

Jurisdicción: Penal

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 10-10-2005, nº 1.159/2005. Recurso de Casación núm. 2.295/2004.

Inspección ocular. Valor probatorio

Proceso Penal. Apreciación y valoración de la prueba en general. Medios de prueba: Conjunto de diligencias sumariales y policiales. Atestado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 10 de Málaga, instruyó Sumario con el número 2 de 2001, contra Romeo, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga, cuya Sección Segunda, con fecha 30 de septiembre de 2004, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS:

Del análisis en conciencia de la prueba practicada pueden declararse como tales y así se declaran los que siguen: Romeo, mayor de edad y sin antecedentes penales, casado desde 1986 con Milagros, con la que tiene dos hijos menores de edad, ha estado sometiéndola desde hace unos seis años a continuas agresiones verbales, influido por su adición al consumo de bebidas alcohólicas, puesto que tras ingerir dicho tipo de bebidas la insultaba y trataba de forma vejatoria, llegando a romper en su presencia enseres del hogar y muebles de su vivienda sita en la CALLE 000 núm. 000 de Yunquera, de forma que en enero de 2000 ella lo denunció y también el día 25 de abril de 2001 formuló denuncia contra el, por que tras haber estado consumiendo bebidas alcohólicas, se dirigió al "Bar Q.", donde ella trabajaba como cocinera y en actitud agresiva y acalorada, en presencia de la dueña del local y de otras personas le manifestó que ella no tenía que estar trabajando allí y que lo que tenía que hacer era estar en su casa y prepararle la comida dirigiéndose después a su casa, donde dejó las puertas abiertas y desenchufó los electrodomésticos.

A continuación de dichos hechos, Milagros solicitó ante el Juzgado Decano de Málaga la adopción de medidas provisionales previa a la demanda de separación, que se tuvieron por solicitadas por el Juzgado de familia núm. 5 mediante auto de 7 de mayo de 2001.

Sobre las 12 horas del día 18 de mayo de 2001 Romeo se dirigió a su domicilio familiar, situado en una urbanización, con viviendas colindantes habitadas y a unos 60 metros de la fábrica textil mayoral, procedente de las tierras que cultivaba a unos dos kilómetros del pueblo y una vez en su interior, donde no había nadie, por encontrarse los niños en el colegio y su esposa trabajando en el bar, prendió fuego a la cama de matrimonio, que se extendió por el resto de la vivienda generando una altísima temperatura y una espesa humareda, y acto seguido abandonó la vivienda tras cerrar la puerta con llave, siendo visto por unos vecinos cuando se dirigía sobre las 12,30 a la finca donde se dedicaba a las tareas agrícola.

La actuación de la Guardia Civil, la Policía Local y los Bomberos logró la extinción del incendio sin que resultara dañada ninguna persona.

Los daños que sufrió la casa a consecuencia del incendio han sido valorados en 13.626,99 euros.

Con fecha 19 de mayo de 2001, el Juzgado de Instrucción núm. 10 dictó auto por el que se acordó la libertad bajo fianza del acusado que había sido puesto a su disposición como detenido ese mismo día, con la medida cautelar de prohibición de acudir al lugar donde se encontrara o de residencia o trabajo de la denunciante.

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

Fallo: Que debemos condenar y condenamos a Romeo como autor criminalmente responsable de un delito de maltrato familiar habitual y un delito de incendio en bienes propios ya definidos, con la concurrencia de la atenuante analógica de embriaguez.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.- El motivo primero por quebrantamiento de forma (quiere decir por infracción de Ley) al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim. al producirse una infracción de precepto penal de carácter sustantivo.

Considera el motivo que se ha producido una **vulneración de las normas contenidas en los arts. 456**

y ss. LECrim. en relación al tratamiento que se da en la sentencia a la ampliación de la inspección ocular, al ser tratada la misma como un informe pericial, cuando no lo era, al haber sido elaborada desconociéndose las normas que habían de regular este medio probatorio, el informe no era tal pues ni había sido requerido, ni tenía un contenido preciso, ni estaba redactado por un perito con conocimientos técnicos contratados en la materia, ni habían participado dos técnicos en la elaboración del mismo.

Por ello, la Sala acordó que el Guardia Civil que participó en la redacción del documento declarase como Agente que intervino en la inspección ocular y, como tal, participó en la redacción de la diligencia, la cual, ante la falta de intervención del Juez Instructor (como ordena el art. 332 LECrim.), merecía el carácter de diligencia policial que, como parte del atestado no puede constituir de por sí prueba. En definitiva **la diligencia policial no es un informe pericial y por ello no es prueba, sino parte del atestado, no debiendo valorarse más allá de su significación.**

En primer lugar y a la vista de las objeciones del Ministerio Fiscal, sobre la incorrección de la vía casacional utilizada, dado que la revisión que permite el art. 849.1 LECrim. está limitada exclusivamente a normas sustantivas penales o de otro tipo, pero sustantivas, de manera que por esta vía no cabe admitirse la infracción de preceptos procesales, debemos precisar que es cierto que una abundante jurisprudencia excluía la posibilidad de alegar la infracción de normas de carácter procesal. Sin entrar aquí en la bondad de esta interpretación respecto al contenido del término "precepto penal de carácter sustantivo", lo cierto es que dicha rigurosa interpretación ha sido considerada por el TC. S. 21/94 de 27.1, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva. De manera que, en la actualidad, la norma penal sustantiva abarca tanto las normas penales como las procesales penales, sin olvidar, además, que mediante la infracción de precepto constitucional tienen cabida la infracción de normas procesales penales.

SEGUNDO.- No obstante lo anterior el motivo debe ser desestimado.

En efecto, **hemos de distinguir entre las diligencias policiales como actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y su autoría, para cuya efectividad la Policía Judicial está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración, y la inspección ocular llevada a cabo durante la instrucción sumarial y que debe ser realizada por el Juez de instrucción, inspección ocular judicial que no puede confundirse ni asimilarse con las diligencias de investigación llevadas a cabo por técnicos de la Policía Judicial. Por ello, a diferencia de la inspección ocular que pueden realizar los funcionarios de la policía judicial al amparo de lo dispuesto en los arts. 282 LECrim. y 28 RD 769/87, que son solo actos de investigación y no de prueba (STS. 15.10.2001), el reconocimiento judicial efectuado por el Juez de instrucción constituye un acto de prueba preconstituida (STS. 1.10.2001), que es susceptible de ser introducida en el juicio oral a través de la lectura sanadora del art. 730 LECrim.**

En definitiva, aquellas medidas de investigación, carecen en sí mismas de valor probatorio alguno, aún cuando se reflejan documentalmente en un atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellos pudiesen derivarse deben incorporarse al juicio oral mediante un medio probatorio aceptable en derecho: por ejemplo la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en el juicio con las garantías de la contradicción y la inmediación (SSTS. 64/2000, 756/2000, STC. 303/93), bien entendido que en cuanto al carácter de prueba documental del atestado, cabe precisar que el atestado, con independencia de su consideración material de documento, no tiene por regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en que los agentes policiales que intervinieron en el mismo presten su declaración en el juicio oral, sus declaraciones tienen la consideración de prueba testifical (STC. 217/89).

Sólo en los casos en los que el atestado contenga datos objetivos y verificables como pueden ser croquis, planos, huellas, fotografías, etc. el atestado policial puede tener la consideración de prueba documental siempre y cuando se incorpore al proceso respetando en lo posible, los principios de inmediación, oralidad y contradicción (STC. 173/97 de 14.10).

Consecuentemente la diligencia de reconocimiento puede tener valor de prueba preconstituida si se practica judicialmente como inspección ocular realizada con todas las garantías, respetando el principio de contradicción mediante la asistencia del imputado y su letrado, si ello fuera posible. Ello es así conforme a una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional referente a las pruebas de imposible reproducción en el juicio oral (requisito material), SSTC. 137/88, 154/90, 41/91, 303/93, 79/94, 36/95 y 51/95, practicadas ante el Juez de Instrucción (requisito subjetivo), por ser la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, SSTC. 303/92, con cumplimiento de todas las garantías

legalmente previstas (requisito objetivo) garantizándose la contradicción, por lo cual siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito (STC. 303/93), y reproducidas en el juicio oral a través del art. 730 L.E.Criminal (requisito formal), mediante la "lectura del documento", la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC. 60/88, 51/90, 140/91, 200/96, 40/97 y STS. 812/97 de 30.5).

No obstante, **excepcionalmente se ha admitido la posibilidad de que el acta policial de inspección ocular pueda tener también ese valor de prueba preconstituida reproducible en el juicio a través del art. 730 LECrim. con valor probatorio sin necesidad de comparecencia de los agentes policiales. Pero para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza (probatoria) se hace preciso que la policía judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues, no en vano la Policía judicial actúa en tales diligencias "a prevención" de la Autoridad judicial (art. 284), según señala expresamente la STC. 303/93 de 25.10.**

En consecuencia, estos requisitos de "estricta urgencia y necesidad", no constituyen, en realidad, presupuestos de legalidad -y menos aún de constitucionalidad- de la diligencia de inspección ocular como diligencia policial de investigación de un hecho delictivo -que solo requiere el cumplimiento de los requisitos materiales de justificación y proporcionalidad-, sino un presupuesto indispensable para la excepcional utilización del acta policial acreditativa del resultado de la inspección como prueba de cargo. En el supuesto examinado, la prueba de cargo que fundamenta la convicción del tribunal no es la prueba constituida que quedaría integrada por el acta de la diligencia que hubiese sido practicada en situación de urgencia y con la debida contradicción judicialmente garantizada, sino la testifical del agente de la Guardia Civil interiormente practicada ante el Tribunal a quo con las debidas condiciones de inmediación y contradicción.

TERCERO.- Los motivos segundo y tercero, denuncian infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECrim. al existir un error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, en relación al delito de incendio.

Así en el motivo segundo, se refiere al tratamiento dado en la sentencia a la ampliación de la inspección ocular, pues la Sala a la hora de dictar sentencia confunde lo que no es mas que una conjetura de un Guardia Civil, sin conocimientos técnicos en incendios, con una pericial concluyente en el sentido de determinar la causa del siniestro, cometiendo un error evidente al no distinguir el origen y la causa del incendio, pues si bien fue provocado por tener su origen externo, no se dice, en cuanto a la causa, que fuese intencionado.

Y el motivo tercero, por entender de forma equivocada que el recurrente cambió su declaración el día de la vista entrando en contradicción con la que había prestado en fase instructora.

Ambos motivos deben ser desestimados.

El art. 849.2 LECrim. recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

Quedan excluidos del concepto de documento a efectos casacionales todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

En el caso presente, la ampliación de la inspección ocular y las declaraciones del imputado en fase sumarial y en el juicio oral no son pruebas documentales.

Así, no son documentos, recuerda la S. 1532/2004 de 22.12, los atestados policiales, las actuaciones de las partes que constan por escrito en el procedimiento y las resoluciones

judiciales, y si bien con carácter excepcional se ha admitido el valor documental del acta que refleja la diligencia de inspección ocular, y reconstitución de hechos, solo lo es en cuanto a los datos objetivos que en ella se contienen, pero no en relación con las manifestaciones que allí consten (SSTS. 4.3.86, 17.1.92, 22.7.96, 23.1.98), sin olvidar que no es suficiente sobre la base del documento designado, realizar una valoración de la prueba que, a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Tribunal sentenciador, es preciso, por el contrario que el documento (en este caso la ampliación de la inspección ocular) revele de forma clara un error del Tribunal; bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que en ambos supuestos sea la única prueba sobre este extremo (STS. 524/2003 de 9.4).

Pues bien el informe a que se refiere el motivo no fue rechazado por la Audiencia que precisamente lo tuvo en cuenta, cuestión distinta es que el recurrente discrepe de su contenido y sostenga otra valoración distinta y en ello no se puede sustentar el presente motivo de casación (STS. 1050/2004 de 27.9). Y en cuanto a las contradicciones entre las declaraciones del imputado, como ya hemos señalado, no gozan de esta calidad, con cuanto se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediación que rige en nuestro ordenamiento procesal (SSTS. 446/98 de 28.3, 298/2000 de 22.2, 1866/2000 de 5.12, 1060/2003 de 17.7, 1075/2004 de 24.9).

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, por quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por Romeo, contra sentencia de 30 de septiembre de 2004, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, que le condenó como autor criminalmente responsable de un delito de maltrato familiar habitual y un delito de incendio en bienes propios.