

Roj: **STS 2614/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2614**Id Cendoj: **28079120012016100487**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/06/2016**Nº de Recurso: **1723/2015**Nº de Resolución: **502/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Valencia, Tribunal del Jurado, Sección 100ª, 22-12-2014,**
STSJ CV 3409/2015,
STS 2614/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Junio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma interpuesto por la Procuradora Sra. Monfort Saez en nombre y representación de Lucas y por la Procuradora Sra. Royo Blasco en nombre y representación de Juan Francisco y Margarita (quienes actúan en su propio nombre y como representantes de las menores Bibiana y Coro) y de Marisol y Roque (quienes actúan en nombre y representación de Lorenza) contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha treinta de junio de dos mil quince , por la que se desestiman los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia núm. 672/14 del Tribunal del Jurado dictada el veintidós de diciembre de 2014 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia , en causa seguida contra Lucas y otros no recurrentes, por delito de homicidio imprudente y omisión del deber de socorro, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco, siendo también parte el Ministerio Fiscal e interviniendo como parte recurrida Casiano representado por la Procuradora Sra. Higuera Ruiz; Mario representado por la Procuradora Sra. Guhl Millán y Tomás representado por la Procuradora Sra. Ayllón Caro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Torrente instruyó el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995 con el núm. 1/2013 por delito de homicidio imprudente y omisión del deber de socorro contra Lucas , Casiano , Mario , Amadeo y Tomás ; una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Quinta, en la que vista la causa por el Tribunal del Jurado (Rollo núm. 6/2014) dictó sentencia en fecha 22 de diciembre de 2014 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS** :

"De conformidad con el veredicto del jurado, se declara probado:

El acusado Lucas acusaba a Felicísimo de haberle sustraído dos plantas de marihuana y otros efectos, y por ese motivo había decidido tomar represalias contra él.

El día 5 de febrero de 2012, los acusados Lucas , Casiano , Mario , Amadeo y Tomás , se encontraban reunidos en el domicilio del primero de ellos, sito en la CALLE000 , nº NUM000 , pta. NUM001 de Torrente.

Sobre la una de la madrugada del día 6 de febrero acudió también a dicho domicilio Felicísimo .





En un momento dado de esa madrugada, Felicísimo y los acusados salieron de la casa, subieron al vehículo matrícula-YCG , propiedad de Casiano , y se dirigieron a la calle Camí Real, estacionando en las inmediaciones del canal hidrográfico del Júcar, a la altura de la urbanización Colonia Bonestar.

Una vez allí, Felicísimo y Lucas salieron del vehículo y, separándose de los demás, fueron caminando junto al borde del canal, hasta que en determinado momento Lucas empujó a Felicísimo , para darle un escarmiento por haberle sustraído efectos, sin intención de causar su muerte, y lo hizo caer al agua.

Felicísimo no pudo salir del canal porque en el punto donde cayó las paredes eran lisas y casi perpendiculares; medía 8 metros de ancho y 5,50 metros de profundidad, de la que el agua alcanzaba una altura de 2,50 metros.

Lucas se reunió enseguida con los otros acusados, diciendo "Vámonos, vámonos".

Cuando Lucas regresó al vehículo, después de que Felicísimo cayera al agua, Mario lo instó a volver al lugar, donde arrojaron un cinturón y una bufanda para sacar a Felicísimo , y como no lo consiguieron volvieron al coche.

Cuando Lucas y Mario regresaron, se marcharon todos, sin prestar ni pedir ningún tipo de ayuda, abandonando a Felicísimo , a sabiendas todos ellos de que no podía salvarse por sí mismo.

Felicísimo falleció minutos después de caer al agua, por asfixia e hipotermia y el cadáver fue hallado sumergido en las aguas de la acequia el día 9 del mismo mes, sobre las 14 horas.

Felicísimo tenía 17 años, había nacido en Rumanía el día NUM002 de 1994. Era compañero sentimental de Lina [sic] con quien tenía dos hijas, Bibiana , nacida el NUM003 de 2009, y Coro , nacida el NUM004 de 2011. Vivía en el mismo domicilio que sus padres, Juan Francisco y Margarita .

Durante la noche del 5 de febrero, tanto en casa de Lucas , como junto al canal, los acusados estuvieron fumando marihuana".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **Fallo** :

"Que conforme al veredicto de culpabilidad emitido por el Jurado de la presente causa, DEBE CONDENAR Y CONDENO:

A Lucas como autor criminalmente responsable de un delito de homicidio por imprudencia grave, con la concurrencia de la circunstancia atenuante análoga a la de drogadicción, a la pena de 2 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; al pago de la mitad de las costas de este procedimiento, incluidas las causadas a la acusación particular; y a que indemnice a Bibiana y a Coro en la cantidad de 50.000 euros a cada una de ellas; y a Juan Francisco y a Margarita en la cantidad de 10.000 euros a cada uno de ellos, con los intereses legalmente previstos.

Y como autor criminalmente responsable de un delito de omisión del deber de socorro a la víctima de la propia imprudencia, con la concurrencia de la circunstancia atenuante análoga a la de drogadicción, a la pena de 2 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al pago de la décima parte de las costas.

DEBO CONDENAR Y CONDENO:

A Casiano como autor criminalmente responsable de un delito de omisión del deber de socorro, con la concurrencia de la circunstancia atenuante análoga a la de drogadicción, a la pena de multa de siete meses con cuota diaria de 10 euros; y al pago de la décima parte de las costas.

A Mario como autor criminalmente responsable de un delito de omisión del deber de socorro, con la concurrencia de la circunstancia atenuante análoga a la de drogadicción, a la pena de multa de cuatro meses con cuota diaria de 10 euros; y al pago de la décima parte de las costas.

A Amadeo como autor criminalmente responsable de un delito de omisión del deber de socorro, con la concurrencia de la circunstancia atenuante análoga a la de drogadicción, a la pena de multa de siete meses con cuota diaria de 10 euros; y al pago de la décima parte de las costas.

Y A Tomás como autor criminalmente responsable de un delito de omisión del deber de socorro, con la concurrencia de la circunstancia atenuante análoga a la de drogadicción, a la pena de multa de siete meses con cuota diaria de 10 euros; y al pago de la décima parte de las costas".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Lucas ; Juan Francisco y Margarita en su propio nombre y como representantes legales de los menores Bibiana y Coro ; y D^a Marisol y Roque en representación de Lorenza dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en fecha treinta de junio de dos mil quince , cuyo Fallo es el siguiente:





"1º) Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la parte del acusado y condenado D. Lucas y por la parte de la acusación particular de D. Juan Francisco y Dª Margarita en su propio nombre y como representantes legales de los menores Bibiana y Coro , Dª Marisol y Roque en representación de Lorenza , contra la Sentencia nº 672/2014, de fecha 22 de diciembre de 2014 , del Tribunal del Jurado, en el Procedimiento del Tribunal del Jurado nº 6/2014, seguido por los trámites del Procedimiento especial del Tribunal del Jurado, dimanante del Procedimiento de la Ley del Jurado 1/2013, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Torrente.

2º) Confirmar la sentencia recurrida en los términos reseñados en esta sentencia.

3º) Imponer a las partes apelantes las costas causadas respectivamente en esta apelación".

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente Rollo, la representaciones legales de los recurrentes formalizaron el recurso de casación, alegando los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

Lucas

Motivo Único.- Infracción de Ley por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 CE y al amparo del art. 849.2 por error en la valoración de la prueba.

Juan Francisco y Margarita ; Dª Marisol y Roque

Motivo Primero.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1º LECr ., por denegación de diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma.

Motivo Segundo.- Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECr ., por indebida aplicación del art. 142.1 e inaplicación del art. 138, ambos del Código Penal .

Motivo Tercero.- Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECr ., por indebida aplicación de la atenuante analógica de drogadicción del art. 21.7ª, en relación con la 21.1ª y la 20.2ª y el art. 66.1 del Código Penal .

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal solicitó en su escrito de fecha 20 de enero de 2016 la inadmisión de los recursos, impugnando de fondo los motivos aducidos, interesando su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por providencia de esta Sala de fecha 26 de abril de 2016 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 19 de mayo de 2016; continuando la misma hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Condenado Lucas como autor de un delito de homicidio por imprudencia en la persona de Felicísimo y de un delito de omisión del deber de socorro a la víctima de la propia imprudencia por la Audiencia Provincial de Valencia constituida en Tribunal de Jurado y desestimado por el Tribunal Superior de Justicia el recurso de apelación formulado al respecto, se recurre ahora en casación, tanto por el condenado como por la acusación particular.

1. El primer motivo que formula la acusación particular es por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1º LECr ., por denegación de diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma.

Alega que el motivo se centra en la decisión de la Magistrada-presidente del Tribunal del Jurado, ratificada en apelación, donde desestima la solicitud parcialmente coincidente con el Ministerio Fiscal de suspender la vista, en atención a la incomparecencia del testigo de cargo D. Urbano , así como, la subsidiariamente formulada de proceder a la unión al acta del testimonio de la declaración prestada por dicho testigo en la fase de instrucción, dándole a la misma lectura en el momento de la vista; dada la relevancia que afirma de su testimonio pues entiende que del contenido de estas declaraciones resulta el engaño a Felicísimo sobre el ir a pegar un palo al canal, como estrategia para llevarlo engañado al canal, y una vez allí, tirarlo al agua.

2. Esta Sala Segunda, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece (vd. SSTS, 544/2015, de 25 de septiembre o 545/2014, de 26 de junio), que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no solo su pertinencia sino también y singularmente **su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo** . Es decir, la prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

*Decisión sobre la necesidad que ha de hacerse tras una **valoración ex post** . No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a*





posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), *si esa denegación ha causado indefensión*. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba *no basta con valorar su pertinencia*. Ha de afirmarse su *indispensabilidad*. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

3. Consecuentemente el motivo debe ser desestimado, pues en la declaración de hechos probados, ya se recoge que Lucas había decidido tomar represalias contra Felicísimo ; y que tras acudir a las inmediateces del canal, Lucas empujó a Felicísimo para darle un escarmiento por haberle sustraído efectos y lo hizo caer al agua. Es cierto que la sentencia indica que lo hizo "sin intención de causar su muerte", pero en las manifestaciones de Urbano , tanto en sede judicial como incluso en las policiales, nada en contrario se manifiesta sino que siempre indicó que se habló de tirarlo al canal como forma de darle escarmiento. Término que contiene la finalidad de corregir, inviable si de su aplicación se derivaba a muerte.

4. Motivación desestimadora, que resulta extensible en esta sede casacional a la denegación de la incorporación del testimonio de la declaración en instrucción del testigo no comparecido en interpretación extensiva del art. 46.5 LOTJ y se procediera a su ulterior lectura al amparo del art. 730 LECr , abstracción hecha del análisis sobre su ortodoxia procesal y al margen de que esa declaración se hubiera practicado o no con efectiva contradicción.

El motivo se desestima.

SEGUNDO. - El segundo motivo lo formula esta parte acusadora por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECr , por indebida aplicación del art. 142.1 e inaplicación del art. 138, ambos del Código Penal .

1. Argumenta que partiendo de los hechos declarados probados en sentencia, en estricta relación con los hechos declarados probados en el veredicto del jurado, la calificación de los mismos debe ser, al amparo del art. 138, la de homicidio, y no la de homicidio imprudente del art. 142.1; que de los mismos se extrae la existencia de dolo eventual en la conducta del acusado; que el hecho de que el jurado no haya apreciado intención real de causar la muerte por parte de Lucas a Felicísimo , impide el dolo en sentido estricto, pero no impide la presencia del dolo eventual.

2. Sucede sin embargo que el veredicto del Jurado declara probado el punto 6.c) de los del objeto del veredicto "Una vez allí, Felicísimo y Lucas salieron del vehículo y separándose de los demás fueron caminando junto al borde del canal hasta que en determinado momento Lucas empujó a Felicísimo , para darle un escarmiento por haberle sustraído efectos, sin intención de causar su muerte, y lo hizo caer al agua" que se proponía alternativamente a los puntos 6.a) y 6 .b), en primero de ellos señalando el mismo texto con la variante de "con intención de causar su muerte" y el segundo con la variante "sin importarle que pudiera causar su muerte".

Es decir, el veredicto del jurado, declara probado la falta de intencionalidad de causarle la muerte; alternativa elegida, frente a la alternativa, que resta por tanto sin probar, de que le empujó al canal sin importarle que pudiera causar su muerte.

Por tanto, la existencia de dolo eventual que afirma la parte recurrente conlleva una alteración fáctica, que concorde jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y de esta propia Sala Segunda, no resulta viable a través de recurso de apelación o casación; la posibilidad de condenar ex novo o agravar en segunda instancia la condena de un acusado sin celebrar una vista oral para oírle o incluso para practicar prueba, ha sido jurisprudencialmente descartada por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías (principios de inmediación y contradicción) y el derecho de defensa.

Así, cuando la jurisdicción superior "efectúa una nueva valoración de los hechos considerados probados en primera instancia y los reconsidera" situándose de esta manera más allá de las consideraciones estrictamente de derecho, sin respetar las exigencias del principio de inmediación (SSTEDH de 29 de abril de 2008, *Spînu c. Rumanía* , § 55 ; ó de 10 de marzo de 2009, *Igual Coll c. España* , § 36).

Tras la sentencia del TEDH de 25 de octubre de 2011 , *Almenara Álvarez c España* y las que siguieron de 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero c. España* de 13 de diciembre de 2011, caso *Valbuena Redondo c. España* ó de 8 de marzo de 2016, *Porcel Terribas y otros c. España* así como las de esta propia Sala Segunda (vd. sentencia núm. 274/2012 de 4 de abril o 315/2016, de 14 de abril), la conclusión sobre la naturaleza del elemento subjetivo (en este caso, que cuando el autor empujó a la víctima al canal, lo hizo sin importarle que pudiese causar su muerte), no integra en autos concreción normativa alguna, sino que se trata de un dato de inequívoca naturaleza fáctica, se haya hecho constar o no en el relato de hechos, y por ello vedado para ser fiscalizado como resultado de un recurso, con consecuencia peyorativa, cual sería en este caso, sin haber sido oído el recurrente. A este respecto, además, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 19 de diciembre





de 2012 decidió que "la citación del acusado recurrido a una vista oral para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley".

El motivo se desestima.

TERCERO. - El tercer y último motivo lo formula esta parte por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por indebida aplicación de la atenuante analógica de drogadicción del art. 21.7ª, en relación con la 21.1ª y la 20.2ª y el art. 66.1 del Código Penal .

1. Argumenta que dicha atenuante, apreciada en un delito de homicidio por imprudencia: a) por una parte no ha resultado acreditada; y b) por otra, dicha atenuante, como el propio art. 66 del Código Penal indica, es aplicable a los delitos dolosos, no a los delitos imprudentes.

2. En cuanto a la acreditación, admite que es cierto que es un hecho probado que los acusados consumieron marihuana, pero en contra de la valoración realizada en la sentencia recurrida (*no se ha practicado prueba pericial para determinar la influencia que dicho consumo tuvo en los acusados, pero está fuera de duda que necesariamente influyó en la ausencia de percepción del peligro por parte de Lucas al empujar a Felicísimo ; y en la conciencia del riesgo que corría la vida de Felicísimo , que tuvieron todos los acusados, así como en su reacción de marcharse sin prestarle ayuda*), afirma que los hechos demuestran que la influencia de dicha sustancia en los acusados fue inexistente o mínima.

Por tanto, se trata de aportar un hecho nuevo al relato fáctico, la nula o escasa influencia en el acusado a causa del consumo de marihuana. Y sucede, que aunque sea inferencial y por tanto la redacción de la declaración probada aparentemente no resulta alterada, en realidad está modificando el relato histórico de lo acontecido, a través de la negación de esa influencia; elemento fáctico, susceptible de ser verdadero o falso y por tanto inhábil para sustentar un motivo por error iuris; así como de inviable corrección a través del recurso de casación de conformidad con la jurisprudencia expuesta en el fundamento anterior, por ser peyorativo para el reo, que no ha sido oído, ni las pruebas o hechos bases origen de la inferencia, han sido practicados ante esta Sala.

3. En cuanto a la aplicación del art. 66.1 a los delitos imprudentes, ciertamente resulta relegada no tanto por su limitación literal los delitos dolosos, como por la previsión del art. 66.2 CP que establece que en los delitos imprudentes los jueces y tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.

Pero la cuestión, como ya resolviera el Tribunal Superior de Justicia, es irrelevante, pues aunque no sea aplicable específicamente la regla dosimétrica del art. 66.1.1ª por la concurrencia de la atenuante análoga de drogadicción respecto del delito de homicidio por imprudencia grave, es concreción razonada dentro del tramo establecido para este delito de 1 a 4 años de prisión, que dada su concurrencia, el arbitrio que permite el art. 66.2 se fije en esos dos años de prisión establecidos.

Así, la STS 733/2012, de 4 de octubre , indica: *en los delitos imprudentes, la ley impone que el marco penológico sea el mismo, concurran o no circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sin perjuicio de graduar la pena dentro de aquel en atención a las características propias de cada hecho enjuiciado.*

El motivo se desestima.

CUARTO. - También recurre la representación procesal del condenado en la instancia, Lucas , cuyo primer y único motivo lo formula por infracción de Ley por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24 CE y al amparo del art. 849.2 por error en la valoración de la prueba.

I.- *Condena por delito de homicidio por imprudencia grave.* Argumenta que la sentencia en su valoración probatoria se ha servido única y exclusivamente de las versiones de referencia realizadas por alguno de los otros coacusados, así como del testigo protegido número 1 que, por su parte, no sólo es testigo de referencia, sino de referencia de otro de los acusados que tenía conocimiento de los hechos a través de lo que presuntamente había relatado el recurrente, de quienes predica la falta de ausencia de incredibilidad subjetiva.

Reitera esta Sala Segunda (entre otras muchas vd. SSTS 45/2014, de 7 de febrero ; 310/2014, de 27 de marzo ; ó 715/2015, de 12 de noviembre), *cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, donde deberá haber procedido a las comprobaciones antes mencionadas. En consecuencia, en estos aspectos, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , en cuanto reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior.*





De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal del jurado.

Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

En cuya consecuencia el motivo o puede ser acogido, pues obvia el recurrente, que los hechos periféricos al empujón al canal, no sólo resultan probados por la manifestación de esos dos coimputados, ahora por testimonio directo, sino también por el resto de coimputados y por el propio recurrente que admite: su enfado o sentimiento de molestia con Felicísimo, desplazamiento al canal pasada la media noche, paseo con Felicísimo al borde del mismo y vuelta al lugar donde se encontraban los demás habiendo dejado a Felicísimo en el agua.

Corroboración periférica, pero de suficiente entidad, especialmente por cuanto la declaración de cargo de uno y otro coimputado, ambos imputados como cómplices de un delito de asesinato por la acusación particular, carece de móvil exculpatario alguno; al contrario, dificultaba su posición procesal, pues lo que más les beneficiaba era afirmar la caída como accidental, de modo que no cupieran resquicios a calificar la muerte como intencional. Donde cabe adicionar, que los imperativos "vámonos, vámonos", proferidos por el recurrente, tras dejar a Felicísimo en el canal, son impropios de quien presencia una caída fortuita y concorde máximas de experiencia, reacción de quien abriga un temor por las consecuencias de lo acaecido.

La sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia, ya afirma la existencia y suficiencia y prueba de cargo; y por tanto, en cuanto centrada la motivación del recurso sobre la credibilidad de coimputados y testigos, reducida por tanto la cuestión a mera discrepancia valorativa, el motivo debe ser desestimado.

II. *Condena por el delito de omisión del deber de socorro*. Al margen de afirmar que trató de auxiliar a la víctima con la bufanda antes de volver con el grupo, lo que no resulta acreditado, pues solo consta la utilización de bufanda y cinturón como instrumentos de auxilio cuando vuelve a instancia de Mario, afirma que la conducta enjuiciada, no está criminalizada en el nuevo Código Penal sin perjuicio del reproche moral que deba producir, pues aunque decidieron abandonar el lugar sin llamar a servicios de emergencia, bien es cierto que lo hicieron porque tenían la certeza de que nada más podían hacer por Felicísimo pues había fallecido, circunstancia que tampoco resulta de la prueba practicada.

Además de reiterar la doctrina jurisprudencial expuesta sobre la función de la casación en los procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, debemos precisar que en contra de las alegaciones del recurrente, lo que resultó acreditado es que una vez en el agua Felicísimo desamparado, Lucas lo dejó en el canal y volvió enseguida con el grupo, diciendo "vámonos, vámonos" y solo volvió a auxiliarle a instancia de Mario. Pues bien, concorde reiterada jurisprudencia, en ese momento resultó ya consumado el delito de omisión de socorro (cfr. STS 1250/1988, de 16 de mayo). El grado de consumación en la ejecución del delito se realiza desde el momento en que deja de prestarse el auxilio o socorro (STS 676/1983, de 9 de mayo).

Además, en ningún momento se avisó al servicio de emergencias cuando se percató de la inviabilidad de su ayuda, sino que simplemente se marchó.

Y en todo caso, el argumento de la potencial inutilidad de auxilio en los términos descritos por el recurrente, no destipificaría su conducta; y así la STS 56/2008, de 28 de enero, indica que para que esta circunstancia fáctica pueda excluir la existencia del delito es necesario que esté *plenamente constatada, por datos indubitados* que disipen cualquier duda sobre la insolidaridad de la conducta o la dejación del cumplimiento de sus funciones médicas; la prestación de auxilio era exigible, *sin perjuicio de que sus esfuerzos pudieran resultar inútiles* debido al fallecimiento objetivo e irreversible de la persona que necesitaba la asistencia. La demostración ex post de la inutilidad de cualquier auxilio no hace desaparecer la infracción del deber de socorro, ya que la capacidad de prestación de auxilio se analiza desde un punto de vista ex ante.





Por último, con indebida corrección procesal, amalgama un postrer submotivo por falta de proporcionalidad en la imposición de la pena de este delito de omisión de socorro, donde argumenta que dada cuenta de la atenuante de drogadicción, el auxilio que intentó dos veces (ya hemos dicho que solo resulta acreditado en una ocasión acompañado de Mario) mientras que se ha tenido en cuenta otros factores que según el sentenciador debía haber valorado el recurrente como que el fallecido podía no saber nadar, que la ropa iba a dificultar su movimientos o que no era posible trepar por las paredes, estimaciones que son contradictorias con otras aseveraciones que se han dado por probadas, como que los propios acusados ya se habían bañado en diferentes ocasiones en ese canal, y que era fácil la salida del mismo por la rampa.

Hemos de advertir, con la STS 427/2015, de 1 de julio , que la doctrina reiterada de esta Sala (cfr. STS 231/2014, de 10 de marzo , entre muchas) ha vedado la llamada casación per saltum, no permitiéndose que cuestiones no formuladas en el Recurso de Apelación y por consiguiente sobre las que no pudo pronunciarse la Sentencia de Apelación puedan plantearse en Casación.

De igual modo, la STS 411/2015, de 1 de julio : *La concreción de las pretensiones planteadas ante el Tribunal Superior, permite establecer un límite al amplio contenido del recurso de casación, en el que el Tribunal Supremo solo está autorizado a conocer, examinar y resolver aquellas cuestiones que planteadas en apelación no hayan sido íntegramente estimadas.*

La razón no es otra que el recurso de casación se da contra la sentencia del Tribunal Superior en el juicio del jurado, por lo que todas aquellas cuestiones de la naturaleza que fueran, que se pudieron plantear ante el T.S.J. y no se plantearon oportunamente el recurrente perdió la oportunidad procesal de hacerlo "per saltum" ante el Tribunal Supremo. Las partes no disponen de la opción de atacar la sentencia por unos determinados motivos o causas planteando a capricho unas ante el T.S.J., y otras ante el Tribunal Supremo. Esta Sala de casación solo examina la corrección legal o constitucional de la sentencia del Tribunal Superior .

Y sucede que la cuestión ahora formulada no fue objeto de específico motivo en el recurso de apelación, no fue objeto de análisis en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y no consta formulado recurso de complementación si entendía por la razón que fuere que debió haberla resuelto dicho Tribunal.

No obstante valga precisar, que la motivación de la pena resultaba suficiente, aunque remitiera a la argumentada para el delito de homicidio imprudente, en cuanto es doctrina jurisprudencial la superior intensidad del deber de asistencia que se genera para el que origina la situación de desamparo (cifr. STS 706/2012, de 24 de septiembre); la imprudencia resulta graduable y la motivación punitiva por la correlativa entidad de la infracción en la omisión del deber de asistencia, resulta pues razonable.

QUINTO. - La imposición de las costas causadas se rige por el artículo 901 LECr ., que conlleva la condena al recurrente si se desestimare su recurso.

III. FALLO

DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la **acusación particular** contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha 30 de junio de 2015 , por la que se desestiman los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia núm. 672/14 del Tribunal del Jurado dictada el veintidós de diciembre de 2014 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia , en causa seguida, por delito de homicidio por imprudencia y omisión del deber de socorro; y **DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del condenado **Lucas** formulado contra la misma resolución; ello, con la imposición de las costas causadas a cada recurrente por su respectivo recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Julian Sanchez Melgar Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco Carlos Granados Perez

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andres Palomo Del Arco , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

