

**SENTENCIA 1159/2005 DEL
TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO
PENAL. DELITO DE MALOS TRATOS
(PODER JUDICIAL DE 10 DE
OCTUBRE DE 2005)**

Id. Cendoj: 28079120012005101120

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2295/2004

Nº de Resolución: 1159/2005

Fecha de Resolución: 10/10/2005

Procedimiento: PENAL - APELACION
PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: JUAN RAMON BERDUGO
GOMEZ DE LA TORRE

Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Delito malos tratos. Quebrantamiento forma. Inspección ocular practicada por la policia. Valor probatorio. Error de hecho apreciación prueba. No son documentos el atestado en las declaraciones testimoniales. Presunción de inocencia. Prueba indiciaria. Requisitos delito maltrato. Habitualidad. Sentencias anteriores absolutorias. Declaración policial sin Letrado de persona no detenida. Valor probatorio. Corroboración posterior ante el Juez Instructor. Contradicción hechos probados. Inexistencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Octubre de dos mil cinco.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuesto por Romeo, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Segunda, que condenó al acusado, por un delito de maltrato habitual y un delito de incendio en bienes propios; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la

deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Simarro Valverde.

I. ANTECEDENTES

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 sometiendo desde hace unos seis años a continuas agresiones verbales, influido por su adicción 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 CALLE000 nº NUM000 de Yunquera, de forma que en enero de 2.000 ella lo denunció y también el día 25 de abril de 2.001 formuló denuncia contra el, por que tras haber estado consumiendo bebidas alcohólicas, se dirigió al bar "Quini", 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 nº 5 mediante auto de 7 de mayo de 2.001 .

Sobre las 12 horas del día 18 de mayo de 2.001 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 2.001, el Juzgado de Instrucción nº 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

criminally 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, imponiéndole la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN por el primero y la de UN AÑO DE PRISION, por el segundo, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el cumplimiento de la condena, y la medida de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima Milagros durante tres años, que indemnice a Milagros en la cantidad de 13.627,99 euros y pago de las costas procesales causadas.

Sirviéndole de abono el tiempo que hubiera estado privado de libertad por esta causa.

Trámítase pieza de responsabilidad civil conforme a derecho.

Llévese nota de esta condena al Registro General de Penados y Rebeldes.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Romeo, 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.

Cuarto.- La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

PRIMERO.- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . al producirse una infracción de precepto penal de carácter sustantivo.

SEGUNDO.- Al amparo del *art. 849.2 LECrim* . al existir un error en la apreciación de la prueba.

TERCERO.- Al amparo del *art. 849.2 LECrim* . al existir error en la apreciación de la prueba.

Recurso interpuesto por

CUARTO.- Al amparo del *art. 849.2 LECrim* . al existir error en la apreciación de la prueba.

QUINTO.- Al amparo del *art. 852 LECrim* . y *5.4 LOPJ* . denuncia la vulneración del derecho fundamental a la defensa y a la asistencia letrada.

SEXTO.- Al amparo del *art. 852 LECrim* . y *5.4 LOPJ* . denuncia vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

SEPTIMO.- Al amparo del *art. 852 LECrim* . y *5.4 LOPJ* . denuncia vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

OCTAVO.- Al amparo del *art. 851.1 LECrim* . en relación a los dos supuestos contenidos en este precepto a) al no expresarse en la sentencia clara y terminantemente cuales sean los hechos probados, y b) al existir manifiesta contradicción entre los mismos.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veintiséis de septiembre de dos mil cinco.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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 obrante a los folios 197 a 199, 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 termino "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 *LECrím* . 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 *LECrím* . En definitiva aquellas, medidas de investigación, carecen en si mismas de valor probatorio alguno, aún cuando se reflejan documentalente 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). Solo 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 infungible (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 puede 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 intermediación 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 que se contiene en los folios 197 a 199, 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 y 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*).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del *art. 849.2 LECrim* . puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto 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 (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19

de junio de 1998 ; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, 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 (folios 197 a 199) 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).

CUARTO: El motivo cuarto al amparo de lo establecido en el *art. 849.2 LECrim* . por existir error en la aplicación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, en relación a la condena del recurrente por el delito de malos tratos en el ámbito familiar y el motivo sexto, al amparo del *art. 852 LECrim* . y *art. 5.4 LOPJ* . por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en cuanto se refiere a la prueba articulada para acreditar tal autoría, cuestión tratada en el motivo cuarto, y al que se remite, pueden ser analizados conjuntamente.

Considera el recurrente que al precisarse en la sentencia que ha estado sometiendo a la esposa desde hace 6

años a continuas agresiones verbales, elementos que se infieren de una serie de datos que se exponen erróneamente, pues para acreditar tal habitualidad se alude a dos denuncias, una interpuesta en enero 2000 por unos hechos por los que resultó absuelto el recurrente y en la que la denunciante parecía referirse a que las discusiones comenzaron el as fiestas navideñas 1998/1999, y otra de 25.4.2001, por lo que esos malos tratos habrían ocurrido desde hacia tres años, y no seis años, lo que tiene una importante significación, al darse por probados hechos de los que existe una total falta de prueba referida a la constancia y a la habitualidad, sin que exista otra prueba más que la declaración de la supuesta víctima, habitualidad que queda desvirtuada por cuanto en esos tres años solo hay dos denuncias, de las cuales una de ellas concluye con sentencia absolutoria, y en la otra lo que se denuncia es una mera recriminación a la esposa por trabajar cuando debía quedarse en casa cuidando a los hijos.

El recurso de casación es un recurso que, en términos generales parte de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, por lo que a ellos ha de estarse. El sistema permite únicamente dos formas de atacar el hecho probado con la intención de obtener su modificación, una, por la vía de la alegación de infracción del derecho a la presunción de inocencia (es decir infracción de precepto constitucional) y, otra, por la vía del error en la apreciación de la prueba previsto en el *art. 849.2 LECrim* .

Ello no obstante, el motivo debe ser desestimado.

El motivo del art. 153, redacción anterior *LO. 11/2003 de 29.9* , es independiente de los delitos o faltas en que se hubieran concretados los actos de violencia física o psíquica, cuya probanza debe acreditarse en el proceso por el delito del art. 153, así se infiere del último apartado del mismo que habla de actos de violencia "que

resulten acreditados" y de que "con independencia de que los actos violentos" hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. Es decir cuando no se ha interpuesto denuncia por los episodios individualizados de violencia, todos los hechos, - tanto los constitutivos de falta como los que en su caso pudieran dar lugar a un delito de lesiones- podrán ser valorados para conformar la tipicidad del *art.153 CP* ., originando un concurso de delitos que arrastrará, en su caso, las correspondientes sanciones por esas faltas o delitos. Se exceptúa el supuesto de que las faltas pudiesen estar prescritas. En estos casos, en principio, no sería imponible una sanción por la falta, pero nada impide valorar esas agresiones a los efectos del art. 153. En este sentido las SSTS. 927/2000 de 24.6, 687/2000 de 16.4 : Los hechos constitutivos de posibles faltas no prescriben a los efectos del presente delito y pueden ser valorados e integrados en la habitualidad, de forma que la prescripción comienza a correr a partir del último de los episodios violentos considerados, y 662/2002 de 18.4 "los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito.. ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia... siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido ya enjuiciados y autónomamente como faltas las agresiones o que por falta de denuncia y el tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas".

Esta doctrina tiene incidencia en los hechos denunciados en enero 2000 y que terminaron en sentencia absolutoria. En efecto, en principio, sería permisible en el nuevo proceso por el delito del *art. 153 CP* . discrepar de la valoración de la prueba hecha en las sentencias anteriores y considerar a los únicos efectos de integrar la noción

de habitualidad, que esas conductas de violencia -ya enjuiciados desde la perspectiva individual- existieron. Lo que no cabría es condenar por esas previas faltas por impedirlo la cosa juzgada.

En el ámbito jurisdiccional penal la cosa juzgada carece de eficacia prejudicial o positiva, es decir, lo afirmado o declarado probado en una sentencia firme no vincula en otros procesos posteriores. La absolución por un delito o falta de lesiones o malos tratos no implica necesariamente la absolución por el delito del *art. 153 CP* , en el que se enjuicia no cada acto aislado, sino la situación creada.

La cosa juzgada penal solo cumple la función negativa o excluyente y no la positiva o prejudicial. La sentencia absolutoria cuyo objeto fuese un concreto acto aislado de maltrato - especialmente si en ella no afirma paladinamente la inexistencia del hecho- impediría un nuevo enjuiciamiento de esos hechos, pero no su valoración a los fines de considerar que ha existido habitualidad en un proceso abierto posteriormente por el delito del *art. 153 CP* .

Pudiera objetarse si con este entendimiento se está no sólo negando la eficacia positiva de la cosa juzgada, sino violando su mismo efecto negativo, por estarse juzgando de nuevo los mismos hechos, dado que es como es sabido el cambio de calificación no permite su nuevo enjuiciamiento, pero hay que entender que en la medida en que la perspectiva es distinta no puede hablarse de los mismos hechos: se está contemplando una situación permanente y no episodios aislados.

Con este planteamiento, los motivos no pueden tener favorable acogida.

Como decíamos en la STS. 28.2.2005 la situación muy grave, intolerable, en que se encuentran las personas más

débiles del hogar frente a quienes ejercen habitualmente violencia física -también la psíquica debe contar- fue puesta de relieve por todos los sectores sociales, motivando que la *L.O. 3/89* con propósito merecedor de todas las alabanzas creara un tipo penal en el capítulo de las lesiones, art. 425, para castigar "al que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, "recogiendo en la Exposición de Motivos de esta Ley que se justifica la reforma" al responder a la deficiente protección de los miembros más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticas más agresivas de otros miembros del mismo, sancionando los malos tratos ejercidos sobre el cónyuge cuando a pesar de no integrar individualmente consideradas más que una sucesión de faltas se produce de un modo habitual".

El nuevo *Código Penal de 1995* en su *art. 153* con el mismo buen propósito ya referido de la reforma de 1989 mantiene la figura penal con algunas mejoras técnicas y un endurecimiento de la penalidad "el que habitualmente ejerce violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieran o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.

Este artículo fue modificado por las *Leyes Orgánicas 11 y 14/ 99 de 30 de abril y de 9 de junio de modificación del C.P.* en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas - Exposición de Motivos - ha introducido diversas

reformas tanto en el C.P. como en la L.E.Cr. con posterioridad a la fecha de los hechos por *LO. 11/2003 de 29.9, integrándolo en el art. 173.2 y 3* .

Por lo que se refiere al tipo del art. 153 estas son:

- a) El sujeto pasivo ha de guardar una relación especial con el agente -que puede ser tanto hombre como mujer- y amplía el mismo: así en relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia more uxorio al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca situaciones en que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquella, los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela acogimiento o guarda de hecho o de derecho de uno u otro.
- b) Se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la física y ahora se extiende también a la violencia psíquica.
- c) Se da una definición legal de habitualidad que se vértebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y, finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior, la habitualidad, término de clara raíz criminológica viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la concurrencia de los elementos citados que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado, como casi

todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada.

Como conclusión de este breve resumen legislativo puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del art. 153 es un alud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo C.P..

En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del título III del C.P., relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, art. 10, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos y degradantes - art. 15 - y en el derecho a la seguridad - art. 17 - quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39.

Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud y no solo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria, pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de estas y de las propias víctimas.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho

más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

La s. T.S. 927/2000 de 24 de junio realiza un detenido estudio de las características y funciones del *art. 153 C.P.* que penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable y su doctrina debe complementarse por otras ss. T.S. 645/99 de 29 abril, 834/2000 de 19 de mayo, 1161/2000 de 26 de junio o 164/2001 de 5 marzo. La violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar. Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 153 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia.

Lo relevante será constatar si en el "factum" se describe una conducta atribuida al recurrente que atenta contra la paz familiar y se demuestra en agresiones que dibujen ese

ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen así dos coordenadas sobre las que se vértebra el tipo penal.

Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivos de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no solo por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia.

Finalmente en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas.

La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el *art. 94 CP* establece a los efectos de sustitución de las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en si misma, es

la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Esta es la postura más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multireincidencia en falta de malos tratos -lo que podría constituir un problema de non bis in idem- parece más acertado optar por un criterio naturalístico entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

No se trata, por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia como se ha recogido en algunos postulados doctrinales para exigir la presencia del hecho delictivo por la habitualidad del maltrato sino que lo importante es que el Juez llegue a esa convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta dirección la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad, que también podría demostrarse por otras más.

Por ello, lo esencial será constatar esa constante situación agresiva del recurrente hacia su esposa, que la sentencia considera acreditada, pues no es ocioso recordar que el delito del *art. 153* consiste en ejercicio de

violencia física o psíquica, con habitualidad, sin que requiera, además, la producción de un resultado material sino de peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima. En esta dirección debemos considerar la violencia como toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real.

QUINTO: En el caso que nos ocupa la sentencia de instancia fundamenta la habitualidad no solo en las dos denuncias previas, sino especialmente en la declaración testifical de la víctima que considera digna de toda credibilidad y de la que considera acreditado que desde años sufre las consecuencias del alcoholismo de su marido con lo que ello suponía de agresiones verbales hacia su persona, insultos y conductas destructivas hacia los muebles y otros enseres de la casa, con un claro fin amenazador e intimidatorio para ella y sus hijos. Valoración probatoria que debe ser mantenida en casación por cuanto esta Sala sólo puede examinar la estructura racional del argumento del Tribunal de instancia, pero no puede entrar en cuestiones que dependen de la oralidad y la inmediación. Y sin duda la valoración de la declaración testifical de la víctima, cuya declaración puede ser suficiente para quebrar la presunción de inocencia (SSTS. 409/2004 de 24.3, 104/2002 de 29.1, 2035/2002 de 4.12, y 470/2003 de 2.4), depende de la percepción directa de la misma, es decir de la oralidad y la inmediación que tiene el Tribunal de instancia.

Consecuentemente la lectura del relato fáctico de la sentencia pone de relieve que no estamos ante dos individuales acciones de violencia surgidas aisladamente a lo largo del tiempo, sino ante dos episodios que se

manifiestan como exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente ejercida por el acusado sobre su esposa y permite su consideración como habitual (SSTS. 7.7.2000, 25.10.2001, 22.1.2002).

SEXTO: El motivo quinto, al amparo de lo establecido en el *art. 852 LECrim.* y *5.4 LOPJ* . por vulneración del derecho fundamental a la defensa y a la asistencia letrada, interesando la nulidad de las declaraciones prestadas por el recurrente ante la Guardia Civil habida cuenta de que las mismas se producían sin la preceptiva presencia e intervención de abogado.

El motivo no puede merecer favorable acogida.

Hemos sostenido que la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa contradictoria ha sido concretado por este Tribunal en tres reglas ya clásicas:

- a) Nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado.
- b) Como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a la conclusión de la investigación.
- c) No se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testimoniales cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, ya que la imputación ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario (STS. 3.6.2002).

En efecto como ha dicho esta Sala en SS. 27.7.98 y 18.7.96 , en consonancia con la doctrina procesal, "testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso,

bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia". Testigos no son por tanto ni pueden serlo nunca los imputados y especialmente los acusados, amparados por su derecho a no declarar contra si mismos (*art. 24.2 CE*) que se extiende tanto al aspecto de su personal intervención en un hecho como a la realidad del hecho mismo imputado. La declaración del imputado, carente de la obligación de decir verdad exigible a los testigos no puede ser sometida al régimen legal de la prueba testifical practicada bajo juramento y deber de veracidad, con la posibilidad en caso contrario de incurrir en falso testimonio.

Si, como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 1994 , no se debe someter al imputado al régimen de declaraciones testificales cuando de las diligencias practicadas puede fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones..., de lo contrario comporta vulneración de la tutela del derecho constitucional a un juicio con todas las garantías, en todo caso, no puede ser otra la que de privar de todo valor probatorio a la correspondiente diligencia de la fase de instrucción.

Ahora bien, no es ésta la situación contemplada en las presentes diligencias.

Así consta a los folios 31 y 32, que como consecuencia de la denuncia interpuesta contra su esposo Romeo por malos tratos en el ámbito familiar, el día 25.4.2001, compareció éste voluntariamente en las dependencias de la Guardia Civil de La Yunquera (Málaga), prestando declaración en tal concepto de denunciado, sin encontrarse detenido y por ello sin la preceptiva asistencia letrada prevista

para este ultimo supuesto en el *art. 520 LECrim* .

Igualmente en el atestado policial incoado por el incendio de la vivienda familiar, se personó voluntariamente el 19.5.2001, en las mismas dependencias, acompañado por su letrada, siendo informado que el hecho de ser citado en estas dependencias "es con motivo de haberse producido en la mañana del día de ayer 18 de mayo actual, un incendio en su domicilio particular, situado en la c/ CALLE000 NUM000 de la localidad de Yunquera (Málaga)", manifestando que deseaba prestar voluntariamente declaración, que se inició, sin asistencia letrada, por no encontrarse detenido, siendo oído (folios 13 y 14), cuando a raíz de la respuesta negativa pregunta de si en algún momento desde que llegó al campo hasta que fue informado por los Agentes del hecho ocurrido, se ausentó del mismo, por la fuerza actuante se interrumpió la declaración al objeto de proceder a su detención, obrando al folio 15 diligencia de detención y lectura de derechos de conformidad con lo dispuesto en el *art. 520 LECrim* . designando como letrada a D^a Encarnación Tomas Díaz, y asistido de la misma se procedió a tomarle nueva declaración, manifestando el hoy recurrente que lo haría ante el Juez que entienda del presente caso (folio 18), declaración que prestó ante el Juzgado Instrucción nº 10 de Málaga, el 19.5.2001 (folios 37 y 38), asistido de la misma letrada y que es coincidente en lo esencial con las manifestaciones que realizó ante la Guardia Civil, por cuando respondió, que él se fue por la mañana al campo y no volvió a la casa, que volvió cuando llegó la policía y le llevaron., que no se encontró con ningún vecino sobre las 12,30 horas, y en su declaración ante la Guardia Civil no fue preguntado sobre si regresó a su casa o al pueblo sino si en algún momento desde que llegó al campo hasta que fue informado por los Agentes del hecho ocurrido, se ausentó del mismo.

SEPTIMO: Siendo así, no se aprecia la nulidad interesada.

El *art. 118 LECrim* . establece el derecho a la asistencia letrada, lo cual constituye una exigencia constitucional que no resulta violada simplemente porque se haya recibido una declaración en sede policial sin la presencia de abogado, pues como indica la misma Constitución la asistencia de abogado se garantiza "en los términos que la establezca" (*STC. 175/85 de 17.12*), y de la *Ley procesal* se deduce claramente que los actos realizados sin la asistencia letrada pueden tener validez hasta que "la causa llegue al estado en se necesite el consejo de aquellos o se haya de intentar algún recurso que hiciera indispensable su actuación".

En el caso que nos ocupa la primera declaración prestada en las dependencias policiales, el recurrente no se encontraba detenido, y esta Sala ha mantenido reiteradamente (por ejemplo *STS. 29.10.2001*), que en la primera fase del proceso penal el derecho a la asistencia letrada, es en principio, renunciable salvo que el acusado se encuentre detenido o preso, en cuyo caso, si el mismo no ejercita su derecho a nombrar abogado, el *art. 520.2 LECrim* . impone la obligación de designarlo de oficio.

Consecuentemente nada empece la validez de la mencionada declaración ni existe fundamento para mantener la censura del recurrente, máxime cuando como consecuencia de sus respuestas podía aparecer algún elemento o indicio que permitiera una imputación, siquiera indiciaria, la propia Guardia Civil, interrumpió la declaración, para proceder a su detención e información de derechos con designación de Letrado. Por tanto si la presunta irregularidad no se invocó en su momento la falta de asistencia letrada en la declaración policial solo podría ser relevante en la medida de que hubiera determinado la indefensión posterior, bien entendido

que la invalidez de las declaraciones prestadas con incumplimiento de las garantías reconocidas por el *art. 118 LECrim* . solo trascendería cuando se produzca una efectiva indefensión del imputado por ser su declaración irregular, el único fundamento de su condena si no se da tal circunstancia aquella irregularidad no debe trascender por si sola hasta causar la nulidad del juicio.

OCTAVO: El motivo séptimo al amparo de lo establecido en el *art. 852 LECrim* . y *5.4 LOPJ* . por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia en cuanto a la culpabilidad del recurrente en relación a la comisión de un delito de incendio, y ello atendiendo a que hay una absoluta falta de prueba (directa o indiciaria) en relación a ello, pues no está probado que el incendio no fuera accidental al no encontrarse signos de que fuera intencionado, y en todo caso aunque se acreditara lo primero no hay prueba directa de la autoría del recurrente y los indicios que se recogen en la sentencia, no son tales y sus existencia, pluralidad y conexión racional con los hechos que permita determinar su culpabilidad se reduce a meras conjeturas que no pueden alcanzar el rango de prueba indirecta en aras de desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

Debemos recordar que la prueba indirecta, indiciaria o circunstancial es susceptible de enervar la presunción de inocencia, es un principio definitivamente consolidado por la doctrina del Tribunal Constitucional que en multitud de precedentes se ha pronunciado al respecto, declarando desde las sentencias 174 y 175 ambas de 17.12.85 la aptitud de la prueba de indicios para contrarrestar la mencionada presunción, a la vista de la necesidad de evitar la impunidad de múltiples delitos, particularmente los cometidos con especial astucia, y la advertencia de que habría de observarse singular cuidado a fin de evitar que cualquier simple sospecha

pudiera ser considerada como verdadera prueba de cargo. A partir de tal fecha con frecuencia se ha venido aplicando y estudiando por los Tribunales de Justicia esta clase de prueba que ha adquirido singular importancia en nuestro Derecho Procesal, porque, como es obvio, son muchos los casos en que no hay prueba directa sobre un determinado hecho, y ello obliga a acudir a la indirecta, circunstancial, o de inferencias, para a través de los hechos plenamente acreditados (indicios), llegar al conocimiento de la realidad de aquel necesitado de justificación, por medio de un juicio de inducción lógica conforme a las reglas que ofrece la experiencia sobre la base de la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos SSTC 229/88, 107/89, 384/93, 206/94, 45/97 y 13.7.98).

Del mismo modo esta Sala de casación del Tribunal Supremo ha generado una amplia jurisprudencia al respecto, según la cual la realidad del hecho y la participación en el mismo del acusado puede ser establecida por la fórmula de indicios SSTS 17.11 y 11.12.2000, 21.1 y 29.10.2001, 29.1.2003, 16.3.2004) siempre que concurren una serie de requisitos:

a) Pluralidad de los hechos-base o indicios.

Como se ha señalado la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de perseverancia para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el *art. 741 LECrim* . la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter, admitir lo contrario sería un inadmisibles retroceso dentro del estado de Derecho e incidiría en el área vedada por el *art. 9.3 CE* .

b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de

admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración.

c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar.

No todo hecho puede ser relevante, así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de "circum" y "stare" implica "estar alrededor" y esto supone no ser la cosa misma, pero si estar relacionado con proximidad a ella.

d) Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las restantes en tanto en cuanto formen parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.

e) Racionalidad de la inferencia. Este mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. Por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el *art. 1253 Cc* . "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", enlace que consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente validas epistemológicamente.

f) Expresión en la motivación del como se llegó a la inferencia en la instancia. Pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida por

el *art. 120.3 CE* . los grandes hitos del razonamiento cabe el control extraordinario representado por el recurso de casación ante este Tribunal Supremo o en su caso, por el de amparo ante el Tribunal Constitucional determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal ilogicidad no cabe alterar la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa contenida en los citados *artículos 117.3 CE y 741 LECrim* . SSTS 24.5 y 23.9.96 y 16.2.99).

En relación con estas exigencias debe destacarse la importancia de los dos últimos requisitos señalados, que la doctrina de esta Sala ha insistido en resaltar y, en particular el de la explícita motivación jurídica de la inferencia deducida, especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas, en las que es suficiente la indicación de éstas sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando las pruebas indiciarias se trata STS 25.4.96). En este sentido, debe recordarse que el ejercicio de la potestad jurisdiccional está subordinado al cumplimiento y observancia de las formalidades legales, entre las que destaca, incluso con rango constitucional, (*art. 120.3 CE*), la obligación de motivar las resoluciones judiciales, de tal suerte que el juicio valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho-consecuencia, cabe según un proceso lógico y explicitado en la sentencia que permita al acusado conocer el razonamiento del Juzgador y al Órgano jurisdiccional superior verificar la racionalidad del juicio de inferencia, es decir, que la conclusión inferida de los indicios probados responde a las reglas de la lógica y de la razón y no permite otra inferencia

igualmente razonable deducida de los mismos datos indiciarios.

En definitiva como decíamos en la reciente sentencia de 16.11.2004 , es necesario que "la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado, explicitación que aún cuando ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la inferencia. Es decir, es necesario que el Órgano judicial precise cuales son los indicios y como se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que puede enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia .. "y" en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano".

Ahora bien, nuestra labor de control casacional tiene también dos límites, como destaca la STS. 25.9.92 el primero se refiere a la acreditación de los indicios o hechos base, que la Sala ha declarado probados, pues si lo han sido mediante prueba directa no es

posible su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación, como lo dispuesto en el *art. 741 de la LECrim* . y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que se pueda entrar en el ámbito valorativo propio del Tribunal de instancia. Puede criticarse que la Sala considere indicio al que no lo es, así como la racionalidad de la inferencia, pero no la valoración que de la prueba testifical, por ejemplo ha realizado el Tribunal sentenciador para declarar que un determinado hecho base se estima acreditado.

En segundo lugar, el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional y mucho menos por el del recurrente.

Como señalan las SS. 272/95 de 13.2 ó 515/96 de 12.7 , "es evidente que el juicio relativo a si los indicios deben pesar más en la convicción del Tribunal sentenciador que la prueba testifical (de descargo) o la propia declaración exculpatoria del acusado, es una cuestión íntimamente vinculada a la inmediación que tuvo el Tribunal de los hechos, que no puede ser objeto de revisión por otro que no gozó de aquella inmediación y, por tanto, ni oyó ni vio la prueba practicada en su presencia. Este juicio podría únicamente ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de experiencia". Es decir que queda fuera del ámbito casacional la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas que el Tribunal valora con inmediación, otorgándoles o no credibilidad o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc;

ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal "a quo", siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano.

En definitiva, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales anteriormente indicados, así como la concurrencia de indicios incriminatorios que cumplan las condiciones ya expresadas, no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal sentenciador de los indicios y contraindicios, sino únicamente de comprobar su racionalidad, así como la racionalidad del proceso delictivo que, desde dicha valoración, conduce a considerar acreditado el hecho consecuencia.

NOVENO: Con estas consideraciones generales el motivo del recurso tiene que ser desestimado.

La sentencia de instancia analiza una serie de datos fácticos como que el acusado en sus primeras declaraciones manifestó que se fue al campo en la mañana y no volvió al pueblo hasta que le avisaron del incendio. Declaración que reputa falsa a la vista de la testifical de varios vecinos que vieron al acusado, sobre las 12,00 horas hora aproximada del incendio) por el pueblo, a unos 400 metros de su casa, y a la misma distancia de la de su madre, no siendo la dirección más adecuada para ir a esta última; y las contradicciones en que incurre al manifestar en el plenario que ese día no tenía coche y por ello fue andando, en relación con la declaración del Guardia Civil nº 33396884, en el sentido de que por el contrario al ir a avisarle de lo sucedido el acusado cogió su coche y se fue con él a su casa. En este punto debemos recordar que los contraindicios pueden cobrar singular relieve, si se demuestran falsos o inexistentes, por ello la versión que de los hechos proporciona el acusado cuando se enfrenta con

determinados indicios suficientemente acreditados y significativos, habrá de ser examinada cuidadosamente, toda vez, que explicaciones no convincentes o contradictorias, aunque por si solas no son suficientes para declarar culpable a quien las profesa, si pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido.

Igualmente valora otras circunstancias como ser el acusado la única persona que podía tener un móvil para llevar a cabo el incendio, habida cuenta las malas relaciones con su esposa; y ser los únicos que tenían llave de casa el matrimonio y el hijo mayor de ambos de quince años, que se encontraba en el colegio, por lo que si la esposa permaneció en su lugar de trabajo, solo fue el acusado quien pudo entrar de nuevo en la casa, existiendo testigo que constaron como la persiana en la planta de arriba de la casa estaba subida, se oía la televisión y había luz en las habitaciones de arriba, y la testifical de referencia del Guardia Civil nº 25058833 que manifestó haber oído en un bar a los vecinos que decían que el acusado había amenazado con quemar su casa, dejando el gas abierto.

Sobre la validez de este testimonio debemos recordar que el testigo es siempre una persona física ajena al proceso que proporciona el órgano jurisdiccional datos sobre acontecimientos relevantes para la investigación en su momento y para formar una convicción definitiva en el acto del juicio oral. Nuestro sistema procesal admite de manera expresa la figura del testigo de referencia, al referirse el *art. 710 LECrim .*, siendo aquél la persona que no proporciona datos obtenidos por la percepción directa de los acontecimientos, sino la versión de lo sucedido obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas.

Es cierto, que en general, toda testifical deber versar, en principio, sobre los hechos que son objeto de enjuiciamiento y no sobre el resultado de un medio de investigación o de prueba testifical pero ello no obsta, para que en el supuesto de que existiera controversia sobre la validez de un determinado medio de investigación o de prueba se practique prueba -incluso testifical- para poder tener elementos de juicio para resolver la cuestión: En otro orden, cuando la controversia puede versar sobre la credibilidad o fiabilidad de ciertos testigos, evidentemente se puede practicar prueba al respecto, y su alcance será solo tal controversia. Así el *art. 710 LECrim .* debería interpretarse como habilitación legal para dar relevancia al testigo de referencia, no para dilucidar el hecho que es objeto de enjuiciamiento, sino sobre la fiabilidad y credibilidad de un determinado testigo, por ejemplo, para valorar como corroboración periférica lo declarado por la víctima en caso en que la prueba de cargo se halle integrada sólo por la declaración de ésta.

En definitiva las manifestaciones que realizó en su día la víctima o testigo directo de los hechos objeto de acusación debe ser necesariamente objeto de contradicción por el acusado o por su Letrado en el interrogatorio del juicio oral, y por ello no se puede inferir que el principio de inmediación permite sustituir un testigo directo por otro de referencia, pero no obstante la testifical de referencia si puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral. El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo -por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue

manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-.

Ello no obsta, tampoco, para que el testigo de referencia puede valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente y a hechos relativos a la validez o fiabilidad de otra prueba.

Estos son indicios plurales, han sido probados mediante prueba directa, practicada en el plenario conforme a los principios que rigen dicho acto procesal, han sido de tales indicios extraídas unas consecuencias de culpabilidad, la deducción a la que llega la Sala no está falta de lógica, racionalidad o coherencia argumental. El recurrente se limita a analizar cada uno de aquellos elementos y darles otra interpretación, o bien aislarlos del conjunto probatorio argumental, excluyendo sus propias e interesadas conclusiones, pero sabemos que la fuerza convictiva de la prueba indirecta se obtiene mediante el conjunto de los elementos probados, a su vez acreditados por prueba directa, que en esta sede casacional no pueden ser meramente revisados, y que no se trata del aislado análisis de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, que pueden en si mismos, cada uno de ellos, ser insuficientes a los efectos que resolvemos (porque en caso contrario sobraría su articulación inferencial) pero en conjunto pueden arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción que se despega del propio análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria, sobre lo que esta Sala casacional únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tinte argumental;

más allá no se extiende nuestro control casacional, cuando de vulneración de la presunción de inocencia se trata.

Necesaria racionalidad se da en la sentencia recurrida que de forma razonada descarta la tesis argumental de la defensa de que el incendio fuese accidental y provocado por algún electrodoméstico, incidiendo que, acreditada la presencia del acusado en la casa, no tendría sentido alguno su actitud, negando tal presencia, cuando de haber sido el incendio accidental hubiera podido exponer de que manera se había iniciado o que electrodoméstico lo había originado.

DECIMO: El motivo octavo por quebrantamiento de forma al amparo de lo establecido en el *art. 851.1 LECrim* . en relación con los dos supuestos contenidos en el precepto: a) al no expresarse en la sentencia clara y terminantemente cuales eran los hechos probados; b) al existir manifiesta contradicción entre los mismos.

El motivo deviene inadmisibile.

Para que el supuesto de falta de claridad pueda prosperar es preciso que el recurrente señale los párrafos que resultan incompresibles por su falta de claridad (STS. 636/2004 de 14.5), por lo que una alegación de falta de claridad sin precisar la frase en la que se encuentran la oscuridad, carece de virtualidad, de manera que la falta de claridad en el relato fáctico solo deberá apreciarse cuando el Tribunal lo haya redactado utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, oscuras o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes del mismo, de tal modo que no es posible conocer con precisión que es lo que el Tribunal declara probado, y por tanto, resulta imposible su calificación jurídica (STS. 161/2004 de 9.2).

Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS.

1006/2000 de 5.6, 471/2001 de 22.8, 717/2003 de 21.5, 474/2004 de 13.3) hacen viable a este motivo son los siguientes:

- a) que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de una imprecisión, bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incompreensible el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la nueva descripción de la resultancia probatoria sin exposición por el Juzgador de lo que considera probado.

Este requisito comporta, a su vez, la exigencia de que el vicio procesal de la falta de claridad debe ubicarse en el hecho probado, debe ser interna y no podía oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y debe ser gramatical, sin que quepa su alegación frente a una falta de comprensión lógica o argumental, cuya impugnación deberá articularse por otras vía, como el error de derecho.

- b) La incompreensión, la ambigüedad, etc... del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide su correcta subsunción.
- c) Además, la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declara probado.
- d) La falta de claridad puede concurrir ante omisiones del hecho probado cuando la misma tenga trascendencia en la calificación jurídica.
- e) Las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrán dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada pues, si bien es exigible la mayor precisión de cuantos datos fácticos sean necesarios para la

calificación, su incompreensión por falta de acreditamiento no dará lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquello, que efectivamente, resulte acreditado.

Respecto a la contradicción su esencia consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser auténticos, resulten incompatibles entre si, de tal suerte que la afirmación de una, resta eficacia a la otra al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 299/2004 de 4.3).

La contradicción a que se refiere este motivo ha de encontrarse en los hechos probados, es pues, una contradicción de orden lógico o ideal. En este motivo no cabe denunciar incongruencia con las alegaciones de las partes, éstas son de orden extremo y se denomina "incongruencia omisiva" prevista en el *art. 851.3 LECrim*.

La doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS. 1661/2000 de 27.11, 776/2001 de 8.5, 2349/2001 de 12.12, 717/2003 de 21.5 y 299/2004 de 4.3) señala, para que pueda prosperar este motivo de casación, los siguientes requisitos:

- a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra. Por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que se trate de una contradicción en sentido propio, es decir gramatical, de modo o que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo inconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual.
- b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir que no exista posibilidad de superar la

contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato.

- c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica. A su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos.
- d) que sea completa, es decir que afecta a los hechos y a sus circunstancias;
- e) la contradicción ha de producirse con respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma.
- f) que sea esencial en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

DECIMO PRIMERO: Pues bien, el recurrente deduce la falta de claridad en relación al delito de malos tratos por existir una falta absoluta de determinación de cuales sean estos y su naturaleza. Dicha alegación deviene inconsistente desde el momento en que el relato fáctico recoge de forma expresa que "Romeo.... casado desde 1986 con Milagros.... con la que tiene dos hijos menores de edad ha estado sometida desde hace unos seis años a continuas agresiones verbales, influido por su adicción 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... de forma que en enero de 2000 ella lo denunció y también el día 25.4.2001, formuló denuncia contra él porque, tras haber estado consumiendo bebidas alcohólicas, se dirigió al Bar Quinin donde ella trabajaba como cocinera y su 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 casa y prepararle la comida...".

Podrá cuestionarse si tal delito fáctico ha guardado debidamente acreditado e incluso su subsunción en el delito de malos tratos en el ámbito familiar, pero no que adolezca del vicio formal de falta de claridad de lo declarado probado.

Y respecto a la contradicción que se denuncia por decir que los malos tratos son constantes y por otro lado precisar que los mismos solo se producían cuando el acusado bebía, que los mismos se venían produciendo desde hace seis años, cuando aceptando la versión de la denunciada solo son tres años, que los insultos y vejaciones son también constantes, sin referir un solo insulto o vejación que resulte probado, y que prueba de ello es que la esposa lo denunció en el año 2000, pero carente de antecedentes penales, porque fue absuelto por esa causa, resulta evidente que lo que el recurrente denuncia no es la contradicción entre distintos apartados de los hechos probados, sino su disconformidad con dicho relato fáctico en base a su interesada valoración de la prueba.

DECIMO SEGUNDO: Desestimándose el recurso las costas se imponen a la parte (*art. 901 LECrim.*).

III. 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; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Antonio Martín Pallín Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.