

Tribunal Supremo

(Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 1228/2009 de 6 noviembre

[RJ2009\5844](#)



PRESUNCION DE INOCENCIA: Confesión del imputado: efectos en la actividad probatoria procesal posterior a la declaración del imputado en sede policial practicada con todas las garantías; inexistencia de prueba: sospechoso que citado por la Guardia Civil sin lectura de derechos y sin presencia de letrado confiesa ser autor de incendio, momento en que se suspende la declaración y se hace la lectura de derechos ante letrado, negando su participación en el delito: falta de validez de la primera declaración a pesar de comparecer en el juicio el guardia civil que la presencié, asistencia que no acredita la observancia de requisitos legales en la primera declaración.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación 124/2009

Ponente: Excmo Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

El TS **declara haber lugar** al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 28-11-2008 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, casándola y anulándola en el sentido de absolver al acusado.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Noviembre de dos mil nueve

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Pedro Antonio**, contra Sentencia dictada por la Sección nº Uno de la Audiencia Provincial de Alicante, que le condenó por un delito de daños por incendio, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. De la Fuente Baonza. Siendo parte recurrida Salvadora (Acusación Particular) representada por la Procuradora Sra. Marín Pérez y la Compañía de Seguros Generales Mapfre S.A (Acusación Particular) representada por la Sra. Cano Lantero. Siendo parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Alcoy de los de Alicante, instruyó Sumario

con el número 1/2007, contra Pedro Antonio , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante (Sec. nº 1) que, con fecha [veintiocho de noviembre de dos mil ocho \(PROV 2009, 132519\)](#) , dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<PRIMERO.- En la noche del 31 de Diciembre de 2004 al 1 de Enero de 2005, el acusado, mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, acudió al local sito en los bajos del bloque de viviendas de la calle Triana, número 18, de la localidad de Muro de Alcoy, donde un grupo de jóvenes celebraba la Nochevieja, y mantuvo una discusión con algunos de ellos motivada porque éstos no le permitieron entrar para participar en la fiesta. El acusado se marchó y regresó poco después insistiendo en entrar, enzarzándose en una pelea con los jóvenes, entre ellos Jenaro y Pablo , que una vez más le negaron el acceso al local. Sobre las 00,15 horas todos los ocupantes del local se marcharon dejándolo vacío, momento que el acusado, que se había quedado en las inmediaciones, aprovechó para romper el candado de la puerta del local y acceder a su interior. Una vez dentro encendió un mechero y prendió fuego a un sofá, marchándose a toda prisa cuando el incendio comenzó a propagarse por todo el local. El humo afectó, además del local, a la fachada y a los pisos inmediatamente superiores del inmueble cuyos vecinos, tuvieron que ser desalojados sin que lleguen a materializar peligro alguno para su vida o integridad física. Como consecuencia del incendio se produjeron importantes daños materiales, pericialmente tasados en :4300 euros los sufridos por el local del entresuelo; 2927 euros los ocasionados en la vivienda propiedad de Carlos Francisco ; 2240 euros los ocasionados en la vivienda propiedad de Apolonio ; y en 1885,24 los ocasionados en los efectos del interior del local. Habiendo satisfecho MAPFRE, aseguradora del edificio 16.224 Euros. Todos los perjudicados reclaman por ellos>>.

2

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS.-Que debemos condenar y condenamos al acusado, en esta causa, en esta causa Pedro Antonio como autor responsable de un Delito de Daños por Incendio, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de 2 Años de Prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, por igual tiempo y al pago de las costas incluyendo las de la acusación particular, así como a indemnizar a CONSTRUCCIONES MONTCABRER S.L en la suma de 1.300 Euros, Carlos Francisco en 991 Euros, en 2250 Euros a Apolonio , en 1885,22 Euros a Salvadora y en 16.226 Euros a la compañía MAPFRE S.A. Absolviéndole del delito de Allanamiento de Morada por el que también venía acusado.

Abonamos a dicho acusado todo el tiempo de privación de libertad que hubiera podido sufrir por esta causa para el cumplimiento e la expresada pena.

Contra la presente resolución, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sección en el termino de cinco días a contar desde su notificación>>.

3

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante dictó Auto de aclaración con fecha diecisiete de diciembre de dos mil ocho cuya parte Dispositiva dice: *<<Se rectifica el error de transcripción apreciado en la parte dispositiva de la [Sentencia 749/08 dictada por esta Sección en fecha veintiocho de noviembre de dos mil ocho \(PROV 2009, 132519\)](#) , en el rollo 29/07 dimanante del sumario 1/07 del Juzgado de Instrucción número 2 de Alcoy y en consecuencia en el fallo de la sentencia donde dice "... a indemnizar a CONSTRUCCIONES MONTCABRER S.L. en la suma de 1.300 euros..." debe decir "... a indemnizar a **CONSTRUCCIONES MONTCABRER S.L. en la suma de 4.300 euros...**".*

Manteniéndose el resto de los pronunciamientos de referida resolución.

Notifíquese esta resolución a las partes>>.

4

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, por el acusado Pedro Antonio , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Pedro Antonio :

MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del art. 852 de la LECriminal, alegando vulneración del derecho fundamental de defensa proclamado en el art. 24.1 y 2 de la Constitución Española.

MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º de la LECriminal, denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24 de la Constitución Española.

MOTIVO TERCERO.- Al amparo del art. 849.2º de la LECriminal, invoca error de hecho en la valoración de la prueba basado en documentos que obran en autos, no contradichos por otros elementos probatorios.

CUARTO MOTIVO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECriminal, denuncia infracción de ley por inaplicación indebida de los arts 21.1 en relación con el art. 20.1º del Código Penal .

5

.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el acusado, impugnando todos los motivos en él aducidos; igualmente la representación de las partes impugnaron el recurso interpuesto por la representación de Pedro Antonio ; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

6

Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día cuatro de noviembre de dos mil nueve.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- Contra la Sentencia que le condena como autor de un delito de daños por incendio el acusado recurre en casación por cuatro motivos, de los cuales los dos primeros, relacionados entre sí, plantean la vulneración del derecho fundamental de defensa del artículo 24 de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) por la forma en que le fue tomada su declaración en el cuartel de la Guardia Civil (Motivo Primero al amparo del artículo 852 de la [ley del Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#)), y la infracción del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución Española por fundarse la condena en esa declaración ilícitamente practicada (Motivo Segundo , que apoya el recurrente en el artículo 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Dada la interrelación de ambos motivos se examinan conjuntamente.

SEGUNDO

.-La Sentencia, con relación al delito de daños por incendio, declara autor al acusado "*por su participación directa, material y voluntaria en los hechos a tenor de los artículos 27 y 28 del [código penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) ". (Fundamento Tercero). Esa participación aparece descrita en la relación de Hechos Probados figurando el acusado como la persona que, tras un incidente con los ocupantes de cierto local que celebraban la Nochevieja, regresó al lugar cuando ya estaba cerrado y prendió fuego a los muebles marchándose cuando el incendio comenzó a propagarse por todo el local.*

La cuestión está en que la Sentencia limita la valoración de las pruebas demostrativas, a su juicio,

de su intervención a lo que razona en su Fundamento Primero resolviendo "*con carácter preferente*" la cuestión "*suscitada por la defensa del procesado en la audiencia preliminar*" (sic) relativa a la validez y eficacia de sus manifestaciones ante el puesto de la Guardia Civil.

La Sentencia recoge escuetamente la jurisprudencia de esta Sala sobre el valor probatorio de las declaraciones policiales, cita el [acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 28 noviembre 2006 \(PROV 2007, 11\)](#) y la [Sentencia 1281/2006 \(RJ 2007, 588\)](#) , y considera que sobre esa base las autoinculpaciones iniciales del acusado en el cuartel constituyen prueba de cargo, dado que esa inicial confesión no mantenida luego en ninguna de sus posteriores declaraciones, policiales, sumariales y en Juicio Oral, se probó por el testimonio prestado en el acto de la vista por el miembro de la Guardia Civil que la había presenciado.

Es destacable por lo que luego se dirá que ése es exclusivamente el sustento probatorio considerado, es decir el único explícitamente valorado por el Tribunal para afirmar en el hecho probado que fue el acusado y no otra persona, quien prendió fuego al local.

TERCERO

- Acerca del valor probatorio de las declaraciones prestadas ante la Policía esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones, elaborando una doctrina no definitivamente acabada, que presenta aún divergencias en particulares aspectos concretos sobre una base común unánime, pendiente todavía de desarrollo posterior. El Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 28 noviembre 2006 acordó que "*las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal previa su incorporación al Juicio Oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia*". Pleno seguido de varias Sentencias que en desarrollo del acuerdo se han ocupado de los diversos aspectos de esta cuestión, como las [Sentencias 1215/2006 del 4 diciembre \(RJ 2007, 779\)](#) ; [1276/2006 de 20 diciembre \(RJ 2007, 387\)](#) , [541/2007 de 14 junio \(RJ 2007, 3727\)](#) y [783/2007 de 1 de octubre \(RJ 2008, 1557\)](#) , entre otras.

CUARTO

- Un adecuado tratamiento del valor probatorio de las declaraciones prestadas en sede policial, desde la perspectiva de la presunción de inocencia y de los requisitos de validez, licitud, y suficiencia de la prueba de cargo, exige ciertas precisiones con referencia a las declaraciones autoinculpatorias, sin ahora considerar este problema en el ámbito de las declaraciones testificales:

1º) Son declaraciones que se integran en un atestado policial, de naturaleza preprocesal y por ello no sumarial. Esta naturaleza jurídica extrasumarial sitúa la declaración policial fuera del alcance y de las previsiones del artículo 714 de la ley de Enjuiciamiento Criminal . En efecto, como declara la Sentencia citada antes número 541/2007, de 14 junio, esta Sala ha admitido la aplicación del artículo 714 de la ley de Enjuiciamiento Criminal en los casos en que exista contradicción entre las declaraciones sumariales del acusado y las prestadas en el Juicio Oral. Asimismo ha establecido que el Tribunal puede tener en cuenta, total o parcialmente unas u otras en función de la valoración conjunta de la prueba disponible. Pero siempre que se trate de declaraciones prestadas en el sumario ante el juez de instrucción, de forma inobjetable, e incorporadas al Juicio Oral en condiciones de contradicción. "*Cuando se trata de declaraciones policiales -añade la citada Sentencia- no pueden ser incorporadas al Plenario como prueba de cargo a través del artículo 714 pues no han sido prestadas ante el juez, única autoridad con independencia institucional suficiente para preconstituir pruebas*". De esto no se sigue, decimos ahora, que no tengan ninguna relevancia demostrativa, o aptitud para tenerla; pero ello será en los términos que luego se dirán, y no como instrumento probatorio preconstituido, en el sentido propio del término, ni tampoco por una sobrevenida adquisición del carácter de "medio de prueba" a través de mecanismos, como el del artículo 714 , referidos sólo a las diligencias sumariales, y no a los hechos preprocesales.

2º) Esa declaración, que no es diligencia sumarial, es no obstante un hecho sucedido, un hecho ocurrido que por su misma existencia es susceptible de ser considerado en el curso del razonamiento valorativo que recaiga sobre las verdaderas pruebas del proceso, cuyo análisis, sometido a una ineludible exigencia de razonabilidad, no permite prescindir de la índole significativa, -

aunque no por sí misma probatoria- del comportamiento del inculpado en actos preprocesales cuando éstos permiten calibrar el alcance de los datos aportado por las pruebas. La declaración autoinculpatória en sede policial, no es una prueba de confesión ni es diligencia sumarial, pero es un hecho personal de manifestación voluntaria y libre documentada en el atestado. Un acto que en todo caso por su misma naturaleza sólo puede suceder dentro de un marco jurídico, con observancia de requisitos legales, sin los cuales el ordenamiento le niega validez, es decir existencia jurídica, y por ello aptitud para producir efecto alguno.

A este cumplimiento de las exigencias legales que deben observarse en las declaraciones policiales se ha referido constantemente esta Sala: Así la Sentencia citada 541/2007 de 14 junio declara que *"no podrán ser utilizados en caso de que se hubieran practicado con vulneración de derechos fundamentales, por aplicación del artículo 11. 1 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) , ello sin perjuicio de los efectos de su nulidad sobre otras pruebas derivadas, lo que sería necesario determinar en cada caso"*. Por su parte la Sentencia número 783/2007 de 1 de octubre dice al respecto que la voluntariedad de la declaración constituye el principal presupuesto de validez de la confesión, y la presencia de abogado (artículo 17 de la Constitución Española y 320 de la ley de Enjuiciamiento Criminal) es una garantía instrumental al servicio del derecho del imputado a no ser sometido a coacción (artículo 15 de la Constitución Española) y en suma a que se respete su derecho a la defensa (artículo 24.2 de la Constitución Española). Precisamente la declaración de los funcionarios policiales ante los que se produjo la declaración no es un testimonio de referencia porque no declaran sobre hechos ajenos, sino propios-añade esta Sentencia- y lo único que atestiguan es que el detenido dijo lo que expresa el acta, cuando tal persona lo niegue ante el Tribunal, exponiendo las condiciones de regularidad procesal de la diligencia, de la que también podría dar cuenta si se le citase, el propio abogado presente en la misma.

La previa información de sus derechos constitucionales y que sea prestada en presencia de letrado, son condiciones de la validez de la declaración autoinculpatória prestada en sede policial, sin la cual esa declaración carece de virtualidad alguna, y no es susceptible de ser considerada ni utilizada en el proceso.

3º) Admitido que la autoinculpación en declaración policial no es por sí misma una confesión probatoria, es decir un instrumento o medio de prueba procesal, ni una diligencia sumarial susceptible de adquirir esa condición, sino un hecho preprocesal que además sólo es considerable como tal si se desenvuelve dentro del marco jurídico que condiciona su validez jurídica, debe también admitirse que como hecho puede tener, cuando es válido, relevancia en la actividad probatoria procesal posterior en un doble sentido:

a) como elemento contrastante en las declaraciones procesales posteriores, sean sumariales o en el Juicio Oral, haciendo ver al declarante las diferencias entre sus manifestaciones en sede policial, y las hechas en el proceso judicial, a fin de que explique las rectificaciones. En tal caso estas explicaciones, hechas ya en el proceso, son una parte relevante de la confesión judicial, que coopera a la debida valoración de su propia credibilidad.

b) el hecho -que no prueba- de su declaración policial puede también incluir datos y circunstancias cuya veracidad resulte comprobada por los verdaderos medios de prueba procesal, tales como inspecciones oculares, peritajes, autopsias, testimonios etc.... En tal caso la conjunción de los datos confesados policialmente con los datos probados procesalmente, puede permitir, en su caso, la deducción razonable de la participación admitida en la declaración autoinculpatória policial, y no ratificada judicialmente. En ese supuesto la posible prueba de cargo no se encuentra en la declaración policial considerada como declaración, puesto que no es prueba de confesión. Se encuentra en el conjunto de datos fácticos -los mencionados en su declaración policial y los acreditados por las pruebas procesales- que, como en la prueba indiciaria, permiten la inferencia razonable de la participación del sujeto, inicialmente reconocida ante la policía y luego negada en confesión judicial. La relevancia demostrativa de la declaración autoinculpatória policial descansa pues, en la aptitud significativa que tiene el hecho mismo de haber revelado y expresado datos luego acreditados por pruebas verdaderas. Es al valorar estas pruebas, practicadas en el ámbito del proceso, cuando el hecho personal de su preprocesal narración válida ante la policía, puede

integrarse en el total juicio valorativo, como un dato objetivo más entre otros, para construir la inferencia razonable de que la participación del sujeto fué verdaderamente la de su inicial autoinculpación policial. No sería ésta la prueba de cargo, ni podría condenarse por su confesión policial inicial, sino por la razonable deducción de su autoría, obtenida de un conjunto de datos objetivos, acreditados por verdaderas pruebas, que, en unión del dato fáctico de su personal revelación a la policía, podrían, en su caso, evidenciar su intervención en el delito.

En esta línea, la Sentencia 541/2007 de 14 junio , que se apoya en la [Sentencia 1106/2005 del 30 septiembre \(RJ 2005, 7157\)](#) ya dijo que: "Cuando se trata de declaraciones policiales, no pueden ser incorporadas al plenario como prueba de cargo a través del artículo 714 , pues no han sido prestadas ante el Juez, única autoridad con independencia institucional suficiente para preconstituir pruebas. De otro lado, es evidente que no podrán ser utilizadas en caso de que se hubieran practicado con vulneración de derechos fundamentales, por aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ , ello sin perjuicio de los efectos de su nulidad sobre otras pruebas derivadas, lo que sería necesario determinar en cada caso. Sin embargo, cuando se trata de declaraciones válidas, al haber sido practicadas con toda corrección, aun cuando no puedan ser valoradas como pruebas de cargo al no practicarse en presencia del Juez, pueden aportar datos objetivos que permitan seguir líneas de investigación. Los aspectos fácticos aportados en la declaración policial del imputado que hayan podido ser comprobados, podrán ser valorados en función de su contenido incriminatorio una vez incorporados adecuadamente al juicio oral. En este sentido ya se había manifestado esta Sala en la STS 1106/2005, de 30 de setiembre . Decía esta sentencia que "En este sentido, conviene señalar que las declaraciones prestadas en sede policial, asistido de letrado, por un imputado, no pueden ser consideradas, por sí mismas, prueba de cargo, por tratarse de actividad preprocesal, que no ha sido incorporada ni al sumario ni al juicio oral (entre otras, [STS 1940/2002, de 21 de noviembre \(RJ 2002, 10498\)](#)). Ello no quiere decir, sin embargo, que carezcan de cualquier valor atinente a la misma investigación, pues en el caso de tratarse de declaraciones autoincriminatorias, como es el caso, si proporcionan datos objetivos de donde obtenerse indicios de su veracidad intrínseca, la prueba de cargo se obtendrá a través de esos otros elementos probatorios, que conformarán la convicción judicial, y no estrictamente de su declaración policial. Dicho de otro modo: si alguien confiesa un homicidio voluntariamente en sede policial, asistido de letrado, con todas las garantías, y previa información de sus derechos constitucionales, entre ellos el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y fruto de los datos que ha proporcionado se encuentra el cuerpo del delito, el arma y la ubicación del sujeto que se declaró responsable del crimen en el lugar de los hechos en la hora y el día del suceso, la declaración auto-inculpatoria habrá cobrado valor a través de otros datos, ciertamente proporcionados por el imputado, pero corroborados por pruebas estrictamente procesales, incorporadas legítimamente al juicio oral, sin que pueda señalarse que la prueba descansaba exclusivamente en la declaración del acusado llevada a cabo en sede policial sin ratificación judicial. Esto es lo que declara la [STC 7/1999 \(RTC 1999, 7\)](#) -citando expresamente el precedente constituido por la STC 36/1995 y citada, a su vez, por la [sentencia de esta Sala 240/2004, de 3 de marzo \(RJ 2004, 1974\)](#) -; dicha resolución recuerda que las diligencias policiales sólo podrán considerarse como auténtica prueba de cargo válida para destruir la presunción de inocencia «cuando por concurrir circunstancias excepcionales que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías, sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de estas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados, con arreglo a las exigencias procesales». Véase a este respecto la [STS 918/2004, de 16 de julio \(RJ 2004, 5127\)](#) ".

QUINTO

.- En el presente caso la doctrina jurisprudencial sobre esta materia a que muy resumidamente se refiere la Sentencia recurrida con cita del Pleno no jurisdiccional de 28 noviembre 2006 , para fundamentar su valoración de la declaración autoinculpatoria del acusado ante la Guardia Civil, única prueba de cargo considerada por el Tribunal de la instancia sobre su autoría, conduce en realidad a la conclusión contraria, con sólo considerar su intrínseca invalidez por el incumplimiento de las normas legales que regulan su práctica.

1 .- El hoy recurrente no expresó su participación espontáneamente presentándose en el cuartel

de la Guardia Civil para allí narrar por su propia iniciativa su autoría ante quien estimó oportuno contándole lo que le vino en gana. El recurrente, del que la Guardia Civil tenía sospechas, fue citado para que acudiera al cuartel. Y así lo hizo cumpliendo con el llamamiento. Una vez en las dependencias fue interrogado sobre su intervención en el incendio, y contestando a las preguntas respondió que fue él quien prendió fuego al local. Esta declaración, practicada en un verdadero interrogatorio, libre en cuanto al sentido de las respuestas pero no espontáneo en cuanto obedeció a las preguntas formuladas por los agentes de la Guardia Civil, se practicó sin que previamente se le informara de los derechos que le asistía (artículo 771-segundo de la ley de Enjuiciamiento Criminal) reconocidos en los apartados a), b) y c) del artículo 520. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , es decir a guardar silencio o no contestar alguna pregunta, a no declarar contra sí mismo, y a designar abogado.

Sólo después de iniciarse el interrogatorio, cuando al serle formulada la quinta pregunta sobre lo sucedido y sobre lo que hizo respondió que prendió fuego a un sofá, se hizo constar que *"en vista de las respuestas del manifestante, en este momento se interrumpe la manifestación y se procede a la detención y lectura de derechos del mismo, como presunto autor de un supuesto delito de incendio, dando a continuación aviso al letrado de oficio para toma de manifestación en calidad de detenido"*.

Consta seguidamente diligencia de detención y lectura de derechos, y después ya con asistencia letrada, nueva declaración y nuevo interrogatorio, en el cual niega toda intervención en el incendio. Negativa que ya mantuvo siempre en sus declaraciones posteriores.

2 .-De este modo dos son las declaraciones policiales: una primera autoinculpatoria, carente de validez por incumplimiento de las exigencias legales, y otra que se practicó con observancia de estas, de contenido exculpatorio. La Sala se centra en la primera, y exclusivamente sobre ella declara probada la autoría del recurrente atendiendo a que en el Plenario el guardia civil que le tomó declaración ratificó -dice la Sala de Instancia- la realidad y certeza de las manifestaciones efectuadas. Criterio que no puede aceptarse porque el testimonio del agente no acredita la observancia de los requisitos legales de aquella declaración del sujeto, sino el hecho de la declaración misma es decir de unas manifestaciones carentes de validez y por lo tanto ineficaces. Las realizadas válidamente después fueron autoexculpatorias y la Sala lógicamente no las considera como prueba de su autoría.

3 .-Por otra parte un examen de los autos pone de relieve que hubo otras pruebas contra el acusado, tales como declaraciones testificales de terceros y reconocimientos en rueda. Pero de ellas no hace la Sala valoración alguna, porque ni siquiera las menciona en su motivación. Esto impide que en casación entremos en consideraciones acerca de su resultado, porque a este Tribunal corresponde el control de la razonabilidad valorativa del Tribunal de instancia pero no suplir su valoración inexistente con una valoración propia sobre pruebas personales que sólo pueden ponderarse desde la inmediación inexistente en el trámite de casación.

4 .-En conclusión no existe prueba de cargo sobre la autoría del acusado, que desvirtúe su presunción de inocencia.

Procede en consecuencia la estimación del motivo segundo y del motivo primero, que conduce a su absolución, haciendo innecesario el examen de los restantes motivos.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** a la estimación del recurso interpuesto por **Pedro Antonio** , contra [Sentencia dictada por la Sección nº Uno de la Audiencia Provincial de Alicante \(PROV 2009. 132519\)](#) , en causa seguida por un delito de daños por incendio, **por estimación de su motivo primero y segundo** ; y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal de instancia con declaración de las costas ocasionadas de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. **Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca** Luciano Varela Castro Joaquin Delgado Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Noviembre de dos mil nueve

En la causa que en su día fué tramitada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Alcoy de los de Alicante, Sumario con el número 1/2007 , fallada posteriormente por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante y que fue seguida por delito de incendios contra Pedro Antonio , vecino y nacido en Alcoy el 16 de diciembre de 1975, hijo de Felipe y de Josefa; la Sala Segunda del *Tribunal Supremo* , integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. **Adolfo Prego de Oliver y Tolivar** , hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO

.- Se dan por reproducidos los Hechos Probados de la Sentencia de instancia con las siguientes modificaciones: la frase *"momento que el acusado que se había quedado en las inmediaciones aprovechó para romper el candado de la puerta del local y acceder a su interior"* se sustituye por *"momento en que alguien no identificado que no está probado fuese el acusado rompiendo el candado accedió a su interior"*. Y la frase *"una vez dentro encendió un mechero"* se modifica por *"una vez dentro esa persona no identificada encendió un mechero"* .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- No se aceptan los de la Sentencia de instancia, con excepción del segundo.

SEGUNDO

.- Se sustituyen los demás por los de nuestra Sentencia de casación que aquí se dan por reproducidos.

TERCERO

.- Procede la libre absolución del acusado.

III. FALLO

Que debemos **ABSOLVER** y **ABSOLVEMOS** al acusado Pedro Antonio del delito de daños por incendio de que venía acusado en este proceso, declarando de oficio las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca** Luciano Varela Castro Joaquin Delgado Garcia

PUBLICACIÓN

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