



Roj: **STS 4400/2020 - ECLI:ES:TS:2020:4400**

Id Cendoj: **28079120012020100722**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2020**

Nº de Recurso: **723/2019**

Nº de Resolución: **672/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VA 1605/2018,**
STS 4400/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 672/2020

Fecha de sentencia: 10/12/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 723/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/12/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: Jas

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 723/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 672/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a. Susana Polo García



D. Leopoldo Puentes Segura

En Madrid, a 10 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 723/2019 interpuesto por **D. Leopoldo**, representado por el procurador D. Fernando Lozano Moreno, bajo la dirección letrada de D. Francisco Jesús Gómez Llorente, contra Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª, en el Procedimiento Sumario Ordinario 4/2017, dimanante del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000, Sumario 1/2017, por delito de homicidio.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª, el 12 de diciembre de 2018, se dictó sentencia condenatoria a **Leopoldo** del delito y por los hechos por el que venía siendo acusado que contienen los siguientes **Hechos Probados**:

"A los exclusivos efectos de la presente resolución, en atención a la prueba practicada sustancialmente en el Juicio Oral, efectuado los días 3 y 4-12-2.018, se declaran los siguientes:

Alrededor de la 1,15 hora del 6-9-2.013 se encontraban en una atracción de coches de choque, ubicada en el recinto ferial de la localidad de DIRECCION000, por un lado, los menores Plácido (nacido el NUM000 -2.000) y Roberto ("Santo", aproximadamente de once años a dicha fecha). Por otro, los acusados Leopoldo (nacido el NUM001 -1.993) y Víctor (nacido el NUM002 -1.995), por tanto ambos mayores de edad, sin antecedentes penales, habiendo sido privado Víctor de libertad provisional por la presente causa los días 10 y 11-9-2.013, insolvente el primero de los acusados y solvente parcial el segundo, estando aquejada esta persona de una "... hipoacusia severa por pérdida neurosensorial de oído y discapacidad expresiva derivada de la anterior...", consecuentemente precisando la necesidad de llevar audífono, lo cual propició una resolución de la Gerencia de Servicios Sociales de esta ciudad fechada el 20-5-2.013, que reconoció a esta persona una discapacidad total del 40%, 35% derivado de su hipoacusia severa y el 5% restante de la discapacidad expresiva, que padece consecuencia de la anterior.

Las personas referidas de ambos grupos, al tiempo de los actos que a continuación se describirán, residían en la localidad de DIRECCION000, siendo los integrantes del segundo grupo y hoy acusados hijos de Víctor (en situación de busca, detención y presentación por auto de 11-9-2.013 del Juzgado de DIRECCION000 1), primo carnal este de la madre (Adela) de los del primer grupo, a pesar de lo cual la relación existente entre ambas familias era de recíproca indiferencia, sin que obste a ello que todas estas personas se conocieran entre sí.

Alrededor de la 1,30 hora, cuando Plácido, "Santo" y el acusado Víctor estaban montados cada uno en un coche de choque, mientras que el también acusado Leopoldo se encontraba igualmente en dicha atracción, pero sin participar directamente en ella, se produjo una discusión verbal entre ellos, a causa de que los dos primeros menores chocaban insistentemente sus coches contra el que conducía aludido acusado Víctor, por lo que este se dirigió a ellos recriminándoles su actitud.

Acabado el tiempo de atracción derivado de la concreta ficha, después de insultos y vías de hecho entre mencionadas tres personas, Plácido se dirigió hacia su padre Doroteo (nacido el NUM003 -1.979), el cual se encontraba en las inmediaciones del lugar, pidiéndole que le dejara la cachaba que este portaba, para una vez con ella dirigirse Plácido hacia el acusado Víctor y golpearle con dicho objeto. Inmediatamente después Doroteo (padre de Plácido) pegó un puñetazo a Víctor, consecuencia del cual este perdió el audífono.

A causa de lo anterior el acusado Leopoldo fue en auxilio de su hermano Víctor, siendo también aquel golpeado por Plácido con la cachaba. En la agresión a los hoy acusados igualmente contribuyó el adulto Roberto (padre de "Santo", nacido el NUM004 1.976), llegando incluso mencionado adulto Doroteo, padre de Plácido y hermano del anterior, a lanzar un golpe con una navaja que portaba en dirección al acusado Víctor, la cual impactó en el costado de este, siendo posteriormente separadas ambas partes por personas allí congregadas. Marchándose del lugar y en dirección a su domicilio, sito en la CALLE000 NUM005 de la localidad de DIRECCION000, el matrimonio formado por Roberto y Adela, en compañía de sus hijos Felisa (o Florencia, de 12 años), referido Roberto (de 11), Isidora (de 7), Celso (de 6) y (Demetrio de 5).

Consecuencia de las agresiones sufridas por el acusado Víctor, presentó una "... herida cortante en zona lumbar derecha. Traumatismo orbitario derecho con herida contusa en ceja derecha...", invirtiendo en su curación 10 días no impeditivos. Mientras que el también acusado Leopoldo presentó "...erosiones diversas en



extremidades, contusión en cuero cabelludo, contusión lumbar...", precisando para su curación de 8 días no impeditivos. No consta acreditado que Plácido (nacido el NUM000 -2.000) y Roberto (con edad aproximada de 11 años) sufrieran lesión alguna, consecuencia de agresiones por parte de los acusados, por lo que no han sido objeto de acusación en el presente procedimiento.

Se reitera que a los exclusivos efectos de las pruebas practicadas en el Juicio y de la presente resolución, una vez que Víctor tuvo conocimiento de las agresiones y heridas de las que habían sido objeto sus hijos, con instrumentos tales como una cachaba y navaja, también que a ellas contribuyeron las participaciones directas de dos personas adultas, los hermanos Erasmo (padre de " Santo ") y Doroteo (padre de Plácido), influido por todo ello se proveyó de una escopeta de caza del calibre 16, cargada con dos cartuchos de perdigones del tipo 10, cada uno de los cuales contiene alrededor de 140, decidiendo acudir al domicilio de Roberto , siendo acompañado de su hijo y acusado Leopoldo , el cual portaba también un instrumento metálico cortante. Sin que conste acreditado que el también acusado, Víctor , acompañara a los anteriores.

Al llegar sobre la 1,30 hora a las inmediaciones de dicha vivienda el acusado Leopoldo y la persona a la que acompañaba, coincidió con que Roberto y su esposa Adela ya se encontraban en el interior de la vivienda, pero al escuchar estos el insistente sonar del claxon de un vehículo bajaron al patio interior del inmueble y se asomaron al exterior, observando la presencia de una persona a la que no afecta la presente resolución portando una escopeta, encontrándose a su lado el acusado Leopoldo , por lo que ante los gritos proferidos por la persona así armada, en el sentido de "*...hijos de puta, salid si tenéis cojones, salid que os voy a matar...*", Roberto salió al exterior de su inmueble seguido de Adela , efectuándose muy poco después un primer disparo al aire con dicha escopeta de caza, para instantes después efectuarse un segundo disparo dirigido a Roberto , encontrándose a una distancia aproximada de 6,5 metros de este, en un ángulo del 35 % al 45 % hacia la derecha de la posición en que se encontraba el destinatario del disparo y en el sentido de las agujas de reloj, cuando esta persona se encontraba próxima a la puerta de acceso de referido portón metálico, marchándose a continuación del lugar el acusado y su acompañante en un turismo, sin que posteriormente se haya conseguido localizar la escopeta de caza con la que se efectuaron los dos disparos.

Derivado del impacto del segundo disparo en el cuerpo de Roberto fue que este sufrió un "*... neumotórax derecho. Múltiples impactos de perdigones en tórax y abdomen de localización subcutánea, uno en índice derecho, uno en espacio mucoso de rinofaringe, otro en hendidura esfenoidea derecha y tres en hendidura esfeno maxilar izquierda. Estallido ojo izquierdo. Atrofia nervio óptico derecho...*", lesiones que precisaron para su curación, además de una primera asistencia médica, de tratamiento quirúrgico consistente en "*... sutura escleral y corneal ojo izquierdo, retirada de cuerpo extraño intraconal, precisando de antibióticos, corticoides intravenosos y tópicos...*", lesiones que precisaron para su curación de 10 días de estancia hospitalaria y de otros 123 días impeditivos. Roberto presenta como secuelas una ceguera total y permanente sin posibilidad de recuperación, permaneciendo alojados en su cuerpo "*... 6 perdigones en el tejido celular subcutáneo de su tórax y abdomen, 1 en índice derecho, 1 en rinofaringe y 3 en hendidura esfeno maxilar izquierda...*", como un perjuicio estético importante, a causa de la pérdida de volumen y opacidad de su ojo izquierdo.

Consecuencia de lo anterior fue que por el Juzgado de procedencia se incoaron el 11-9-2.013 sus Previas 1.260/13 y en la misma fecha se emitió otro auto, que acordó la busca, detención y presentación de Diego . En el transcurso de las labores instructoras declararon en diferentes conceptos personas que estuvieron involucradas, directa o indirectamente, en los actos que venimos expresando, como también otras en concepto de testigos.

Un escrito Fiscal de 25-6-2.015 interesó el sobreseimiento provisional de la causa, al entender que de lo actuado se estaría ante un delito de lesiones en la persona de Roberto , cuyo presunto autor, Diego , se encontraba en busca y captura, petición que propició la emisión de un auto fechado el 2-7-2.015 del Juzgado de procedencia, a través del cual se acordó el archivo provisional de las actuaciones.

Un nuevo escrito Fiscal de 14-12-2.016, considerando que los actos precedentemente descritos podrían ser constitutivos de un delito de lesiones del art. 149 CP o de homicidio/asesinato, interesó se incoara sumario respecto a aludido Diego y sus dos hijos ahora acusados, como la acomodación de las actuaciones a este nuevo procedimiento, por lo que se reabrieron las actuaciones y por auto de 11-1-2.017 se incoó sumario. Seguidas que fueron las actuaciones por su adecuado cauce procedimental, en su transcurso se declararon prescritas las lesiones sufridas por los hoy acusados, a través de un auto fechado el 30-11-2.017 de la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial. Recayendo auto de sobreseimiento de esta Sala fechado el 2-4-2.018 respecto a Diego , a instancias del Fiscal, así como en relación con el hermano del anterior, Horacio , también a instancias del Fiscal, por auto igualmente de esta Sala de 16-5-2.018, habiéndose señalado para la correspondiente Vista de juicio oral los días 3 y 4-12-2.018.



Consecuencia de los actos que se vienen describiendo se originaron gastos al SACYL cifrados en 4.484,71 €, más otros por importe de 1.027,27 € (total: 5.511,98 €), fruto de las atenciones hospitalarias y médicas dispensadas a Roberto, consecuencia de las lesiones por él sufridas."

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

"Que debemos **ABSOLVER y ABSOLVEMOS** al acusado Víctor del delito de asesinato en grado de tentativa por el que venía acusado en la presente causa, declarándose de oficio 1/3 de las costas procesales causadas.

Que debemos **ABSOLVER y ABSOLVEMOS** al acusado Leopoldo del delito de asesinato en grado de tentativa por el que venía acusado en la presente causa, declarándose de oficio 1/3 de las costas procesales causadas.

Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** al acusado Leopoldo, como cómplice criminalmente responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa, ya definido, concurriendo la agravante genérica de abuso de superioridad, como la atenuante analógica de arrebató y la ordinaria de dilaciones indebidas, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, 1/3 de las costas procesales causadas, como la prohibición de aproximarse al domicilio o lugar de trabajo de Roberto en un radio de 500 metros o comunicarse con esta persona por cualquier medio o procedimiento, todo ello durante el plazo de 10 años desde que la presente resolución adquiera firmeza.

Por vía de responsabilidad civil, el condenado Leopoldo indemnizará a Roberto en la suma de 526.557,1 €, consecuencia de las lesiones sufridas por este (800 € + 7.380 €), secuelas (251.861,8 €), perjuicio estético importante (46.515,3 €), daños complementarios (70.000 €) e incapacidad permanente absoluta (150.000 €), cantidad que generará el correspondiente interés legal."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representación procesal de Leopoldo, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, al entender vulnerado el Derecho Fundamental al Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y a un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE. Principios de legalidad e igualdad.

Motivo Segundo.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del Derecho Fundamental al derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. ya que no existe prueba de cargo suficiente para llegar al resultado condenatorio de ambas sentencias.

Motivo Tercero.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por aplicación indebida del art. 138 CP, en relación con los arts. 16 y 29 del mismo Texto Legal.

Motivo Cuarto.- Por infracción de Ley. Al amparo el art. 849.1 LECr., por aplicación indebida del art. 22.2 CP.

Motivo Quinto.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por aplicación indebida del art. 21.3 CP, así como el art. 21 del mismo Texto Legal.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó a la Sala la inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación de los motivos del recurso, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 11 de abril de 2019; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 9 de diciembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El primer motivo del recurso se formula al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial al entender vulnerado el Derecho Fundamental al Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y a un Proceso con todas las Garantías del artículo 24.1 de la Constitución Española, con escrupuloso respeto de los principios de legalidad y de igualdad.

El motivo contiene tres quejas: 1ª vulneración del derecho de defensa, ya que en el inicio de las actuaciones, el Ministerio Fiscal, interesó que se oyera en declaración a la hija de la víctima, de nombre Concepción, aunque al parecer también es conocida por Florencia, testigo que nunca declaró en fase de instrucción a pesar de que la



misma ha durado cuatro años, testimonio que nunca debió admitirse a trámite por la evidente indefensión que ello creaba a las defensas de los acusados. Es evidente, afirma el recurrente, que con ello se generó indefensión a esta parte en la medida en la que las circunstancias en las que dicha testifical fue admitida no dejó margen de maniobra a la defensa para articular la misma; 2ª vulneración del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual se encuentra en vigor desde el día 6 de diciembre de 2015. Pues bien, desde dicha fecha, por parte del Juzgado de Instrucción nº 1 de DIRECCION000 no se ha efectuado actuación alguna para cumplir el trámite previsto en dicho precepto para completar la instrucción como tampoco se ha dictado resolución alguna en la que se plantee a las partes la posibilidad de declarar compleja la causa, por lo que entendiéndose que ello también vulnera el Derecho a un Proceso con todas las Garantías, es evidente que procede que se declare la nulidad de actuaciones puesto que el día 6 de junio de 2016, no existía ningún auto de procesamiento contra el recurrente ni contra el otro acusado y por tanto procedía el archivo de la causa; y, 3ª vulneración del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y a un Proceso con todas las Garantías del artículo 24.1 de la Constitución respecto de la pericial emitida por un solo perito, contraviniéndose lo previsto en el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. El derecho a un proceso con todas las garantías supone el cumplimiento de una serie de requisitos y formalidades que permitan a la parte acusada la posibilidad de establecer su defensa en condiciones de igualdad de armas con la acusación, y asimismo exige que el órgano jurisdiccional mantenga un equilibrio y equidistancia de las acusaciones y las defensas concediendo a ambas la posibilidad de someter a debate contradictorio sus tesis, y lo que es más importante, sus pretensiones probatorias, por lo que el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías requiere que no se produzca indefensión (STS de 10 de junio de 2003) (STS de 28 de junio de 2011).

La cuestión sobre si puede invocarse la infracción de una norma procesal por la vía del motivo de error de derecho puede resolverse acudiendo a la vía de la infracción de precepto constitucional (arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ) porque la vulneración de una norma procesal dará lugar a la infracción de un derecho fundamental, por ejemplo, el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho de defensa y, en definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva, tal como ha acontecido en el caso presente en el que el recurrente ha articulado el motivo primero por la vía de infracción de precepto constitucional, ahora bien, mezclando argumentos relativos a la indefensión que ha sufrido en el proceso con la vulneración del principio a la presunción de inocencia.

El derecho a defenderse de una acusación en el ámbito penal mediante el empleo de los medios de prueba pertinentes debe entenderse comprendido en el marco del derecho a un proceso equitativo al que se refiere el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En nuestro ordenamiento, aunque podría considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías, su rango constitucional deriva de su reconocimiento expreso y singularizado en el artículo 24 de la Constitución. La alegación de su vulneración es posible a través del artículo 852 o por la vía del artículo 850.1º, ambos de la LECrim, aunque la invocación del primero no permite orillar las exigencias contenidas en el segundo precepto.

La prohibición de indefensión es el límite más importante del derecho a la tutela judicial efectiva (STC nº 6/90), pues significa que "en ningún momento, el proceso puede llegar a su fin a costa del derecho a la defensa de las partes". La indefensión conecta con el derecho de defensa, del que constituye su reverso, suponiendo un efectivo y verdadero menoscabo de las posibilidades defensivas. La indefensión cuya interdicción proscribió el art. 24.1 CE es aquella que impide o limita de modo trascendente la capacidad de alegación y prueba de una parte procesal, es decir, la que afecta al derecho de contradicción (STC nº 210/99), alterando el ejercicio de las reglas procesales y, en concreto, el derecho a la igualdad de armas. En el campo probatorio, significa impedir aportar prueba lícita o admitir prueba ilícita, siempre que ello se deba a una falta atribuible al órgano judicial, que de este modo desnivela su deber de imparcialidad objetiva en el desarrollo del proceso.

3. En cuanto a la queja del recurrente sobre que la prueba propuesta y practicada en el acto del juicio oral de la testigo Concepción le causó indefensión, hemos de decir, que en lo que se refiere a la proposición de pruebas, dijimos en la sentencia 1107/2011, de 18 de octubre, que es claro que el momento previsto en lo que se refiere al sumario ordinario, está constituido por el escrito de conclusiones provisionales - arts. 650 y 22- y especialmente el art. 728 LECrim.- pero ello no ha sido entendido como tal interdicción de presentar prueba extramuros del escrito de calificación provisional.

En efecto, como recuerda la STS. 1060/2006, de 11.10, una no ya reciente línea jurisprudencial abrió la posibilidad de proponer y admitir prueba con posterioridad al de calificación provisional y anterioridad al comienzo del Juicio oral, cuando existan razones justificadas para ello y siempre que concurren los requisitos - obvios- de que esta nueva proposición de pruebas no suponga un fraude procesal y no constituya un obstáculo al principio de contradicción e igualdad de partes (STS. 13.12.96), posibilidad admisible, por ejemplo, en los



supuestos de que la parte concernida estime necesario proponer alguna prueba adicional no conocida o no accesible en el momento de la calificación.

En conclusión, hay que declarar expresamente la posibilidad de presentar petición adicional de prueba con posterioridad al escrito de calificación provisional siempre que:

- a) Esté justificada de forma razonada.
- b) No suponga un fraude procesal y
- c) No constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión.

Se trata, se insiste, en la STS. 1060/2006, de 11.10, ya citada, de una línea jurisprudencial ya consolidada, y que de alguna manera quedó reforzada con la posibilidad legalmente admitida para el Procedimiento Abreviado tanto competencia del Juzgado de lo Penal como de la Audiencia Provincial de presentar prueba hasta el mismo momento del acto del Juicio Oral como expresamente permite el art. 793-2º de la L.E.Criminal, actual artículo 786 tras la reforma dada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, en el marco de la Audiencia Preliminar, que precede al debate del Plenario.

En efecto, como recordaba la STS 60/1997, de 25 de Enero:

"...El art. 793-2º de la LECriminal permite una controversia preliminar con la finalidad de acumular, en un sólo acto, diversas cuestiones que en el proceso común ordinario daban lugar a una serie de incidencias previas que dilataban la entrada en el verdadero debate que no es otro que el que surge en el momento del Juicio Oral, acentuado de esta manera los principios de concentración y oralidad. Según se desprende del tenor del artículo, esta Audiencia Preliminar puede versar sobre:

- a) Competencia del órgano judicial.
- b) Vulneración de algún derecho fundamental.
- c) Existencia de artículos de previo pronunciamiento.
- d) Causas de suspensión del Juicio Oral.
- e) Contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan en el acto para practicarse en las sesiones del Juicio Oral...."

Es decir, en el Procedimiento Abreviado no sigue el principio de preclusión en cuanto a la proposición de prueba, cuyo periodo se inicia con el escrito de calificación provisional y llega hasta el mismo momento del inicio del Plenario con la única limitación respecto de esta última, que puedan practicarse en el acto del Plenario.

Sobre si esta posibilidad es aplicable al sumario ordinario, la STS. 94/2007, de 14.2, insiste en dar una respuesta positiva, y ello por las siguientes razones:

- a) Por el principio de unidad del ordenamiento jurídico; sería un contrasentido que lo que la Ley permite en un tipo de procesos en aras de potenciar la concentración, oralidad y en definitiva un incremento de las garantías no puede extenderse al Procedimiento por sumario, cuya regulación se mantiene en este aspecto desde la promulgación de la LECriminal en la Ley con fecha de 14 de Septiembre de 1882.
- b) Porque precisamente, el mandato constitucional contenido en el art. 120-3º de que el Procedimiento –sobre todo en material criminal– será predominante oral tiene una mayor realización y amplitud, precisamente en la Audiencia Preliminar que se comenta.
- c) Porque, en fin, esta línea proclive a extender la Audiencia Preliminar al Procedimiento Ordinario Sumario, que la práctica judicial lo ha aceptado, está expresamente admitido por la jurisprudencia de la Sala como lo acredita, entre otras, las SSTS de 10 de Octubre de 2001 ó la 2/98 de 29 de Julio, en las que se estimó como correcta la actuación del Tribunal de instancia que en procedimientos de Sumario abrió un debate sobre la nulidad de determinadas pruebas suscitadas, en este trámite, por las defensas. Obviamente, si se admite la validez de la Audiencia Preliminar para el cuestionamiento de la validez de algunas pruebas, es claro que también debe aceptarse que en el ámbito de dicho acto, se puede proponer nueva prueba.

En definitiva, como se lee en la STS. de 29.9.98: "al margen de lo que sea buena fe procesal, las pruebas anunciadas al inicio de las sesiones aún permiten a las demás partes un efectivo uso del derecho y principio de contradicción, ya que sobre las mismas pueden interrogar a acusados, testigos, peritos etc... e incluso proponer otras que las desvirtúen".

3.1. Aplicando la anterior jurisprudencia al supuesto analizado llegamos a la conclusión de que la denunciada indefensión no ha tenido lugar.



En primer término, como hemos indicado cabe la posibilidad de proponer prueba en el acto del juicio oral en el procedimiento sumario al igual que en procedimiento abreviado, por tanto es admisible la misma con posterioridad al escrito de calificación provisional y con anterioridad al comienzo del Juicio oral, cuando existan razones justificadas para ello y siempre que concurren los requisitos de que esta nueva proposición de pruebas no suponga un fraude procesal y no constituya un obstáculo al principio de contradicción e igualdad de partes.

Según el recurrente, se solicitó la declaración de la hija de la víctima sin más argumentos que supuestamente había presenciado los hechos y que no se le dejó margen de maniobra articular la defensa. Pero ello no fue así, siendo necesario para resolver la cuestión planteada el visionado de la grabación de la vista del juicio oral, de la que se desprende que, al comienzo de la sesión, concedida la palabra al Fiscal, éste solicitó la admisión de unos documentos y de la testifical de Concepción, manifestando que anteriormente "no fue objeto de exploración por la edad en aquel momento", mientras que en el momento de celebrarse la vista -cinco años después- estaba más cerca de la mayoría de edad.

Tras la proposición de la prueba fue suspendida la sesión durante 5 minutos, al reanudarse, las defensas expresaron "sus más que fundadas dudas" sobre el testimonio de la testigo, sosteniendo que era "de muy dudosa pertinencia". El Tribunal admitió la testifical "sin perjuicio de estar muy atentos a los efectos de constatar su veracidad", a lo que las defensas formularon "formal protesta", sin formular pregunta alguna.

Por tanto, no ha quedado acreditado fraude procesal alguno, el Ministerio Fiscal argumenta el motivo por el cual no fue propuesta la testigo con anterioridad, y la práctica de la prueba no constituyó ningún obstáculo al principio de contradicción e igualdad de partes, las defensas tuvieron ocasión de interrogar a la testigo en el acto de la vista, conociendo de quien se trataba y, sin embargo, ninguna pregunta formularon a la misma, y tampoco se razona en que media el testimonio ha sido tenido en cuenta por el Tribunal como prueba de cargo, pues nada se dice al respecto, por lo que ahora no puede alegar indefensión.

4. A propósito de la recta interpretación del artículo 324 LECrim., vigente en el momento referido por el recurrente, hemos declarado en las SSTs 407/2017, de 22 de junio, y 214/2018, de 8 de mayo, que según resulta del precepto podemos distinguir diversas partes diferenciadas:

a) El establecimiento de unos plazos máximos para llevar a cabo la instrucción siendo posible su ampliación previa "declaración de complejidad", con intervención de las partes. En ningún caso podrá ser acordada de oficio sino a petición del Ministerio Fiscal. La declaración de complejidad no puede ser arbitraria sino que el precepto expone los supuestos en los que procede esa declaración. Excepcionalmente, cabe una segunda ampliación del plazo de instrucción "por concurrir razones que lo justifiquen".

b) Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor deberá ineludiblemente dictar el auto de conclusión, si es procedimiento ordinario, o la resolución que proceda conforme al artículo 779 de la LECrim. si se trata de procedimiento abreviado. Estas resoluciones que implican el fin de la instrucción se acuerdan de oficio o a instancias del Ministerio fiscal a resolver en el plazo de 15 días.

c) Transcurridos dichos plazos no pueden practicarse más diligencias de prueba, sin perjuicio de incorporar a la causa las acordadas con anterioridad al transcurso del plazo.

d) El transcurso del plazo no supone, "en ningún caso" el archivo de la causa, si no concurren las circunstancias previstas en los arts. 637 y 641 de la Ley procesal, sino la conclusión de la fase de instrucción y la continuación del proceso. Se trata de un efecto preclusivo por expiración del plazo de instrucción. (En un sentido similar la STS, Sala 5ª, nº 62/2017, de 18 de mayo).

Se alega por el recurrente que el día 6 de junio de 2016 no existía auto de procesamiento en la causa, ni resolución anterior declarando compleja la misma. Es cierto que tras la entrada en vigor de la reforma de 2015, las causas incoadas con anterioridad al 6 de diciembre de 2015 -fecha de entrada en vigor de la ley- disponían de un plazo de tramitación con fecha de vencimiento, 6 de junio de 2016, pero ocurre en el presente caso, que la causa estaba archivada provisionalmente por auto de 2 de julio de 2015, tras la reapertura e incoación de sumario -autos de 18 y 11 de enero de 2017-, y sin la práctica de diligencia alguna se acuerda el procesamiento de los aquí acusados mediante resolución de 10 de mayo de 2017, y para cuando esto ocurría, el propio artículo 324 LECrim., daba respuesta, concretamente, su apartado 3º, al disponer que " *Los plazos previstos en este artículo quedarán interrumpidos: a) en caso de acordarse el secreto de las actuaciones, durante la duración del mismo, o b) en caso de acordarse el sobreseimiento provisional de la causa.*"

Como hemos dicho, el transcurso del plazo no supone, en ningún caso, el archivo de la causa, si no concurren las circunstancias previstas en los arts. 637 y 641 de la Ley procesal, sino la conclusión de la fase de instrucción y la continuación del proceso, que en este supuesto tuvo lugar tras la reapertura de la causa, ya que el plazo se encontrándose previamente suspendido por encontrarse sobreseídas las actuaciones, sin que la defensa



ponga de relieve diligencia alguna que se haya practicado transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para la instrucción.

5. Como tiene dicho esta Sala en sentencia 801/2010, de 15 de abril, la propia jurisprudencia, por ejemplo STS 26-2-93 tiene declarado "es cierto que el art. 459 de la LECrim. establece que durante el sumario todo reconocimiento pericial se haga por dos peritos. Sin embargo, la infracción de esta disposición no determina la prohibición de valoración de la prueba pericial realizada por un solo perito, dado que la duplicidad de informes no tiene carácter esencial. Ello surge del propio texto del art. 459 de la LECrim. que establece que en determinadas actuaciones es suficiente con un perito y de la falta de una reiteración de esta exigencia entre las disposiciones que regulan el juicio oral. Pero además surge del hecho claro de que el Tribunal contó de todos modos con un asesoramiento técnico".

Consecuentemente la duplicidad de informantes no es, en cualquier caso, esencial (SSTS. 5.10.2001, 161/2994, de 9.2, 779/2004, de 15.6). La intervención de un único perito no afecta a la tutela judicial efectiva, si no produce indefensión (SSTS. 19.2 y 24.5.99), de manera que habrá de ser el recurrente quien argumente y razone que la irregularidad que aduce ha quebrantado el derecho de defensa y ocasionado un menoscabo real y efectivo de ese derecho en que consiste la indefensión (STS. 376/2004, de 17.3).

En los mismos términos nos hemos pronunciado más recientemente, entre otras, en la sentencia 424/2019, de 19 de septiembre, donde afirmábamos que es doctrina de esta Sala, con carácter general, que la práctica de la pericia en el sumario por un solo perito, cuando el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige dos, no es causa de nulidad, y ello porque la exigencia de dos peritos solo constituye un refuerzo garantista que no impide valorar con las cautelas precisas el informe hecho por uno solo (sentencias 935/2006, 2 de octubre, 151/2007, de 28 de febrero, 364/2007, de 25 de abril, 704/2009, de 29 de junio, etc).

En el mismo sentido señala la sentencia número 807/2008, de 25 de noviembre, que, no obstante, el tenor del artículo 459 de la ley Criminal, la duplicidad de informantes no es esencial y en todo caso el requisito debe estimarse cumplido si el informe concernido está emitido por un equipo y un centro oficial. La propia Ley de Enjuiciamiento Criminal permite el informe por un solo perito en el artículo 788.2 y por el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de estándar de garantías entre los distintos procesos, no puede aceptarse que es posible este actuar en el procedimiento abreviado sea contrario a derecho en el sumario.

Por el recurrente no se argumenta ni razona irregularidad alguna en la práctica de la prueba que le haya supuesto un verdadero quebrantado el derecho de defensa y ocasionado un menoscabo real y efectivo de ese derecho, ni determina, en que consiste la indefensión, mas allá del mero defecto formal que alega.

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- 1. El segundo motivo se formula al amparo del artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial al entender vulnerado el Derecho Fundamental al Derecho a la Presunción de Inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española.

El recurrente denuncia que de la prueba practicada no ha quedado acreditado que Leopoldo estuviera en el lugar de los hechos, ya que no podía acompañar a su padre, pues tal y como determina el relato fáctico se encontraba herido, afirmando que la Sala solo ha contado con el testimonio contradictorio de Adela y el de Erasmo , siendo ambos de referencia, por lo que carecen de validez probatoria, sin indicar cual ha sido la conducta concreta del recurrente, solo afirmando que su actuación es secundaria, por lo que su sola presencia debería ser impune, al igual que ocurrió con Horacio .

2. Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo, SSTS. 1126/2006, de 15.12; 742/2007, de 26.9; y 52/2008, de 5.2, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediatez y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001, de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió, porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo, la vigencia de los principios de inmediatez, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la



convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004, de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006, de 25.10; STC. 123/2006, de 24.4). La STC 204/2007, de 24 de septiembre, ha considerado insuficientes las inferencias no concluyentes incapaces de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

Según recuerda la reciente STS 459/2018, de 10 de octubre, "constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (SSTC. 145/2003, de 6 de junio, 300/2005, de 2 de enero, 70/2007, de 16 de abril). En este ámbito además de los supuestos de inferencias ilógicas e inconsecuentes, la STC. 204/2007, de 24 de septiembre, ha considerado asimismo insuficiente las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial".

Como explican numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12 de julio).

3. La sentencia de instancia analiza la prueba practicada en el FD 3º siendo la única referencia a la misma, la siguiente afirmación: "*Cuanto venimos manifestando es consecuencia sustancial, se reitera, de la prueba practicada en las sesiones de Juicio Oral y de los principios de contradicción e inmediación, habida cuenta que lo manifestado en fase Instructora por los más directamente involucrados, como referido Erasmo o su esposa Adela , es más bien fruto de lo que posteriormente les contaron otras no identificadas personas (folios 217 y ss, folios 503 y ss respecto al primero, folios 23 y ss, 219 y ss, 315 y ss, respecto a la segunda), como así reconoció cabalmente esta en sede plenaria. De dicha prueba se extrae que, en los actos que ahora se enjuician, no consta suficientemente acreditado que interviniera el acusado Víctor , pues tanto Erasmo , como Adela y la hija de estos Felisa (o Florencia) , afirmaron contradictoriamente que llegaron a su domicilio exclusivamente dos personas, "...no sabiendo si estaba Víctor ..."; como así manifestó literalmente Adela . De todo ello se extrae la intervención en los hechos de Leopoldo , más no así la del también acusado Víctor , por lo que respecto a este procede su ABSOLUCION."*

De la citada argumentación se desprende que el tribunal de instancia, tras escuchar a los testigos Erasmo , su esposa Adela y su hija Florencia , tiene serias dudas de la participación en los hechos del coacusado Víctor , por eso, dicta una sentencia absolutoria del mismo del delito por el que venía imputado junto con su hermano Leopoldo ahora recurrente. Por el contrario, nada se dice sobre la prueba en relación a la intervención en los hechos de Leopoldo , siendo el argumento utilizado contradictorio, pues desconocemos si el testimonio de los testigos ha sido confuso y de referencia solo con respecto a la participación en los hechos del acusado



Víctor , o también en relación a Leopoldo , solo en el primer caso sería posible la condena del segundo, pero nada explica la Sala al respecto, más allá de que los hechos probados y descritos en el propio fundamento de derecho es consecuencia sustancial de la prueba practicada en las sesiones de Juicio Oral y de los principios de contradicción e inmediatez, pero sin decir cuáles son, ni valorar los mismos.

En relación a la motivación de las resoluciones, es doctrina reiterada de esta Sala (SSTS 357/2005, de 20 de abril, 1168/2006, de 29 de noviembre, 742/2007, de 26 de septiembre) que la motivación de las sentencias debe abarcar el aspecto fáctico, concretando que por más que no sea preciso reseñar detalladamente todas las pruebas que se han tenido en cuenta, sí deben desprenderse con claridad cuáles son las razones que ha contemplado el Tribunal para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos, muy especialmente cuando hayan sido controvertidos. Debe abarcar también la motivación jurídica, relativa a la traducción jurídica de los hechos declarados probados, tanto en relación a su calificación jurídica, su grado de desarrollo o a la participación de las personas que en ellos haya intervenido y circunstancias que pudieran concurrir, como en lo que hace referencia también al proceso civil acumulado, en aquellos supuestos en los que la parte haya cursado un pedimento concerniente a la obligación de reparación de las consecuencias derivadas del delito o haya opuesto motivos para de exclusión o moderación. Y, por último, debe contener una motivación decisional, es decir, de las consecuencias derivadas de todo lo anterior, lo que abarca la individualización judicial de la pena, así como los pronunciamientos en materia de la responsabilidad civil que pudiera declararse (art. 115 Código Penal), costas procesales o consecuencias accesorias (art. 127 y 128 del Código). Sólo esta motivación permite al justiciable, y a la sociedad en general, conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso (SSTC 165/98, 177/99, 46/96, 231/97 y de esta Sala 629/96 de 23 de septiembre, 1009/96, de 12 de diciembre, 621/97, de 5 de mayo y 1749/2000, de 15 de noviembre). En definitiva, la finalidad de la motivación será hacer constar las razones en las que se sostiene la decisión adoptada, de suerte que pueda ponerse de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

De este modo, el derecho a una resolución motivada exige: a) Que la resolución sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, lo que implica que la argumentación no pueda ser tildada de manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurra en un error patente (99/2015, de 25 de mayo); b) Que no sea fruto de la arbitrariedad. Es decir, que no sea fruto solamente de la voluntad de quien la dicta, porque la aplicación de la legalidad se reduzca a una pura apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 213/2003, de 1 de diciembre FJ 4). Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 101/2015; 215/2006, de 3 de julio); y c) Dada la funcionalidad de este derecho, la motivación ha de cumplir con la necesidad de permitir conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (STC 50/2014, de 7 de abril; 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero) o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (SSTC 101/2015, de 25 de mayo; 119/2003, de 16 junio; 75/2005, de 4 abril y 60/2008, de 26 mayo).

Como hemos dicho recientemente en nuestra sentencia 731/2018, de 1 de febrero de 2019, mientras el derecho a la tutela procura la legitimidad de la decisión, en cuanto excluye la abrupta arbitrariedad, en lo que aquí importa, en las razones que el Tribunal expone que le determinaron para establecer el presupuesto fáctico y sobre cuya veracidad se muestra convencido, el derecho a la presunción de inocencia atiende más a la vertiente objetiva de la certeza a cuyos efectos lo relevante es que tales razones sean convincentes para la generalidad. Por eso mientras el canon exigido por la tutela se circunscribe a un mínimo, atendida la necesidad de conocimiento por los demás de aquellas razones, la presunción de inocencia exige más intensa capacidad de convicción a los argumentos de suerte que puedan ser asumidos, y no solamente conocidos, por todos, más allá de la subjetividad del Tribunal. De ahí la diversidad de efecto de la vulneración de una y otra garantía. La nulidad de la sentencia que no hace la debida tutela y la absolución del acusado cuya presumida inocencia no ha sido debidamente enervada (vid SSTS 598/2014, de 23 de julio; 641/2014, de 25 de septiembre).

4. Es claro que el Tribunal de instancia no cumplimentó los requisitos básicos de la motivación, ya que no consta la fundamentación exigible e imprescindible para sustentar la condena del recurrente, ya que los argumentos como hemos indicado son contradictorios.

En virtud de lo expuesto, es claro que en la sentencia recurrida se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente al derecho a la motivación de las sentencias (art. 24.1 CE). Sin que este Tribunal de casación pueda, suprimiendo una instancia, entrar a examinar *ex novo* la prueba practicada, ya que la función y el cometido de esta Sala es controlar y revisar la racionalidad y razonabilidad de la valoración acerca de la validez probatoria consignada en la sentencia recurrida, sin que le competa en cambio realizar un primer análisis del material probatorio que no consta examinado y concretado por el Tribunal sentenciador, ya que



ello supondría incumplir los principios de inmediación y contradicción y suprimir de facto una de las instancias del proceso.

Este defecto motivador es tan absoluto que impide pueda ser salvado por este Tribunal de casación sin riesgo a cometer graves errores, si tenemos en cuenta el carácter puramente revisor de esta instancia, pues aunque el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite examinar los autos para una mejor comprensión de los hechos probados, esta posibilidad sólo está referida a la comprobación de algún o algunos datos puntuales pero no puede servir de mecanismo para suplir en un todo la valoración de las pruebas practicadas.

En efecto, en los casos en que la irracionalidad en la valoración adquiera entidad para vulnerar la tutela judicial efectiva de quien reivindica la absolucón, este Tribunal de Casación no puede sustituir al de instancia en la valoración de una prueba que no ha presenciado, por lo que la consecuencia de la mencionada vulneración no puede ser otra que la nulidad de las actuaciones y devolución a la instancia para nuevo examen.

Como dijimos en la sentencia 374/2015, de 28 de mayo, en alguna ocasión se ha admitido por esta Sala la posibilidad de acordar la nulidad sin expresa petición, cuando la misma sea la consecuencia natural e inevitable de la pretensión impugnativa (entre otras SSTS 299/2013, de 27 de febrero ó 146/2014, de 14 de febrero) propugnando así cierta holgura en la aplicación del artículo 240.2º LOPJ.

En iguales términos nos hemos pronunciado en la reciente sentencias 612/2020, de 16 de noviembre "Frente a alguna jurisprudencia, más lejana en el tiempo, que mostró reticencias a reformular una pretensión casacional impugnatoria formalmente articulada por una vía, reconduciéndola a su auténtico contenido material (vid. SSTS 299/2013, de 27 de febrero o 1066/2012, de 28 de noviembre), en fechas más recientes se flexibilizó esa proyección inmatizada del art. 240.2 LOPJ al recurso de casación penal. No impide tal precepto, aunque no haya una formal petición de nulidad (que en cierto modo necesariamente existirá en tanto siempre se pedirá la casación lo que supone anular la sentencia), solventar el recurso de esa forma; es decir, sin dictar nueva sentencia y reenviando la causa al Tribunal de instancia cuando materialmente la pretensión casacional lleva naturalmente adosada esa respuesta, y no el dictado de una segunda sentencia inviable en algunos casos.

No es inhabitual ese escenario en motivos por presunción de inocencia basados esencialmente en la falta de motivación fáctica: el recurrente solicita la absolucón en casación y obtiene como respuesta la anulación de la sentencia para que se proceda a dictar nueva sentencia subsanando los defectos de motivación y sin perjuicio de acudir nuevamente a casación para evaluar, ya corregido ese déficit; el alegato por presunción de inocencia En muchas ocasiones se opta por esa vía de facto sin ni siquiera aludir al art. 240.2 LOPJ".

También la sentencia 614/2020, de 18 de noviembre, llega a la misma solución cuando el recurrente invoca vulneración de derechos fundamentales, en concreto de la presunción de inocencia, en los siguientes términos: "En consecuencia, la decisión ha ocupado el lugar del razonamiento, la falta de motivación fáctica impide que la Sala pueda verificar si la conclusión es razonable, ya que no está razonada. En definitiva, la quiebra del deber de motivación arrastra la violación del derecho a la presunción de inocencia, y en esta situación sólo cabe la declaración de nulidad de la sentencia y la remisión a la misma Sala para que sin necesidad de nueva vista, se proceda al dictado de nueva sentencia que responda al canon constitucional de motivación, de acuerdo con el art. 120-3º C.E."

5. A tenor de lo que antecede, se considera pues infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en el apartado relativo a la motivación de las resoluciones (art. 24.1 y 120.3º de la CE). Por lo cual, se estima parcialmente el recurso del acusado Leopoldo .

Ello determina la declaración de nulidad de la condena del recurrente, reponiendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar la sentencia con el fin de que se redacte otra en la que se suplan las omisiones de motivación que se han venido reseñando en el cuerpo de esta resolución, así como los errores materiales en relación a los nombres de las personas que participaron en los hechos -el padre de los acusados, y el nombre del acusado absuelto-, que son puestos de relieve por el recurrente.

Sin que proceda, obviamente, entrar ya a examinar los restantes motivos del recurso del acusado.

TERCERO.- La estimación del recurso conlleva la declaración de oficio de las costas procesales (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- **HABER LUGAR al recurso de casación** formalizado por la representación procesal de **Leopoldo** contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2ª,



en el Procedimiento Sumario Ordinario 4/2017, la cual **CASAMOS y ANULAMOS**, acordando la devolución al Tribunal de procedencia a fin de que por los mismos Magistrados, se proceda a dictar nueva sentencia en la que se pronuncie motivadamente sobre la prueba practicada y se subsanen los errores padecidos.

2.- Se declaran de oficio las costas de este recurso y la devolución del importe del depósito legal si éste se hubiese constituido.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ