientes requisitos:

a) que el tribunal respete el apartado fáctico de la calificación acusatoria, que debe ser completo, con inclusión de todos los elementos que integran el tipo delictivo sancionado y las circunstancias que repercutan en la responsabilidad del acusado, y específico, en el sentido de que permita conocer con precisión cuáles son las acciones que se consideran delictivas. Pero estándole radicalmente vedado al tribunal valorar hechos con relevancia jurídico-penal no incluidos en el acta de acusación.

b) Que entre el tipo penal objeto de acusación y el calificado por el tribunal existe una relación de homogeneidad en relación con el bien jurídico protegido en uno y otro, en el sentido de que todos los elementos del delito sancionado por el tribunal no exista un componente concreto del que el condenado no haya podido defenderse.

En efecto sin variar los hechos que han sido objeto de acusación es posible -respetando el principio acusatorio- condenar por delito distinto, siempre que sea homogéneo con el imputado, es decir de la misma naturaleza y especie, aunque suponga una modalidad distinta dentro de la tipicidad penal y sea de igual o menor gravedad que la expresamente imputada. A esto es a lo que se refieren los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: a la existencia de una analogía tal que entre los elementos esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito, posibilita también per se la defensa en relación con los homogéneos respecto a él. En palabras del ATC 244/1995 son delitos o faltas "generalmente homogéneos" los que "constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse". Debe así advertirse, en primer lugar, que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente las formas de comportamiento respecto de los que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta generalidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia. (STS 34/2014, de 6-2).

En suma, el apartamiento del órgano judicial de las calificaciones propuestas por la acusación "requiere el cumplimiento de dos condiciones: una es la identidad del hecho punible, de forma que "el mismo hecho señalado por la acusación, que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación". La segunda condición es que ambos delitos, el sentado en la sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el Tribunal ante el que se ha recurrido aquella decisión "sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo". (STC. 225/97 de 15-12).

3.5.- En el caso que nos ocupa, los hechos objeto de acusación y luego base de la condena, han permanecido en todo instante inalterados. Por ello debe entenderse que el derecho de defensa no ha de entenderse infringido porque la sentencia de apelación haya condenado por un delito continuado imprudente de incendio forestal, art. 358, a quien venía condenado por un delito doloso continuado, art. 352. La sentencia TS 285/2015, de 14-5, con cita STC 105/1983, de 23-11, nos dice que existe entre ambas formas de imputar el resultado una homogeneidad básica que permite entender a un responsable sector doctrinal que la responsabilidad a título de dolo consume la que pudiera exigirse a título de culpa, y que, en consecuencia, la acusación a título doloso contiene "a fortiori" la culposa.

Por otra parte, en otro tipo de delitos, esta Sala ningún reparo ha puesto en aceptar el delito imprudente cuando se acusó por delito doloso, como es el caso recogido en la sentencia de 2 de noviembre de 2011, nº 1137/2011, rec. 366/2011, donde el Fiscal, única parte acusadora, formuló acusación por tal delito y la Sala Segunda en la sentencia referenciada condenó por delito imprudente.

En definitiva, entendemos, que dadas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, el recurrente pudo defenderse perfectamente del delito por el que fue finalmente condenado y que ninguna indefensión, en consecuencia, se le ha producido.

3.6.- No siendo ocioso destacar la débil línea divisoria entre dolo eventual y culpa consciente. La jurisprudencia de esta Sala, por todas, STS 366/2020, de 2-7, considera que en el dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo (dolo eventual y culpa consciente) una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza porque, aún admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota, esto es el autor no se representa como probable la producción del resultado, porque confía en que no se originará, debido a la pericia que despliega en su acción o la inidoneidad de los medios para causarlos. En otras palabras: obra con culpa consciente quien representándose el riesgo que la realización de la acción puede producir en el mundo exterior afectando a bienes jurídicos protegidos por la norma, lleva a cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá, sin embargo éste se origina por el concreto peligro desplegado.

En el dolo eventual, el autor también se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado (representado en la mente del autor). En la culpa consciente, no se acepta como probable el hipotético daño, debido a la pericia que el agente cree desplegar, o bien confiando en que los medios son inidóneos para producir aquél, aún previendo conscientemente el mismo. En el dolo eventual, el agente actúa de todos modos, aceptando la causación del daño, siendo consciente del peligro que ha creado, al que somete a la víctima, y cuyo control le es indiferente.

Otras teorías explican el dolo eventual desde una perspectiva más objetiva, en la medida que lo relevante será que la acción en si misma sea capaz de realizar un resultado prohibido por la Ley, en cuyo caso el consentimiento del agente quedaría relegado a un segundo plano, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad, confiando en todo caso el agente que aquél no se va a producir (S.T.S. de 11/5/01).

Consecuentemente, cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no puede controlar, debe responder de los resultados propios del peligro creado, aunque no persiga tal resultado típico.

En definitiva, si el autor quiso realizar una acción que genera un peligro adecuado a la producción del resultado que produjo, el dolo es directo. Por lo tanto, en este caso, dada la adecuación del peligro generado por la acción al resultado producido, carece de toda importancia la discusión referente a si el dolo directo es el único que permite la realización del tipo penal. De cualquier manera como recuerda la STS. 1123/2001 de 13.6, el texto del art. 150 ó art. 149 CP no requiere expresamente un dolo especial y que no existe ninguna razón teleológica que permita suponer que la Ley penal ha querido limitar la protección del bien jurídico a los ataques producidos con un dolo directo en el que el autor se haya representado exactamente la lesión producida y la haya aprobado expresamente antes de actuar.

El dolo de lesionar en el delito de lesiones del art. 149 (y 150) va referido a la acción pues el autor conociendo o se representa que como consecuencia de la acción que voluntariamente desarrolla se va o puede producir un resultado concreto de lesiones.

En definitiva para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y aprueba el resultado advertido como posible, y culpa consciente cuando el autor confía en que el resultado no se va a producir. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado cuya posibilidad se ha representado el autor. En el dolo eventual esta posibilidad se representa como próxima, y en la culpa consciente como remota. Otra teoría, aplica el dolo eventual entendiendo que o relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar un resultado prohibido por la Ley, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad. En SSTS. 706/2008 de 11.11, 181/2009 de 23.2, 85/2010 de 18.2, se insiste en que para la teoría del consentimiento o de la aceptación en el dolo eventual el sujeto aunque no persigue la realización del hecho típico como un fin, ni lo acepta como de necesario advenimiento junto a la consecución del objetivo propuesto, sí "consiente", "acepta", "asume" o "se conforma" -según la terminología de los distintos autores- con su eventual producción; mientras que en la culpa consciente el sujeto la rechaza, no se conforma con ello o confía en su no realización. La fórmula para discernir uno u otro supuesto sería no un juicio de lo que hubiese hecho el sujeto de conocer anticipadamente la certeza del resultado, sino el que atiende a la actuación concreta observada por el sujeto, una vez se ha representado lo eventualmente acaecible: si actuó a toda costa independientemente de la ocurrencia del evento típico hay dolo, pero sí actuó tratando de eludir su ocurrencia habría imprudencia consciente. Para la teoría de la probabilidad, el dolo eventual no requiere ningún elemento volitivo sino sólo el intelectivo o cognoscitivo de la representación del resultado típico como acaecimiento eventual, de modo que si el sujeto actúa considerando ese resultado, no solo como posible sino además como probable, es decir con determinado grado elevado de posibilidad, lo hará con dolo eventual, y si sólo lo considera meramente posible pero improbable, actuará con culpa consciente o con representación, entendiendo como probabilidad algo más que la mera posibilidad aunque menos que probabilidad predominante.

CUARTO.- Respecto a la infracción de los arts. 352, 358 y 74 CP, considera que los hechos probados no integran los delitos por los que ha sido condenado, cuestionando la correcta aplicación del derecho. Así, en relación a las dos primeras conductas, que integran el delito imprudente continuado, advierte que el factum no menciona hechos compatibles con esa comisión imprudente que implica infracción del deber de cuidado u omisión de las cautelas más elementales para prevenir el evento dañoso, partiendo de la consideración de que la declaración de hechos probados, en cuanto parte esencial de toda sentencia, es la única que puede conducir al fallo, sin que quepa integrarla con fundamentación de carácter jurídico que aspire en modo alguno a suplirla, por lo que no constan en la sentencia recurrida hechos subsumibles en los tipos penales de los arts. 352, 358 y 74 CP.

Pretensión inaceptable.

4.1.- La cuestión relativa a si los hechos que el Tribunal declara probados deben aparecer descritos en su integridad en el apartado fáctico de la sentencia, ha sido resuelta tradicionalmente por la jurisprudencia con un criterio flexible que permitía valorar como hechos probados las afirmaciones fácticas efectuadas con claridad y precisión en los fundamentos jurídicos de la sentencia.

Sin embargo, no puede ignorarse que esta forma de proceder tiene sus defectos e inconvenientes. De un lado, porque no es la forma correcta de redactar las sentencias. De otro, porque introduce complicaciones innecesarias para la impugnación, al obligar al recurrente a buscar en todo el texto de la sentencia aquello que podría ser considerado como un hecho probado. Y por último, porque asimismo implica una cierta dosis de inseguridad, pues tampoco es del todo claro el criterio que después, ya en la resolución del recurso, va a ser utilizado para distinguir lo que es un hecho de lo que constituya en realidad una mera argumentación.

Las posturas que se han mantenido son las tres siguientes:

A) En primer lugar, la tradicional, ya apuntada, que entiende que los hechos probados que aparecen en el apartado correspondiente pueden ser completados con las afirmaciones fácticas que aparezcan en la fundamentación (SSTS 1-7-92, 24- 12-94, 21-12-95, 15-2-96, 12-12-96, 987/98, de 20-7, 1453/98, de 17-11, 1899/2002, de 15-11, 990/2004, de 15-4) con la consecuencia que la impugnación de tales declaraciones como error de Derecho solamente resulta posible bien por la vía del art. 849.2 LECrim, bien por la del art. 24 CE en relación con el art. 5.4 LOPJ.

B) En segundo lugar, la que niega que puede considerarse hecho probado todo aquello que formalmente se encuentre fuera del apartado fáctico de la sentencia.

Postura mantenida en las SSTS 788/98, de 9-6, y 769/2003, de 31-5, que consideran que la técnica de complementación del hecho, no sólo produce indefensión, sino que es contraria a la legalidad al contradecir en sus propios términos el tenor literal y estricto del relato fáctico en el que, por exigencias de sistemática y de tutela judicial efectiva se tienen que concentrar todo el bagaje y sustento fáctico de la calificación jurídica.

Por ello si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos -fácticos y jurídicos-, que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado. Por ello sería conveniente, como ya se hace por algunos órganos jurisdiccionales, introducir un apartado dedicado a la motivación de los hechos probados. Ello permitiría concentrar los aspectos jurídicos que se utilizan para la fundamentación del fallo o parte dispositiva en el apartado correspondiente, sin contaminaciones fácticas que pretendan, nada menos que incorporarse al hecho probado para suplir, en mala parte, las omisiones en que hayan podido incurrir sus redactores.

C) Y en tercer lugar, una postura intermedia, que si bien parte de esta última afirmación, admite que un determinado hecho probado pueda ser complementado o explicado en afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación, siempre que sus aspectos esenciales en relación con la descripción típica, aparezca en el apartado fáctico.

Postura recogida en SSTS 945/2004, de 23-7, 1369/2003, de 23-7, 302/2003, de 27-2, 209/2003, de 12-2, 1905/2002, de 19-11, que admiten que en ocasiones, aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones que complementan el hecho probado, pero también ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena (STS 22-10-2003), de manera que a través de este mecanismo sólo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. De acuerdo con estas consideraciones, nunca será posible que en una sentencia se contengan sus hechos en el espacio destinado al relato fáctico y otros diferentes o incluso contradictorios en la fundamentación jurídica, pues en estos casos, no resulta posible saber cuáles son los hechos completos que en definitiva, ha estimado el tribunal quedaban probados, lo que impide consiguientemente el control, la interpretación y aplicación de las normas sustantivas procedentes (STS 23-7-2004).

4.2.- En el caso que nos ocupa, hemos de partir de que el art. 368 CP castiga a quien por imprudencia grave provocare alguno de los delitos de incendio penados en las Secciones anteriores.

En la sentencia del Pleno jurisdiccional de esta Sala 317/2021, de 15-4, decíamos que en la STS 1089/2009, de 27 de octubre, a la que ya nos referimos, entre otras en la STS 552/2018 de 14 de noviembre, se decía que el delito imprudente "... aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado. A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado (vínculo normativo o axiológico)".

En cuanto a la diferenciación entre la imprudencia grave y la que no lo es, se decía en la STS 1823/2002, que la imprudencia grave "... ha requerido siempre la vulneración de las más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad", y con parecidos términos se recordaba en la STS 537/2005, que "la jurisprudencia de esta Sala suele considerar grave la imprudencia cuando se han infringido deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos". Se ha dicho reiteradamente que es temeraria, cualidad que referida a la imprudencia se ha asimilado a la grave, cuando supone "un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado".

Con otras palabras, en la STS 1089/2009, antes citada, se argumentaba que "... la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado. De otra parte, y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo

de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración".

4.3.- Siendo así, el hecho probado detalla:

"Sobre las 12:00 horas del día 15 de marzo de 2018, fecha en que existía riesgo de incendios forestales, con el indicativo de prealerta, el acusado, Antonio , DNI NUM000 , mayor de edad y sin antecedentes penales, a pesar de carecer de permiso para ello, prendió fuego, con la finalidad de eliminar el denso matorral que invadía la zona destinada a comedero del ganado, en el interior de las parcelas NUM001 y NUM002 del Polígono NUM003 del PARAJE000 (Piloña), de las que el acusado era llevador y en las que se ubican dos naves destinadas a la ganadería de la que es titular.

El incendio causado por el acusado afectó a un total de 0,67 ha. de monte con vegetación de matorral y arbolado, no formulando reclamación los titulares de las parcelas afectadas con referencia catastral NUM004 y NUM005 , y no siendo localizados los titulares de las restantes parcelas, con referencia catastral NUM006 , NUM002 , NUM007 y NUM008 .

El fuego se dio por extinguido sobre las 15:34 horas tras la intervención de los servicios de extinción del Servicio de Emergencias del Principado de Asturias, generando un coste de 621,06 euros y sin que causara perjuicio medioambiental alguno.

Días después, instantes antes de las 18:45 horas del día 3 de abril de 2018, el acusado nuevamente prendió fuego, pese a carecer de permiso, en las inmediaciones del mismo lugar en que prendiera fuego con anterioridad, con idéntica finalidad de eliminación de matorral que invadía la zona del comedero, afectando en esta ocasión el incendio, tras su propagación, a un total de 3,49 ha. de monte con vegetación de tojo, roble, castaño y eucalipto, con afectación de las mismas parcelas catastrales.

El fuego se dio por extinguido sobre las 20:48 horas tras la intervención de los servicios de extinción del Servicio de Emergencias del Principado de Asturias, generando un coste de 182,03 euros y sin que en esta ocasión causara tampoco perjuicio medioambiental alguno.

De nuevo el día 19 de abril de 2018, sobre las 18:50 horas, el acusado volvió a prender fuego, en esta ocasión para la regeneración de pasto, en el paraje de la Cuesta del Andinal, cerca de la localidad de Valle y en las proximidades de un camino que conduce a la nave de ganado de su propiedad, delimitado por fincas de las que era llevador, propagándose el incendio por el monte y afectando a un total de 1,14 ha. de tojo, castaño y eucalipto, afectando a las fincas con referencia catastral NUM009 , NUM010 , NUM011 , NUM012 , y NUM013 , cuyos titulares no formulan reclamación, así como a la finca catastral NUM014 , cuya propietaria no ha sido localizada.

El fuego fue extinguido sobre las 23:10 horas tras la intervención de los servicios de extinción del Servicio de Emergencias del Principado de Asturias, generando un coste de 512,46 euros y sin que causara perjuicio medioambiental alguno."

Nos encontramos por tanto con tres fuegos realizados en fechas distintas en época de riesgo de incendios forestales, que se propagaron en tres ocasiones a parcelas colindantes, afectando a diversas especies arbóreas, precisándose en todos los casos las superficies y vegetación afectadas.

Resulta evidente que el acusado generó con su actuación en las tres ocasiones -y más aún en la última dados los antecedentes de las dos primeras- un riesgo ilícito o prohibido de entidad suficiente, unido a la ausencia de permiso o autorización alguna y de cualquier medida de precaución.

Ello implicaría que en puridad nos encontraríamos ante tres delitos dolosos del art. 352 en continuidad delictiva, pero la ausencia de acusación en tal sentido por el Ministerio Fiscal y la prohibición de la reformatio in peius, tal como señala la sentencia recurrida.

QUINTO.- Desestimándose el recurso, procede condenar en costas al recurrente (art. 901 LECrim).

F A L L O

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Antonio** , contra la sentencia nº 389/2021, de fecha 26 de octubre de 2021, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el Rollo de Apelación nº 958/2021.

2º) Imponer al recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Ángel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ