



Roj: **STS 1712/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1712**

Id Cendoj: **28079120012021100370**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2021**

Nº de Recurso: **10019/2021**

Nº de Resolución: **383/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 383/2021**

Fecha de sentencia: 05/05/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10019/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia Galicia. Sala Civil y Penal

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

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10019/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 383/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 5 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por vulneración de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 10019/2021 interpuesto por **D. Jenaro** representado por la procuradora D<sup>a</sup>. María Erlina Sabariz García, bajo la dirección letrada de D. Mario Manuel Sánchez Trigo contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia num. 30 de fecha 19/02/2020 dictada por la Sección N. 2 de la Audiencia Provincial de Lugo en la causa Sumario Ordinario 1/2019, procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de DIRECCION002 .

Intervine el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida D<sup>a</sup>. **Noelia** representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. María Paula Carrillo Sánchez, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Cecilia González Pita.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 2 de DIRECCION002 incoó Sumario num. 57/2018 por delitos de violencia de género, contra el penado Jenaro ; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Lugo, cuya Sección N. 2 (P.O. núm. 1/2019) dictó Sentencia en fecha 19 de febrero de 2019 que contiene los siguientes **hechos probados**:

" El acusado, Jenaro , mayor de edad y con antecedentes penales, mantenía una actitud de no aceptar la ruptura de la relación sentimental que mantenía con Noelia , a quien insultaba y menospreciaba, incluso en ,presencia del hijo de Noelia , Jose Pedro , a quien también se refería de manera despectiva, diciéndoles a ambos: "zorra, no vales para nada", referido a Noelia , e "inútil, imbécil, no vales para nada" dirigido a Jose Pedro . Noelia llegó a una situación tal que le había echado del domicilio en el que convivían, pese a la prohibición de hacerlo, tres días antes de los siguientes hechos y así:

A) En una hora aproximada a las 00.30 horas del día 30 de marzo de 2018, el acusado, Jenaro , rompió el cristal de la puerta del portal del domicilio de Noelia y accedió a la manilla -interior y abrió la misma, entrando en el portal y luego y valiéndose de la llave que usaba mientras, vivió en tal domicilio de DIRECCION003 NUM005 de DIRECCION004 , entró en el piso de Noelia y se apoderó de diversos objetos propiedad de Noelia tales como: cinco pulseras finas de oro, cadena de oro con colgante de chapa grabado, cadena de oro con colgante, gargantilla corta de oro, dos alianzas de oro amarillo, unas gafas graduadas y frasco de perfume Scandal de Jean Paul Gaultier, que fueron tasados en la cantidad de 1.580 €.

B) Asimismo Jenaro rompió el cristal de una foto de ella en su dormitorio, desmontó el cajón de un armario y dio golpes en la pantalla, de la televisión del salón, rompiendo el aparato, valorado en 445 €, un aparato nuevo.

C) y D) El acusado, Jenaro , que no aceptaba la separación de Noelia según ya hemos dicho, a continuación, con ánimo de acabar con la vida de Noelia y aceptando que se podía producir la muerte de su hijo menor de edad, Jose Pedro , que convive en el mismo domicilio que Noelia , una vez dentro de la casa abrió las bombonas de gas butano y los cuatro fogones de la cocina, el calentador y la estufa de gas, que antes, habían sido perfectamente cerradas por Noelia , con conocimiento y con voluntad, de que con su actuación produciría la muerte de Noelia y podría producir la de Jose Pedro en el momento que los mismos llegasen al domicilio. Sin embargo, el acusado, Jenaro , no consiguió su propósito, ya que cuando Noelia llegó a su DIRECCION004 , alrededor de las 01:45 horas de la madrugada, percibió el fuerte olor a gas y no accionó la llave de la luz ni encendió el cigarrillo que tenía por costumbre al entrar en la cocina y procedió a cerrar las bombonas de butano y los cuatro fogones abiertos, siendo auxiliada por una patrulla de la Guardia Civil que fue alertada por Noelia y una amiga de la misma, Susana .

Como consecuencia de tal hecho existía un-a alta probabilidad de explosión en caso de que se accionara ,una fuente de ignición como un mechero, un cigarrillo o un interruptor de la luz, que daría como resultado la muerte de quienes estuvieran en la casa.

Pero, además y en caso de que no se produjera la explosión, se produciría deficiencia de oxígeno en la sangre,- células y tejidos del organismo, comprometiendo la función de los mismos, lo que podría llevar incluso al coma de la persona expuesta al gas butano y encefalopatía anóxica, produciendo secuelas neurológicas graves.

Cuando Noelia llegó con Susana al lugar, sobre las 01:50 horas, y apreció que el cristal estaba roto, apareció Jenaro en el lugar de los hechos y viendo a Noelia en el exterior de la vivienda con ánimo de atemorizarla le dijo: "que te pasó, yo no hice nada, ¿no te folla bien el moro ese?", asimismo dijo que estaba borracho y que se iba a coger un taxi.

Jose Pedro no se encontraba en el domicilio pues se encontraba durmiendo en casa de sus abuelos.



E) El acusado Jenaro mayor de edad y con antecedentes penales, siendo conocedor de que se dictó una orden de alejamiento en el auto de fecha de 15 de octubre de 2016, y con conocimiento, por tanto, de la existencia de la prohibición de comunicarse o mantener relación con Noelia , vino manteniendo relación y contacto en varias ocasiones e, incluso con carácter permanente, con Noelia . Asimismo acudió, en varias ocasiones, al Bar DIRECCION005 de DIRECCION004 , donde trabajaba Noelia .

El acusado Jenaro había sido condenado, en sentencia de fecha 10/3/17, por el Juzgado, de Instrucción nº 2 de DIRECCION002 por un delito de quebrantamiento de condena, teniendo prohibido' el comunicarse con Noelia . Asimismo en fecha 10/10/18 fue condenado en sentencia del Juzgado de lo Penal nº, Dos de Lugo por un delito de violencia de género, acordándose también en tal resolución la prohibición de comunicarse con Noelia .

Cuando Noelia llegó con Susana al domicilio de DIRECCION003 NUM005 , sobre las 01:50 horas, y apreció que el cristal estaba roto, Jenaro apareció en el lugar de los hechos y viendo a Noelia en el exterior de la vivienda a pesar de tener conocimiento de que no podía acercarse a menos de 40 metros de Noelia , ni de su domicilio y no podía comunicarse con ella, se acercó y le dijo: "que te pasó, yo no hice nada, ¿no te folla bien el moro ese?", asimismo dijo que estaba borracho y que se iba a coger un taxi.

El presidente de la comunidad de propietarios del edificio de la calle DIRECCION003 nº NUM005 de DIRECCION004 , Nemesio , reclama los desperfectos ocasionados en la puerta del edificio, siendo así que instalaron una puerta nueva que importó la cantidad de 1:250 €".

**SEGUNDO.**- La Sección N. 2 de la Audiencia Provincial de Lugo dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que condenamos al procesado, Jenaro , como autor de los siguientes delitos a las siguientes penas:

- Por el delito de ROBO CON FUERZA EN CASA HABITADA, sin la concurrencia de circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad, la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN.

- Por el delito leve de DAÑOS, un MES DE MULTA con CUOTA DIARIA DE OCHO EUROS

- Por el delito de TENTATIVA DE ASESINATO en la persona de Noelia , con la agravante de cometer el hecho por razón de sexo, la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN. Con la accesoria de prohibición del derecho a residir y acudir a DIRECCION004 por tiempo de 18 años,

Asimismo la pena accesoria la prohibición de que se aproxime a menos de 500 metros de Noelia , su domicilio, lugar de trabajo y cualquier lugar frecuentado por ella, y de que se comunique con Noelia por cualquier medio todo ello por un periodo de 18 años, pudiéndose cumplir mediante dispositivo telemático.

Por idéntico periodo se priva al procesado de la posibilidad de residir o acudir a la localidad de DIRECCION004 .

- Por el delito de TENTATIVA DE ASESINATO en la persona de Jose Pedro , con la agravante de parentesco, la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN. Con la accesoria de prohibición del derecho a residir y acudir a DIRECCION004 por tiempo de 9 años.

Asimismo la pena accesoria de prohibición de que se aproxime a menos de 500 metros de Jose Pedro , su domicilio, lugar de trabajo y cualquier lugar frecuentado por él, y de que se comunique Jose Pedro , por cualquier medio todo ello por un periodo de 9 años, y que la misma se pueda cumplir mediante dispositivo telemático.

Por idéntico periodo se priva al procesado de la posibilidad de residir o acudir a la localidad de DIRECCION004 .

- Por el delito de QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA con la agravante de reincidencia la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN.

- En el concepto de responsabilidad civil el procesado Jenaro indemnizará a Noelia en la cantidad de 1.580 E. por los objetos sustraídos y en 300 por el televisor roto.

A la Comunidad del edificio de DIRECCION003 NUM005 de DIRECCION004 , representado por Nemesio , en la cantidad-de 625 E.

Asimismo se impone al acusado el abono de las costas procesales incluidas las de la acusación particular."

**TERCERO.**- Contra la anterior sentencia se interpusieron recursos de apelación por la representación procesal de Jenaro , y por el Ministerio Fiscal al que se adhirió la representación de la acusación particular de D<sup>a</sup> Noelia ; dictándose sentencia núm. 64/2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 27 de noviembre de 2020, en el RPL núm. 48/2020, cuyo Fallo es el siguiente:



"1° Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado Jenaro contra la sentencia dictada el 19 de febrero de 2020 por la Sección 2a de la Audiencia Provincial de Lugo en el Sumario 1/19.

2' Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la acusación particular y, en consecuencia, revocamos la mencionada sentencia en el exclusivo extremo tocante a la condena de dicho acusado por el delito de tentativa de asesinato en la persona de Noelia, respecto del que apreciamos la concurrencia no solo de la agravante de cometer el hecho por razón género, sino también la de parentesco, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia impugnada en sus propios términos.

3° Declarar de oficio las costas procesales del recurso del Ministerio Fiscal y condenar al mencionado recurrente al pago de las costas procesales de su recurso."

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Jenaro 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.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción del derecho a la defensa y vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24 CE en relación al artículo 5.4 LOPJ en relación con el artículo 852 de la LECrim.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley, al amparo de los números 1 y 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y arts. 139.1, 138.1, 237, 238, 241, 241.2, y 63.1 CP.

Motivo Tercero.- Por quebrantamiento de forma. Al amparo del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no permitir a esa parte en el acto de la vista de juicio, ni en el posterior trámite de Recurso de Apelación, adjuntar determinados medios de prueba.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente. La Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 4 de mayo de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Objeto

Cuatro motivos, integrados, además, de diversos submotivos, fundan el recurso interpuesto por la representación del Sr. Jenaro. Dos, pretenden la nulidad de la sentencia por vicios causantes de indefensión y dos, la revocación, denunciando, uno, infracción del derecho a la presunción de inocencia por error de valoración probatoria y, otro, presentado en términos condicionales al éxito del anterior, error de tipificación.

Reformulando el orden propuesto, procede iniciar su análisis por aquellos motivos con alcance rescindente para después abordar los de alcance estrictamente revocatorio.

### **Primer motivo, por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851 LECrim : indebida denegación de determinados medios de prueba**

1.1. El recurrente pretende la rescisión de la sentencia recurrida porque a su parecer sufrió una significativa lesión de su derecho de defensa, en su proyección como derecho a la práctica de la prueba pertinente. El tribunal de instancia, al inicio del juicio, primero, y el Tribunal Superior, después, con motivo del recurso de apelación, denegaron, sin razón justificativa, la aportación de determinadas fotografías que tenían como propósito mostrar *el tipo de relación que mantenían (sic)* la Sra. Noelia y el recurrente. Ambas decisiones inciden, entre otros argumentos, en que se trataba de una prueba que podría haberse aportado con anterioridad al acto del juicio. Para el recurrente, el momento de aportación era procesalmente oportuno y la documental reunía la condición de pertinente por lo que no había razón alguna para denegar su admisión.

1.2. El motivo no puede prosperar.

Tiene razón, no obstante, el recurrente cuando afirma que el momento en el que pretendió la aportación documental era oportuno. Como de forma reiterada se ha pronunciado este Tribunal, el reconocimiento en el sumario ordinario de un espacio procedimental previo al inicio del juicio como se previene en los



procedimientos ante el Tribunal del Jurado [ artículo 37 LOTJ] y abreviado [ artículo 786 LECrim], para debatir cuestiones procesales, pretender nulidades probatorias o aportar nuevos medios de prueba, constituye la consecuencia razonable de una operación de integración inter e intranormativa del modelo procesal que permite ofrecer una respuesta unitaria al tratamiento anticipado de cuestiones que pueden afectar al propio desarrollo del juicio oral, favoreciendo de este modo, además, la oralidad y la concentración -vid. SSTS 60/1997, de 25 de enero, 367/2008, de 27 de febrero de 2009, 97/2009, de 14 de febrero y, la más reciente, 265/2018, de 31 de mayo-.

Por tanto, también en el proceso sumario cabe la complementación del material probatorio como incidente previo al inicio del juicio, sin perjuicio de la necesidad de asegurar que la aportación novedosa no comporte un efecto indefensión para la parte que pueda verse afectada. Ciertamente, la *sorpresas probatoria* activada por una parte puede afectar, en algunos casos, la preparación contradictoria de la estrategia de las otras partes del proceso -vid. parágrafo 60, STEDH, caso Rowe y Lewis c. Reino Unido, de 16 de febrero de 2000-. En estos casos, el tribunal debe garantizar el equilibrio entre las partes, posibilitando que aquella que pueda verse afectada por la aportación probatoria novedosa, disponga del tiempo necesario para reajustar su estrategia de defensa o de acusación.

1.3. Pero sin perjuicio de ello, y como anticipábamos, identificamos razones materiales de inadmisión.

Como es bien sabido, el derecho a la práctica de prueba no se trasmuta en un derecho incondicionado a que se practiquen todas aquellas que identifiquen relación con lo que es objeto del proceso -vid. SSTC 61/2019, 110/95-. No basta solo que un medio de prueba adquiera la nota en abstracto de la pertinencia para que este deba admitirse -vid. STS 545/2014, de 26 de junio-. El test al que debe someterse la pretensión es más exigente. La mera relación del objeto de la prueba con la cuestión fáctica no puede desconectarse de las condiciones de admisibilidad como criterio complejo de ordenación procesal del esfuerzo probatorio.

De tal modo, la pertinencia y la admisibilidad actúan como presupuestos interaccionados del juicio de admisión al que debe someterse toda pretensión probatoria.

La pertinencia -entendida como relevancia- debe atender a si el hecho sobre el que versa la prueba es apto para constituir un elemento de confirmación de la hipótesis fáctica de acusación o defensa. Pero si bien dicho criterio disciplina, en términos generales, la estructura del juicio sobre la relevancia probatoria, en particular, su *función exclusión* consistente en la imposibilidad de admitir en el proceso las pruebas no relevantes, sin embargo, no identifica de manera tan clara la *función inclusión*, esto es, la oportunidad de admitir en el proceso todas las pruebas relevantes/pertinentes.

En efecto, puede suceder que la ley subordine la admisión de una prueba a un criterio más restrictivo que el representado por la mera posibilidad de que aquella ofrezca elementos utilizables para la confirmación de la hipótesis sobre el hecho. Esto puede depender, por ejemplo, de la naturaleza peculiar de un determinado medio de prueba, del hecho de que la ley limite la posibilidad de adquirir pruebas por criterios de esencialidad o indispensabilidad o de respeto a límites de adquisición muy vinculados con la función de los derechos fundamentales como instrumentos que delimitan, a la postre, qué, con qué y cómo puede probarse.

Entre los límites iusfundamentales a la admisión de prueba, destacan los que se derivan del derecho a la intimidad de terceros. Su íntima relación de contingencia con el valor de la dignidad personal - SSTC 207/96, 123/2002, 196/2004, 25/2005, 143/2006, 70/2009- implica la obligación de reconocer y proteger " *un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo*". Y si bien dicho espacio puede ceder o limitarse ante intereses constitucionalmente relevantes, la decisión limitativa ha de presentar siempre una justificación objetiva y razonable que patentice su proporcionalidad tanto en un sentido amplio como estricto.

Ni el interés público en la investigación de un delito ni el derecho a la prueba de las partes del proceso penal, incluso de la persona acusada, justifican por sí y sin ninguna otra consideración ponderativa una intervención que recaiga sobre la esfera íntima de un tercero. Ninguna persona puede verse despojada a la ligera de sus derechos por la sola razón de que sea llamada al proceso ya sea como testigo o en cualquier otra condición.

En particular, el derecho a la intimidad de la persona que aparece como presunta víctima del hecho justiciable actúa como parámetro normativo de admisión de aquellos medios de prueba que puedan afectarlo de manera significativa - vid. artículos 22 y 25 c) Estatuto de la Víctima-. En caso de conflicto deben ponderarse de forma rigurosa los intereses concurrentes evaluando los costes de lesión a la luz de los fines de protección que en el caso concreto deban prevalecer.

1.4. En el caso, las fotografías en las que aparece la Sra. Noelia junto al hoy recurrente en diferentes momentos y circunstancias vitales no solo no reúnen notas de idoneidad probatoria " *para demostrar la*



verdadera naturaleza de la relación entre el recurrente y la denunciante", como se afirma en el motivo, sino que, además, carecen de condiciones de admisibilidad.

No se identifica ninguna finalidad de protección constitucional prioritaria que justifique la lesión de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de la Sra. Noelia. Estos, insistimos, no quedan suspendidos, reducidos o desplazados por la existencia de un proceso penal. La Sra. Noelia sigue siendo titular de una fuerte expectativa de privacidad que comporta que su imagen, captada en distintos momentos de su vida privada, quede al abrigo del examen de terceros. También de los tribunales, a salvo que se identifique, insistimos, una razón grave y proporcional que justifique dicho examen. Lo que en modo alguno acontece en el caso que nos ocupa.

### **Segundo motivo al amparo del artículo 852 LECrim, por infracción de precepto constitucional: vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del artículo 24 CE**

2.1. Pese al encabezamiento del motivo, en su desarrollo la parte introduce dos gravámenes con un muy distinto alcance -uno, rescindente y, otro, revocatorio- que obliga a su análisis por separado.

#### **a. Submotivo con alcance rescisorio: lesión del derecho a no sufrir indefensión**

2.2. El recurrente denuncia que no se garantizó de forma adecuada su derecho a la defensa, pues manifestada su intención de cambiar de letrado al inicio del juicio, su pretensión fue indebidamente soslayada. En los términos contenidos en el recurso de apelación, al que se remite, considera que se produjo una pérdida de confianza entre el recurrente y su abogada, que el Sr. Jenaro verbalizó de manera suficientemente inteligible al indicar "no tengo escrito de defensa, no sé ni como será esto...". Pretendía advertir, se afirma en el recurso, "una total falta de apoyo por parte de su letrada considerando que en realidad estaba indefenso frente a las graves acusaciones de que era objeto". La pérdida de confianza, se añade, se nutre, por un lado, del desconocimiento por la letrada de elementos que el recurrente consideraba esenciales para su defensa en condiciones debidas y, por otro, de la desatención de la que había sido objeto pues la defensora designada no acudió al Centro Penitenciario para mantener, al menos, una entrevista preparatoria del juicio.

La ausencia de respuesta judicial a la pretensión implícita formulada de cambio de letrado debe conducir, sostiene el recurrente, a declarar la nulidad del juicio con las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento.

2.3. El motivo introduce una cuestión de alta relevancia constitucional y, en esa medida, casacional.

No creemos que pueda cuestionarse que el derecho a la asistencia letrada constitucionalmente garantizado conforma lo que algún autor ha denominado como *el núcleo de la moralidad interna del derecho*. La asistencia técnica de la persona investigada o acusada constituye un instrumento funcional esencial para garantizar el proceso justo y equitativo. Por lo que debe convenirse en la necesidad de que dicha asistencia resulte efectiva. Solo una asistencia letrada que responda a estándares aceptables de eficacia, puede satisfacer las exigencias constitucionales y convencionales de justicia y equidad a las que debe responder nuestro modelo de justicia penal -vid. STEDH, caso Sakhnovski c. Rusia, de 2 de noviembre de 2010-.

Como recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. SSTEDH, caso Daud c. Portugal, de 21 de abril de 1998; Caso Lanz c. Austria, del 31 de enero de 2002, caso Sialkowska c. Polonia, 22 de marzo de 2007-, *el Convenio tiene por objetivo proteger derechos no teóricos o ilusorios sino concretos y efectivos*. Lo que se traduce en que el simple nombramiento de letrado defensor no asegura por sí, la efectividad de la asistencia que debe procurarse a la persona investigada o acusada. Como de forma muy gráfica se afirma en la sentencia Engle v. Isaac, 456 US 844 (1977), de la Corte Suprema norteamericana, *el derecho que garantiza la sexta enmienda es el derecho a ser asistido por un defensor competente*.

En efecto, las exigencias derivadas del derecho de defensa letrada obligan a establecer condiciones que garanticen su efectividad, que vinculan tanto a los poderes públicos como a los propios profesionales a los que se encomienda la asistencia. Como remarca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "el Estado debe mostrar diligencia para asegurar [a las personas que requieran asistencia letrada] el disfrute real y efectivo de los derechos garantizados por el artículo 6 CEDH. Debe existir un marco institucional adecuado para garantizar la representación legal efectiva de las personas con derecho a ello y un nivel suficiente de protección de sus intereses" -vid. SSTEDH, caso Staroszczyk c. Polonia, de 22 de marzo de 2007; caso Bakowska c. Polonia, de 12 de enero de 2010-.

Dichas condiciones vienen a constituir un entramado complejo de derechos y deberes cuya regulación sistemática en la ley procesal o en una ley *ad hoc* sobre el derecho de defensa sigue constituyendo una necesidad constitucional de primer orden. La ausencia de dicha reglamentación sobre el contenido del estatuto



del defensor en el proceso penal obliga a una labor de identificación y de rastreo de sus rasgos principales que no siempre es sencilla y a la que siempre le acompaña el riesgo de indeterminación.

2.4. En todo caso, el punto de partida debe ser la naturaleza constitucional de la función defensiva y la necesidad de reconocimiento de un significativo espacio de libertad y de garantía. Ello incumbe, en primer término, al legislador que no podrá limitar arbitrariamente los contenidos que, para la eficacia del derecho a la asistencia letrada, son propios del ejercicio de la defensa. Pero también obliga a los jueces y tribunales, que deberán interpretar las normas procesales que envuelven su ejercicio de la manera más favorable a su desarrollo y eficacia, evitando interferencias no justificadas o carentes de justificación suficiente -vid. artículo 542 LOPJ-.

No obstante, la autonomía y la libertad de defensa no pueden impedir toda posibilidad de escrutinio sobre su nivel de adecuación a los fines constitucionales a los que debe servir. Muy en particular, si el defensor, cualquiera que sea su fuente de designación, cumple con las obligaciones profesionales que le incumben a la luz de las circunstancias del caso.

Cabe, por tanto, apuntar un doble nivel de control: primero, el del cumplimiento de las obligaciones profesionales previstas en las normas procesales; segundo, el del grado de adecuación técnica de la actividad desarrollada a los fines de defensa.

Labor de escrutinio que, sin embargo, no está exenta de dificultades. La primera, sin duda, la de identificar cuándo puede calificarse una actuación profesional de ineficaz por técnicamente inadecuada.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con relación a la asistencia letrada de oficio, no define en positivo la ineficacia por falta de competencia técnica, limitándose a establecer que el derecho a la asistencia letrada previsto en el artículo 63.c) CEDH no obliga a las autoridades nacionales competentes a intervenir en su desarrollo " *a salvo que la carencia del abogado [de oficio] resulte manifiesta*" -vid. STEDH, caso Daud cit.-, identificando, al tiempo, como condicionante del control, el principio de independencia y autonomía en el ejercicio de la profesión. Como se destaca en la STEDH, caso Felizaoo c. Malta, de 21 de marzo de 2021, " *dada la independencia de la profesión jurídica con respecto al Estado, la conducción del caso es esencialmente un asunto entre el acusado y su abogado, haya sido designado en virtud de un plan de asistencia jurídica o financiado privadamente. Por lo que el Estado no incurre, salvo en circunstancias especiales, en responsabilidad derivada del Convenio*".

No obstante, y con relación a dichas " *circunstancias especiales*", el Tribunal ha señalado " *que puede haber ocasiones en las que el Estado deba actuar y no permanecer pasivo cuando los problemas de representación legal se pongan en conocimiento de las autoridades competentes. Dependerá de las circunstancias del caso que las autoridades competentes deban actuar para determinar si, valorando el procedimiento en su conjunto, la representación legal puede considerarse práctica y eficaz*"-vid. SSTDH, caso Anghel c. Italia, 25 de junio de 2013; caso Korgul c. Polonia, de 17 de abril de 2012-.

Sin embargo, como puede observarse, el problema definitorio subsiste. El Tribunal de Estrasburgo solo nos ofrece un ítem de evaluación: la carencia de eficacia defensiva para que pueda afectar al derecho convencional protegido debe ser *manifiesta*.

La pregunta que de inmediato surge es obvia: ¿cuándo puede calificarse de manifiesta la ineficacia y cuándo, en consecuencia, deben actuar las autoridades del Estado para remediarla?

2.5. Y lo cierto es que ni en nuestro ordenamiento, desde luego, ni tampoco en la propia jurisprudencia constitucional y convencional se ha fijado un estándar preciso y general de evaluación, optándose por un inestable método de examen circunstancial caso a caso -vid. SSTDH, ya citadas, y entre otras, casos Anghel, Korgul, Feilazoo-. Lo que justifica echar la mirada a otros sistemas procesales. En concreto, al norteamericano en el que sí se ha elaborado un instrumento interesante: el estándar Strickland -que trae nombre de la sentencia Strickland v. Washington, 466 US. 688 (1984)-.

Dicho estándar suministra, por un lado, criterios materiales para evaluar la competencia técnica y, por otro, determina las condiciones de acreditación de la incompetencia defensiva.

La competencia se define, en *Strickland*, como *una asistencia profesional razonable a la luz de las normas y estándares profesionales vigentes*. Para ello deben tomarse en cuenta los siguientes elementos: primero, identificar un estándar objetivo de razonabilidad en la actuación; segundo, partir de una fuerte presunción de que la conducta del abogado se ajusta al estándar objetivo; tercero, determinar si el profesional designado ha desarrollado todas las investigaciones [actuaciones] razonables o las razones por las que algunas investigaciones [actuaciones] resultan innecesarias. De tal modo, las decisiones estratégicas tomadas a consecuencia de una investigación razonable, atendidas las opciones situacionalmente posibles, no resultan



cuestionables. Mientras que las decisiones estratégicas tomadas después de una investigación no exhaustiva o incompleta deberán calificarse de razonables solo en la medida que los estándares objetivos de actuación justifiquen dicha limitación defensiva; cuarto, medir la deficiencia defensiva en el momento en que se presta la asistencia, debiéndose rechazar el análisis retrospectivo. Un escrutinio *ex post* excesivamente severo, además de fomentar la proliferación de reclamaciones por asistencia ineficaz, provocaría un efecto indeseable como lo es " *que los abogados limitaran la misión primordial de defender enérgicamente la causa del acusado*" adoptando estrategias más convencionales y conservadoras. El abogado, por tanto, debe disponer de una " *amplia libertad*" para tomar " *decisiones tácticas razonables*".

2.6. El otro eje sobre el que gira el estándar *Strickland* es el que impone a la persona acusada la carga de demostrar que la asistencia ha sido ineficaz. Y para ello debe acreditar: primero, que la actuación del letrado ha sido deficiente por incumplir estándares objetivos de razonabilidad; segundo, que, de no ser por dicha actuación deficiente, existía una "probabilidad razonable" de que el resultado del proceso hubiera sido diferente y beneficioso para sus intereses. No se exige una probabilidad altísimamente prevalente de un curso decisorial distinto. Pero sí que la probabilidad sea razonable lo que permite objetivar, en cierta medida, la relevancia del error si este pudo impedir, por ejemplo, que el jurado se formase una duda razonable sobre la culpabilidad de la persona acusada.

No obstante, hay supuestos especiales en los que el estándar *Strickland* se suaviza, al menos en lo que se refiere a la acreditación del perjuicio.

Uno de ellos es cuando se identifica conflicto de intereses. En este caso, la prueba del resultado hipotético alternativo se hace mucho menos exigente, hasta el punto de presumirse. Los supuestos de conflicto pueden ser varios: primero, cuando un abogado representa simultáneamente a varias personas con intereses potencialmente adversos; segundo, cuando representó anteriormente a clientes que compartieron información confidencial que siendo relevante para los intereses del cliente actual, no puede hacer uso de ella por la cláusula de confidencialidad derivada de la anterior relación asistencial; tercero, cuando el abogado tiene un interés personal o financiero adverso con relación al cliente -estándar *Cuyler*-.

Otro grupo de casos que atenúan la carga de demostrar por parte de la persona acusada la ineficacia y el hipotético resultado favorable alternativo, se refiere a aquellos en los que el abogado tomó una decisión clave sobre el caso en contra de los deseos expresos del cliente. Entre estas decisiones, destacan la de declararse culpable, renunciar al derecho a un juicio con jurado, renunciar a formular apelación o la de testificar en su propio juicio -estándar *MacCoy*-.

La Corte Suprema norteamericana también ha aplicado el estándar *Strickland* a supuestos de asesoramiento erróneo en la fase *pre-trial* de negociación con el Fiscal sobre pactos "preiales" de asunción de responsabilidad -*vid* casos *Missouri v. Frye* 566 US 134 (2012), *Lafler v. Cooper* 566 US 156 (2012)-. Tanto en supuestos en los que el acusado rechaza un acuerdo, como en aquellos en los que el abogado no informa con precisión de las consecuencias colaterales de la asunción de culpabilidad -entre otras, la pérdida de la capacidad de votar, la inhabilitación para obtener una licencia profesional, la pérdida de beneficios públicos o la revocación de los permisos de residencia legal en los EEUU [*Vid.* caso *Padilla v. Kentucky* 599 US 356 (2009)]-.

2.7. Sin perjuicio de las críticas que ha merecido la aplicación de *Strickland* en estos últimos 35 años en el sistema procesal norteamericano, lo que no parece discutible es que en una situación de ausencia de regulación -*vid.* al respecto, la contenida en el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, sobre el *Estatuto de la Abogacía*, en la que no se precisa ningún estándar objetivo de evaluación de la ineficacia defensiva, limitándose a fórmulas sancionatorias por incumplimiento de deberes, como, por ejemplo, la contenida en el artículo 126 g ) por la que se califica de falta leve " *No atender con la diligencia debida los asuntos derivados del Turno de Oficio, cuando el incumplimiento no constituya infracción grave o muy grave*"-, dicho estándar puede resultar una muy interesante guía de evaluación del nivel mínimo de eficacia defensiva garantizado por la Constitución y la Convención. Y, en consecuencia, para activar, en su caso, los mecanismos de protección en la fase previa del proceso penal o antes del juicio oral -mediante la comunicación al Colegio Profesional para que inicie, en su caso, mecanismos disciplinarios y cautelares de suspensión, remoción y nombramiento de un nuevo letrado- o de reparación, una vez dictada la sentencia.

Porque en orden a la reparación, lo que no parece tampoco cuestionable es, que la lesión del derecho constitucional a la asistencia letrada por manifiesta e irreductible ineficacia del profesional designado, puede fundar motivos de alcance rescindente tanto en el recurso de apelación como en el de casación.

Mediante fórmulas de análisis próximas a las que incorpora el estándar *Strickland*, la identificación por el tribunal de apelación o de casación de un pronóstico razonable de que la defensa ineficaz, ha podido influir significativamente en el sentido y alcance de lo decidido en la sentencia condenatoria en perjuicio de la persona



acusada, abre la vía a declarar la nulidad del juicio para que, con carácter previo a su nueva celebración, se activen los mecanismos de corrección disponibles.

2.8. La ineficacia grave y manifiesta de la asistencia letrada afecta a la base del proceso justo y equitativo y en sí constituye una fuente estructural de indefensión. Lo que obliga a una relectura compatible de la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional relativa a "*que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que 'tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales', es decir, 'que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representan o defiendan'*" -vid. entre muchas, SSTC 85/2006, 61/2007 y, la más reciente, STC 61/2019-.

Dicha doctrina no puede cerrar la vía a la denuncia apelativa o casacional de la defensa ineficaz. Si el desinterés, negligencia, error técnico o impericia de los profesionales designados de oficio para asegurar la defensa adecuada, la vacían de todo contenido material, no puede excluirse el efecto indefensión constitucionalmente proscrito en la medida en que, en estos supuestos, es el propio Estado, como nos recuerda el TEDH, el que asume una obligación positiva de salvaguarda.

La doctrina constitucional, a la luz de los derechos fundamentales en juego, permite ser interpretada en el sentido que los costes de defensa derivados de errores o de actuaciones ineficaces deberán ser asumidos por la parte siempre que no comprometan de forma irreductible y grave el núcleo constitucionalmente protegido del derecho al proceso justo y siempre, además, que las autoridades judiciales en caso de *carencias manifiestas* hayan permanecido pasivas en su deber de garantizar el derecho a una asistencia letrada eficaz -vid. al respecto, STEDH, caso Feilazoo c. Malta de 11 de marzo de 2021, en la que se declara vulnerados, por ineficacia defensiva, los artículos 6 y 34, ambos, CEDH, porque el tribunal nacional no activó mecanismos correctores pese a que pudo constatar graves incumplimientos del letrado designado, tales como ausencia de todo contacto defensivo, omisión de información a la persona asistida sobre el desarrollo del proceso, pasividad y abandono de la defensa antes de que se designara un nuevo defensor, etc.-

2.9. Resulta difícil, en términos axiológicos y constitucionales, validar una sentencia de condena cuyo contenido viene determinado, en una relación probable de causa y efecto, por la inactividad injustificable de la defensa técnica de oficio -pensemos, como ejemplo, en la omisión de toda aportación probatoria, pese a disponerse de medios documentales, para acreditar la enfermedad mental o trastornos adictivos a tóxicos que se invocan como presupuestos de pretensiones de atenuación; omisión de llamar a la causa a testigos relevantes para pretender acreditar un hecho extintivo o modificativo de la responsabilidad; ausencia de todo contacto defensivo previo; desconocimiento de la causa; absoluta pasividad contradictoria en la práctica de la prueba de cargo; inasistencia a las actuaciones relevantes desarrolladas en la fase previa; formular pretensiones incompatibles con los fines de defensa, etc.-.

En todo caso, para pretender la reparación en segunda instancia -apelativa o casacional- debe exigirse a la parte, tanto una razonable acreditación de las concretas condiciones en las que se desarrolló la ineficaz asistencia letrada en la instancia, como la formulación de un pronóstico mínimamente consistente de su proyección en el fallo. En particular, de que los déficits de defensa técnica impidieron que el tribunal de instancia pudiera tomar en cuenta potenciales defensiones materiales o probatorias especialmente significativas.

2.10. Pues bien, partiendo de lo anterior, el motivo de alcance rescindente no puede prosperar. Y ello porque el recurso no ofrece suficientes datos que nos permitan identificar una situación de defensa ineficaz constitucionalmente relevante. El recurso se limita a indicar que la anterior letrada que asistió al Sr. Jenaro en la primera instancia, no le visitó en prisión y que desconocía "*elementos esenciales para su defensa*" (sic).

Es cierto que la ausencia de contacto defensivo durante el periodo en que la persona acusada o investigada se encuentra en prisión provisional, dadas las concretas circunstancias del caso, puede considerarse un incumplimiento grave de deberes profesionales y comprometer, por ello, el derecho a la asistencia letrada eficaz.

Pero por sí no podría justificar la nulidad del juicio si, al tiempo, no se identifica en qué medida esa falta de contacto ha podido repercutir en la estrategia de defensa o en las posibilidades de proposición o aportación de prueba. El recurso, insistimos, nada indica al respecto. Ni una sola precisión sobre "esos elementos" defensivos que el recurrente consideraba esenciales y que la letrada, según se afirma, no conocía. Se renuncia a todo análisis de los costes de indefensión que podían haberse derivado de la afirmada ineficaz asistencia recibida. A una mínima identificación de la relación causal entre el resultado del juicio, plasmado en la sentencia de condena, y la estrategia defensiva desarrollada.



Insistimos, del solo dato relativo a la ausencia de contacto defensivo durante el periodo que estuvo en prisión el Sr. Jenaro, no podemos extraer una conclusión lo suficientemente consistente para identificar indefensión por ineficacia de la asistencia letrada. Cuando, además, y como destaca la sentencia recurrida, consta que la Sra. letrada en su día designada para asistir al recurrente, intervino en todas las actuaciones desarrolladas en la fase previa.

**b. Submotivo revocatorio: infracción del derecho a la presunción de inocencia por error de valoración y por incompletitud valorativa**

2.11. Para el recurrente no existe una sola prueba directa ni indirecta " *que le sitúe en la vivienda de la Sra. Noelia realizando las acciones por las que ha resultado condenado*". De contrario, consta que esa noche el recurrente fue localizado en estado de embriaguez en una finca de su propiedad situada a varios kilómetros de la vivienda de la Sra. Noelia, sin portar encima ninguno de los objetos que la sentencia declara que sustrajo. A su parecer, la condena en cuanto a la participación se basa en conjeturas o meras suposiciones.

Por su parte, al abrigo del motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente denuncia incompletitud en la justificación probatoria que ofrecen, tanto el tribunal de instancia, como el de apelación, en relación con la potencialidad explosiva y expansiva del gas, consecuente a la apertura de los mandos reguladores de la cocina y de la estufa que se describe en los hechos declarados probados. Ninguna de las dos sentencias, se afirma, contiene una mínima referencia a los datos de prueba sobre los que basan la conclusión sobre la idoneidad mortífera del escape de gas que se declara probado.

Óbice que debe ponerse en relación con lo afirmado al hilo del motivo que, al amparo del artículo 849.2 LECrim, denuncia error en la valoración de la prueba pericial. Muy en particular, la ausencia de toda mención a la conclusión pericial relativa a que *la posibilidad de que la explosión se produjera por la simple ignición de un mechero solo podría afirmarse si existiese una concentración volumétrica proporcional a la extensión del local de que se trate*.

Además, se afirma, a modo de conclusión, " *quela posibilidad de provocar la muerte de Noelia no podía existir ni plantearse por cuanto el gas siempre se advierte a causa del olor que desprende y, por tanto, la posibilidad de homicidio y asesinato se tiene que descartar de plano (sic)*".

2.12. Delimitados los términos del gravamen, debe recordarse que la función de control y de verificación de la suficiencia probatoria de la sentencia de primer grado no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el derecho al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Siendo la sentencia dictada en este grado contra la que, en puridad, debe plantearse el recurso de casación. Lo que comporta que los motivos de disidencia -como principio general y, sobre todo, en relación con las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria- no pueden limitarse a la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación -vid. por todas, STS 682/2020, de 11 de diciembre-.

De tal modo, el espacio del control casacional se reconfigura. En especial, cuando se invoca lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación se contrae al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba practicada en la instancia.

El discurso impugnativo que funda el recurso debe identificar los gravámenes producidos por la sentencia apelativa, no por la de instancia. La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia de revisión que, si bien no ha de descuidar la protección de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al Tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior -vid STC 183/2013-.

En lógica consecuencia, el control casacional en tercera instancia deviene más normativo que conformativo del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y de método y, por otro, a reglas epistémicas basadas en la racionalidad y en la completitud. No nos corresponde, sin embargo, decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

2.13. Partiendo de dichos límites, cabe distinguir, en el caso, entre la denuncia, por un lado, de error valorativo y, por otro, de incompletitud valorativa del cuadro de prueba.

Respecto al primero, y por lo que se refiere al plano de la participación del recurrente, la sentencia de instancia, validada en este punto por la del tribunal de apelación, identifica con suficiente detalle los elementos de prueba



sobre los que funda su conclusión de tipo inferencial de que el hoy recurrente, la noche del 30 de marzo de 2018, se introdujo en el domicilio de la Sra. Noelia , donde esta residía con su hijo, después de haber roto la puerta de acceso al edificio, sustrayendo determinados objetos y joyas, dañando algunos enseres y efectos personales de la Sra. Noelia y abriendo las espitas de gas tanto de la cocina como de una estufa.

La prueba plenaria aportó significativas informaciones. El Sr. Ignacio , hermano de la Sra. Noelia , vio al recurrente merodeando en las proximidades del edificio sobre las 23.30 horas del día 29 de marzo y Norberto , jefe de Noelia , sobre las 00.40 horas del día ya 30 de marzo, dando golpes en la puerta del inmueble. Actitud que le hizo prevenir a Susana , empleada del establecimiento donde trabajaba Noelia , para que esa noche le acompañara a casa al finalizar su jornada de trabajo. El propio Sr. Jenaro esa noche, al observar la presencia de la Sra. Noelia en la puerta del inmueble cuando regresaba del trabajo, se dirigió a ella y, sin que esta nada le preguntara, le indicó que *él no había roto el cristal del portal*. Sin que la puerta de acceso al piso presentara daños, lo que se explica precisamente porque el Sr. Jenaro disponía de llaves. A ello debe sumarse, el dato relativo a que el recurrente esa noche, y tal como manifestó en el acto del juicio el Sr. Carlos José , mostró a empleados y clientes del bar DIRECCION006 un frasco de perfume, propiedad de la Sra. Noelia y que, como esta afirmó, fue objeto de sustracción del interior del domicilio.

El tribunal de instancia también valoró elementos fácticos contextuales que resultaron plenamente acreditados. Entre estos, el hecho de que en fechas previas y próximas, el recurrente espetara a la Sra. Noelia que *le iba a quemar la casa con ella y su hijo Jose Pedro dentro* -amenaza por la que resultó condenado el 10 de octubre de 2018-; el hostigamiento al que la sometía cuando iba a trabajar o al colegio, como precisaron los testigos Norberto y Susana ; y los continuos insultos que le profería, como refirió el menor Jose Pedro .

La sentencia también descarta la relevancia acreditativa de algunos testimonios que podían sugerir la presencia del recurrente en el referido establecimiento DIRECCION006 al tiempo en que se produjeron los hechos, precisamente por la inconcreción de los marcos temporales apuntados por los testigos que coincidieron esa noche con el recurrente.

2.14. El cuadro de prueba que manejó el tribunal de instancia para fundar la inferencia de participación del recurrente se integró por diversas y significativas informaciones identificadas y valoradas. Debiéndose recordar que la calidad de la prueba indirecta para fundar sobre sus resultados una sentencia de condena, no se mide por la fuerza acreditativa intrínseca de cada uno de los datos informativos que arrojan los medios de prueba producidos, sino por el valor integrado de todos ellos. Los valores específicos interactúan conformando la *imagen probatoria*. De alguna manera, el peso probatorio de un indicio se nutre de las aportaciones confirmatorias de la hipótesis de la acusación que arrojan cada uno de los otros indicios. La conclusividad de la inferencia no se nutre de la simple suma de resultados sino de una operación más compleja. El valor que se atribuya a un dato de prueba se acumula reforzando la propia cadena. El resultado probatorio es, por tanto, multifásico y cumulativo. Es precisamente el valor integrativo de la prueba lo que permite decantar una inferencia, un hecho consecuencia, lo suficientemente concluyente para situar, como apuntábamos, a las otras hipótesis en liza en un plano de manifiesta irrelevancia probabilística

De ahí que la utilización de un método deconstructivo de análisis pueda arrojar, con frecuencia, una falsa representación sobre la imagen proyectada por el cuadro de prueba. El abordaje crítico de cada uno de los indicios aisladamente considerados puede, en efecto, patentizar la insuficiencia reconstructiva de cada uno. Pero ello no comporta que el resultado cumulativo de todos los indicios interactuando no sea suficientemente sólido para poder declarar probada la hipótesis de la acusación.

El caso que nos ocupa es un buen ejemplo de lo anterior. El tribunal de instancia justifica de forma convincente la inferencia de participación del recurrente. Para ello identifica los diferentes hechos-objetivos o secuencias indiciarias para después trazar su interconexión en el concreto contexto de producción enmarcado por la violencia y un acentuado y manifestado propósito de negación de la libertad de decisión y actuación de la Sra. Noelia . Lo que permite decantar un resultado inferencial solidísimo sobre la participación del Sr. Jenaro en los hechos acaecidos la noche del 29 al 30 de marzo de 2018.

2.15. Por lo que se refiere a la denuncia de incompletitud del razonamiento probatorio con relación a las condiciones de ignición y deflagración del gas que se declaran probadas, tiene razón el recurrente. De forma difícilmente explicable, tanto el tribunal de instancia como el de apelación -que se limita en términos casi formularios a validar la sentencia recurrida- omiten todo análisis de las informaciones probatorias que sirven de sostén al hecho que se declara probado relativo a "*que existía una alta probabilidad de explosión en caso de que se accionara una fuente de ignición como un mechero, un cigarrillo o un interruptor de la luz, que daría como resultado la muerte de quienes estuvieran en la casa*".

2.16. Como anticipábamos, la tercera instancia no puede ser ajena al control de la completitud justificativa de las inferencias fácticas. Porque un defecto grave en el método valorativo empleado puede comportar una



también grave afectación del derecho a la presunción de inocencia. Como afirma el Tribunal Constitucional en la STC 105/2016 *"la idoneidad inculpativa debe ser no sólo apreciada por el Juez, sino también plasmada en la Sentencia, de forma que la carencia o insuficiencia de la motivación en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados entraña la lesión del derecho a la presunción de inocencia, lo que impone como canon de análisis no ya la mera cognoscibilidad de la ratio decidendi de la decisión judicial, sino una mínima explicación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica"*.

El incumplimiento del deber de motivación puede comprometer la propia consistencia fáctica-probatoria de la decisión en aquellos casos en los que no se precisen las premisas externas e internas sobre las que se funda la declaración de hechos probados. Como nos recuerda el Tribunal Constitucional, para destruir la presunción de inocencia no basta solo, ni mucho menos, con la producción objetiva de la mínima actividad probatoria de cargo. Debe, además, valorarse de forma motivada dicha información probatoria.

El absoluto silencio de la sentencia recurrida -reproduciendo el de la instancia- sobre las razones justificativas de una de los núcleos fácticos mas relevantes compromete seriamente su conclusividad. Ni la parte, desde luego, ni este Tribunal de Casación, a consecuencia del recuso interpuesto, disponemos tan siquiera de la información probatoria tomada en cuenta que nos permita un mínimo control sobre la consistencia epistémica de la conclusión alcanzada. Que se sitúa, por ello, en el territorio del prohibido decisionismo poniendo en riesgo el pilar de la racionalidad sobre el que debe asentarse, siempre, el ejercicio de la función jurisdiccional.

No es admisible que, habiéndose practicado prueba pericial alrededor del peligro específico para la vida que fue introducido con la acción, el tribunal prescindiera de todo análisis crítico y valorativo de sus resultados, dejando en el vacío los fundamentos de un hecho nuclear que se declara probado. Nada se sabe sobre el volumen de gas que pudo verterse a las estancias del piso, la extensión de este, su estanqueidad, la distancia de la puerta de entrada al foco de emisión, etc.

La consecuencia no puede ser otra que la de cuestionar la solidez probatoria de la conclusión fáctica relativa a la alta probabilidad de ignición y deflagración al momento en que accedió la Sra. Noelia a su piso que se contiene en el hecho que se declara probado, pues desconocemos las razones en que se basa. Lo que tendrá su reflejo al hilo del motivo en el que se cuestiona el juicio de tipicidad.

La presunción de inocencia como regla de juicio en garantía de la persona acusada impone que la ausencia de motivación sobre la información probatoria utilizada equivalga a ausencia de la propia información.

**Tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º LECrim , por infracción de ley: indebida aplicación de los tipos de los artículos 139.1 , 138 , 237 , 238 , 241 , 241.2 y 63.1 (sic), todos ellos, CP**

3.1. El motivo se formula sin específico desarrollo y condicionado, en todo caso, al éxito de los motivos que cuestionan la declaración de hechos probados.

Pues bien, en lógica consecuencia, la estimación parcial del motivo anterior considerando no suficientemente acreditada la afirmada *" alta probabilidad de explosión en caso de que se accionara una fuente de ignición como un mechero, un cigarrillo o un interruptor de la luz, que daría como resultado la muerte de quienes estuvieran en la casa"*, conduce a la estimación parcial del presente motivo.

Es evidente que los términos que se declaran probados y que permanecen inalterados impiden todo cuestionamiento, por la vía de la infracción de ley, de la condena por los delitos de robo en interior de vivienda y de daños.

3.2. La cuestión se centra, por tanto, en determinar qué consecuencias se derivan sobre la tipificación de la acción consistente en abrir las espitas de gas del domicilio de la Sra. Noelia como constitutiva de dos delitos intentados de asesinato.

El hecho probado, en lo que permanece inalterado, identifica que el recurrente abrió las llaves del gas de la cocina, del calentador y de una estufa; que conocía que en el piso vivían la Sra. Noelia y su hijo Jose Pedro ; que observó, por estar presente en el lugar, cómo esa noche, sobre la 1.45 horas, la Sra. Noelia subía al piso; y cómo esta, al entrar, se apercibió de un fuerte olor a gas que obligó a alertar a la policía. De contrario, no podemos considerar suficientemente acreditada la alta probabilidad de explosión que acabaría con la vida de los que allí se encontraran por activar una fuente de ignición tales como *un mechero, un cigarrillo o un interruptor de la luz*.

3.3. Pues bien, a partir de tales datos fácticos, resulta posible calificar los hechos como dos delitos intentados contra la vida pues se dio inicio a la ejecución. Desde una perspectiva *ex ante*, se identifican marcadores de suficiente desvalor de acción y de resultado de peligro para satisfacer todas las específicas exigencias de tipicidad y de antijuricidad reclamadas por el tipo de asesinato intentado, objeto de acusación.



No solo se dio inicio a actos externos típicamente significativos y tendencialmente orientados a producir el resultado de muerte, sino que, además, se introdujo un valorable grado de idoneidad para alcanzarlo.

Es cierto que no puede declararse probado que el grado de probabilidad de causación fuera muy alto. Pero, de ahí, no cabe concluir, de contrario, ni mucho menos, que la acción no introdujo ningún peligro o que el introducido fuera inocuo. Toda acción de apertura no controlada de gas, desde máximas de experiencia común, introduce, dado un suficiente volumen acumulado en un determinado espacio, un riesgo específico de deflagración y de que esta pueda resultar idónea para acabar con la vida de quienes puedan verse afectados por la misma.

Debe recordarse que la tasa mínima de idoneidad exigible para la punición de la forma intentada, no debe confundirse con la que se decanta de la acción que produce el resultado. La tentativa inacabada comporta siempre un grado ontológico de *inidoneidad* -el que explica, precisamente, que no se haya producido el resultado-. Pero la *inidoneidad* que priva de significado penal a la propia acción, es aquella que en una valoración *ex ante* permite concluir que por los medios empleados en ningún caso podría llegar a producir el resultado. Esto es, cuando no existe una puesta en peligro ni concreta ni abstracta. Y, es evidente, que este no es el caso.

Cuestión diferente es que la menor idoneidad para alcanzar el resultado vinculada, sobre todo, con el grado de ejecución alcanzado y peligro introducido se pueda, y se deba en este caso, proyectar con efectos reductores en el juicio de punibilidad, de conformidad a lo previsto en el artículo 62 CP, como posteriormente indicaremos.

3.4. Además, concurre con claridad el aspecto subjetivo reclamado por el tipo de asesinato. El recurrente patentizó de forma expresa por los actos previos y por el modo escogido para alcanzar su proyecto criminal una clara voluntad de causación, un dolo directo de matar. En modo alguno se identifican fórmulas condicionadas ni representaciones posibles aberrantes sobre los riesgos introducidos que permitan un espacio para la duda sobre la voluntad de matar del recurrente.

Recuérdese que para poder imputar un tipo de homicidio a título doloso, basta acreditar que el autor dispone de la información suficiente para explicar el resultado de muerte como una consecuencia de la acción que se dispone a ejecutar. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado al que queda vinculada la decisión del autor.

3.5. Pues bien, como anticipábamos, la no acreditación de la alta probabilidad de explosión al momento en que accedió la Sra. Noelia al piso, obliga a reducir la pena en dos grados ex artículo 62 CP pese a que el recurrente realizó todos los actos destinados a dar cumplimiento a su plan criminal. Y ello en atención al grado de peligro concreto introducido para la vida de las víctimas que no puede, situacionalmente, considerarse acreditado que fuera particularmente alto.

Como esta Sala de Casación ha reiterado, la determinación del efecto degradatorio de la pena en las formas intentadas no depende de la naturaleza acabada o inacabada de la acción. Terminología que sigue, no obstante, manejándose como inercia de la regulación previa que distinguía entre tentativa y frustración. La nueva redacción del artículo 62 del Código penal no solamente toma en cuenta "el grado de ejecución alcanzado", sino también "el peligro inherente al intento". De tal modo, se pone el acento en el riesgo de lesión del bien jurídico protegido, actuando el peligro como un elemento para mesurar la cuantía del merecimiento de pena. Peligro que, insistimos, no se mide por módulos objetivos de progresión de la acción, sino por la intensidad de esta.

El peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento. De tal modo, a mayor peligro de lesión mayor penalidad aplicable por lo que, de contrario, a menos peligro procederá la rebaja de la pena en dos grados -vid. por todas, STS 681/2020, de 11 de diciembre-.

En consecuencia, con relación al delito de asesinato intentado respecto a la Sra. Noelia y dadas las dos circunstancias genéricas de agravación apreciadas por el tribunal de apelación fijamos la pena en seis años y nueve meses de prisión con las accesorias establecidas en la sentencia de instancia cuya duración establecemos en ocho años. Respecto al delito de asesinato intentado contra Jose Pedro, fijamos la pena en el límite mínimo de la mitad superior, dada la concurrencia de una circunstancia agravatoria, de cinco años, siete meses y quince días de prisión, manteniendo también las accesorias establecidas en la instancia con un plazo de duración de siete años.

#### **Cláusula de costas**

1.1. Tal como previene el artículo 901 LECrim procede declarar las costas de oficio.

#### **Cláusula de notificación**



1.1 De conformidad a lo dispuesto en el artículo 109 LECrim y el artículo 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos* la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de la Sra. Noelia y de su hijo Jose Pedro .

## FALLO

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

**Haber lugar, parcialmente, al recurso de casación** interpuesto por la representación del Sr. Jenaro contra la sentencia de 27 de noviembre de 2020 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que casamos y anulamos, siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

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

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndolas saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10019/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 5 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 10019/2021, interpuesto por D. Jenaro contra la sentencia núm. 64/2020 de fecha 27 de noviembre de 2020 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida en lo que no resulten contradichos por los argumentos expuestos en esta resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Por las razones expuestas en los fundamentos al hilo de los motivos segundo y tercero de los formulados por la representación del recurrente, procede rebajar en dos grados las penas impuestas por los dos delitos de asesinato intentados, objeto de condena. Fijamos las penas, respectivas, de seis años y nueve meses de prisión, con las accesorias establecidas en la sentencia de instancia cuya duración se establece en



ocho años, y la de cinco años, siete meses y quince días de prisión con las penas accesorias también fijadas en la instancia con una duración de siete años.

## FALLO

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

**Condenamos** al Sr. Jenaro como autor de dos delitos intentados de asesinato, a las penas, por el primero cometido contra la persona de Noelia, de seis años y nueve meses de prisión con las accesorias establecidas en la sentencia de instancia fijando su duración en ocho años; y, por el segundo cometido contra la persona de Jose Pedro, de cinco años, siete meses y quince días de prisión, manteniendo también las accesorias fijadas en la instancia con un plazo de duración de siete años.

Se confirman el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y comuníquese personalmente a la Sra. Noelia y a su hijo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndolas saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS