



Roj: **STS 344/2023 - ECLI:ES:TS:2023:344**

Id Cendoj: **28079120012023100065**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/02/2023**

Nº de Recurso: **10513/2022**

Nº de Resolución: **64/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ Sala Civil y Penal, Comunidad Valenciana, 8-7-2022 (rec. 121/2022),  
STS 344/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 64/2023**

Fecha de sentencia: 08/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10513/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: T.S.J.COM.VALENCIANA SALA CIV/PE

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

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10513/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 64/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 8 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 10513/2022P interpuesto por **Marcial**, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Cristina Bota Vinuesa y bajo la dirección letrada de D. Francisco Jesús Gragera de Torres, contra la sentencia nº 189, dictada con fecha 8 de julio de 2022, por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que resuelve la apelación (Rollo de apelación 121/2022) contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 28 de marzo de 2022 (TJU 38/2022).

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- En el procedimiento Tribunal Jurado TJU nº 38/2022 (dimanante del TJU nº 534/2019, del Juzgado de Instrucción nº 3 de Paterna), seguido ante la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, con fecha 28 de marzo de 2022, se dictó sentencia condenatoria para **Marcial**, como cooperador necesario en un delito de homicidio intencionado, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

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

1. En torno a las 23.30 horas del día 21 de septiembre de 2019, una persona no enjuiciada en este procedimiento, con la intención de acabar con la vida de **Onesimo**, le clavó un cuchillo en el costado cuando se encontraba en la Plaza Llaurí confluencia con la Calle Foios de Paterna, causándole la muerte por una insuficiencia cardiaca aguda provocada por la hemorragia masiva que le causó la herida.
- 2.- Para que dicha persona acuchillara a **Onesimo**, el acusado, **Marcial**, sujetó por los brazos a **Onesimo**, inmovilizándolo.
3. La acción de **Marcial** sujetando por los brazos a **Onesimo**, inmovilizándolo, no eliminaba las posibilidades de **Onesimo** de defenderse, pero si las limitaba.
4. En el momento de su muerte, **Onesimo**, tenía 28 años y como familia a su mujer **Amelia**, dos hijos menores de edad, **Angelica** y **Consuelo**, sus padres, **Valentín** y **Aurelia**, así como tres hermanos, **Consuelo**, **Brigida** y **Valentín**".

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

"CONDENAR a Don **Marcial** como cooperador necesario en el homicidio intencionado de **Onesimo**, previsto y penado en el artículo 138 del Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante de abuso de superioridad del artículo 22.2ª del Código Penal a la pena de TRECE AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

CONDENAR a **Marcial** a que indemnice, por vía de responsabilidad civil.

- a **Amelia**, en la suma de 100.000 euros.
- a cada uno de los hijos del fallecido, **Angelica** y **Luis Pedro** en la cantidad de 100.000 euros.
- A los padres del fallecido, **Valentín** y **Aurelia**, en la suma de 80.000 euros a cada uno de ellos.
- a los hermanos del fallecido, **Consuelo**, **Brigida** y **Artemio** en la cantidad de 20.000 euros para cada uno de ellos.

Todas ellas con la aplicación del interés legal correspondiente.

CONDENAR a **Marcial** a las costas del procedimiento.

Únase a esta resolución las actas de votación del-Jurado y dedúzcase testimonio de la misma que se unirá a los autos. Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad a interponer en el plazo de diez días desde la última notificación".



**TERCERO.-** Interpuesto Recurso de Apelación por Marcial , contra la sentencia anteriormente citada, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia de fecha 8 de julio de 2022, con el siguiente encabezamiento:

"La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha visto el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia nº 160/2022, de fecha 28 de marzo pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, constituido en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia seguida por los trámites del procedimiento especial del Tribunal, del Jurado en la causa nº 38/2022, dimanante del Procedimiento de la Ley del Jurado nº 534/2019, instruido por el

**1) Como recurrente, y, por tanto, como apelante:**

La Procuradora de los Tribunales Dña. Eva Domingo Martínez, en representación de D. Marcial , condenado en la instancia y asistido del letrado D. Niceto Blanco González.

**2) Como recurridas, y, por tanto, como apeladas:**

- D. Valentín , DÑA. Aurelia , DÑA. Brigida , DÑA. Consuelo y D. Artemio .

- El Ministerio Fiscal representado por el Ilmo. Sr. D. Luis Sanz Marqués. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Francisco Ceres Montes".

Y el FALLO de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 8 de julio de 2022, es del siguiente tenor literal:

"Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Marcial , condenado en la instancia, contra la sentencia 160/2022, de fecha 28 de marzo; dictada por el Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia (rollo nº 38/2022) que confirmamos, y todo ello con imposición de costas a dicha parte apelante y con inclusión de las costas originadas a la acusación particular.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los tramites de los artículos 855, y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución.

A efectos del cómputo del indicado plazo se hace saber expresamente a las partes que la presente sentencia se notificará exclusivamente a los representantes procesales de las partes, al estimar que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (autos de 18/7/2017, Queja 20011/17, de 22/02/2018, Queja 20919/2017, de 23105/2019, Queja 20090/2019, de 17/10/2019, Queja 20241/2019, de 11/04/2019, Queja 51145/2018, de 22/10/2020, Queja 20407/2020) no se requiere la notificación personal a sus representados".

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

**QUINTO.-** La representación legal de Marcial alegó los siguientes **motivos de casación**:

1. "INFRACCIÓN DE LEY: Al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Conforme permiten los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 LECrim, por vulneración de los preceptos constitucionales que consagran el **derecho** a la **tutela judicial efectiva** y a u proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española".

2. "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la LOPJ: Por vulneración del precepto constitucional que consagran el **derecho** a un proceso con todas las garantías del artículo 24 de la Constitución Española".

3. "INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la LOPJ: Por haber mediado vulneración del artículo 24 de la Constitución Española".

4. "INFRACCIÓN DE LEY al amparo del art. 849.1 LECrim., por aplicación indebida del art. 138 del Código Penal".

5. "INFRACCIÓN DE LEY al amparo del art. 849.1 LECrim., por aplicación indebida del art. 22.2ª del Código Penal".



**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y, subsidiariamente, su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 31 de octubre de 2022; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 7 de febrero de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Primer motivo: "al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: conforme permiten los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 LECrim, por vulneración de los preceptos constitucionales que consagran el **derecho** a la **tutela judicial efectiva** y a un proceso con todas las garantías consagrados en el artículo 24 de la Constitución".

1. No obstante la amalgama de artículos que se invocan en el enunciado del motivo, que debieran haberse canalizado por motivos distintos, vemos que el desarrollo se concreta en una queja, que más responde a criterios de **tutela judicial efectiva**, en la que se alega que a la defensa se le desestimaron indebidamente la incorporación de unos testimonios relativos a las declaraciones de ciertos testigos, que no se pudieron aportar el día de su declaración, ya que el otro abogado codefensor, que era el que debía asistir a juicio, fue hospitalizado el día antes y falleció el día 8 de abril.

Se alega que esos testimonios los pudo conseguir el letrado que asistió a juicio, al día siguiente, y que, frente a la denegación de su admisión, formuló protesta e invoca el art. 11.1 LOPJ y entiende incumplidos los arts. 46.5 y 34.3 LOTJ.

Antes de pasar a dar cumplida respuesta a la queja, conviene recordar que nos encontramos ante un recurso de casación, que se formula, no contra la sentencia de instancia, sino que su objeto es la de apelación dictada por el TSJ, que es frente a la deberá mostrar su discrepancia el recurrente.

Al ser así, no debe consistir el recurso de casación en una reiteración del contenido del previo recurso de apelación, porque esto supone convertir la casación en una nueva apelación, ni tampoco en plantear cuestiones nuevas no introducidas en la apelación, porque, al no haber sido discutidas con ocasión de ésta, se trata de cuestiones ya consentidas. El recurso de casación ha de entablar, pues, un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia, pero lo que no es correcto es reproducir en casación lo ya desestimado en la apelación, por cuanto que esos mismos argumentos ya ha habrán sido objeto de estudio con ocasión del primer recurso, y tenido respuesta en él, lo que no quita para que no se deba ignorar la primera sentencia.

2. No obstante lo dicho, observamos que la queja de este primer motivo es reproducción de la que se formuló en primer lugar con ocasión del previo recurso de apelación, que ha tenido correcta y debida respuesta en la STSJ, y, sin embargo, frente a ella, nada se aporta en esta casación, lo que podría ser suficiente para rechazar el motivo. Aun así, algo más añadiremos, si bien tratando de evitar reiteraciones con la sentencia recurrida.

También la sentencia de instancia aborda esta cuestión, que rechaza con cita del propio art. 46.5, invocado por el recurrente, y el 45, ambos de la LOTJ; el primero de ellos por cuanto establece que el acta del testimonio relativo a declaraciones prestadas en fase de instrucción, "quien interroga debe presentar en el acto", lo que no hizo el letrado que asistió a juicio, quien es de presumir que se lo habría preparado para llevar la defensa con la diligencia y celo que tal acto requiere, y si entonces entendió necesario utilizar, en dicho acto, material obrante en las actuaciones, al menos en el trámite de alegaciones previas del art. 45 podría haber hecho alguna manifestación al respecto, lo que no consta que hiciese, como así se recoge en la sentencia de instancia.

En todo caso, si, como se dice en el motivo, el letrado que asistió en juicio llevaba la codefensa con el que no pudo asistir, estamos hablando de una defensa conjunta, que supone un conocimiento y control por parte de ambos letrados, a diferencia de lo que supondría una defensa sucesiva de letrados, de ahí que se haga más difícil entender que no hiciera uso del referido trámite de alegaciones.

De alguna manera, ésta es la razón que se expone en la sentencia recurrida, si bien de manera más pormenorizada, por cuanto que da detalles de esa codefensa, precisando la que, de forma **efectiva** y personal, desarrolló, en particular, el mismo letrado que asistió en juicio, y, así, cita el escrito de conclusiones provisionales, de los folios 136 a 141; y añade un argumento más, cuando hace mención a que las sesiones del juicio oral se sucedieron del 7 al 11 de marzo de 2022, y bien pudo desde el primer día poner de manifiesto esa falta, habiendo como había ese trámite de alegaciones que dejó pasar sin nada decir.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.



**SEGUNDO.-** Segundo motivo: "por infracción de precepto constitucional: al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la LOPJ: por vulneración del precepto constitucional que consagra el **derecho** al proceso con todas las garantías del artículo 24 de la Constitución Española".

1. La queja en este motivo va referida a un defecto en el objeto del veredicto, que en su proposición 2ª B) se ofreció al Jurado: "esa persona contra la que no se sigue el procedimiento apuñaló a Onesimo de manera sorpresiva y sin intervención del acusado, Marcial . (HECHO FAVORABLE)", mientras que la defensa solicitó que ese 2ª B) quedase redactada: "esa persona contra la que no se sigue el procedimiento apuñaló a Onesimo de manera sorpresiva y sin conocimiento del acusado, Marcial "; esto es, no se cambió el inciso "sin intervención", por "sin conocimiento", que pretendía la defensa.

El motivo es, también, una repetición del alegado en segundo lugar con ocasión del recurso de apelación, al que da cumplida y acertada respuesta la sentencia recurrida, sin que a la misma, que, reiteramos, es la que constituye el objeto del recurso de casación, le haga frente el recurrente con argumentos que desactiven su correcto discurso.

Al margen de lo anterior, conviene recordar que la elaboración del Objeto del Veredicto no es una labor exclusiva del Magistrado Presidente, sino que es fundamental la intervención de las partes, pero siempre dentro de los cauces y trámites que impone el proceso. Así resulta de lo dispuesto en el art. 53 LOTJ que establece lo siguiente:

"1. Antes de entregar a los jurados el escrito con el objeto del veredicto, el Magistrado-Presidente oirá a las partes, que podrán solicitar las inclusiones o exclusiones que estimen pertinentes, decidiendo aquél de plano lo que corresponda.

2. Las partes cuyas peticiones fueran rechazadas podrán formular protesta a los efectos del recurso que haya lugar contra la sentencia".

Ahora bien, siendo esto así, el Objeto del Veredicto no es algo que surja en el proceso de manera espontánea, sino que viene condicionado por las secuencias que le preceden, entre ellas, la que corresponden a las partes en litigio, y ello lo expresa de manera muy clara la Exposición de Motivos de la propia LOTJ, que, en el apartado que dedica a este documento, dice: "f) la conformación del objeto del veredicto no puede prescindir de la consideración del objeto del proceso como vinculado a las alegaciones de todas las partes, a los intereses de la defensa y de la acusación y, también, al **derecho** de éstas a participar en la definitiva redacción mediando la oportuna audiencia", lo que, dicho de manera más sencilla, significa que si la conformación del objeto del veredicto se encuentra vinculado a las alegaciones de las partes y éstas, en el trámite que les corresponde, incurren en alguna omisión, no pueden pretender que, luego, a la hora de elaborarlo, se incluya algo que la propia parte omitió, que es lo que ocurre en el caso, en que la defensa pretende la inclusión de un particular que, sin embargo, no aparece en su escrito de conclusiones provisionales, ni en el que presentó, terminado el juicio, en definitivas.

Sabemos que el objeto del proceso penal son los hechos, en cristalización progresiva desde su inicio hasta conclusión en sentencia, como viene repitiendo la jurisprudencia de esta Sala, y que esto no deja de ser así en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, que, sin embargo, aunque presenta alguna particularidad, han de ser las conclusiones definitivas con las que ha de guardar congruencia la sentencia en todo proceso, y esto no cambia el este procedimiento, sino que, entre unas y otra, ha de mediar un paso intermedio, debido al sistema elegido por el legislador, que pasa por la elaboración del Objeto del Veredicto, que, en ningún caso, ha de interferir de manera que sea un obstáculo a esa congruencia, de ahí que, si no lo aporta la parte en ese trámite de calificación, ni siquiera hay posibilidad de incorporarlo al mismo

2. Junto a lo anterior, hay una razón de fondo que sintetiza muy bien la sentencia de instancia en el párrafo en que dice que, en base la doctrina que antes había recogido, "fue rechazada la proposición de la Defensa en cuanto a sustituir en el punto 2.B) la expresión "y sin intervención del acusado" por la de "sin conocimiento del acusado" por cuanto no alteraba el sentido exculpatorio de este punto del objeto del veredicto tal y como se presentaba, amén de que no se habían sugerido otras posibilidades de participación del acusado en la muerte de Onesimo como la inducción o la complicidad".

En efecto, conviene comenzar recordando que el **Derecho** Penal es un **derecho** de hechos, que el legislador ha seleccionado y definido en un determinado sentido para dotarlo de relevancia jurídico-penal, y es así como ha de presentarse la Jurado, si nos atenemos a lo que se puede leer en el apdo. V de la Exposición de Motivos de LOTJ, cuando dice que "el hecho no se estima concebible desde una reduccionista perspectiva naturalista, sino, precisa y exclusivamente, en cuanto jurídicamente relevante. Un hecho, en una concreta selección de su proteica accidentalidad, se declara probado sólo en tanto en cuanto jurídicamente constituye un delito", siendo fundamental en esta labor de confección fáctica con relevancia jurídica, una correcta elaboración del





Objeto del Veredicto, cuyas pautas se encuentran en el art. 52 LOTJ, y que deben ser seguidas con criterios de sencillez y máxima simplificación, en cuanto que, como regla general, será bastante con que queden reflejados los datos esenciales con que se defina el hecho nuclear del tipo ("el hecho principal de la acusación" dice el art. 52.1 a) II), que, en la medida que se ha de someter a deliberación del Jurado, deberá ser redactado de manera asequible para sus miembros.

Hay que tener presente que este art. 52.1 a) LOTJ está indicando que lo que se ha de narrar son hechos contrarios o desfavorables y hechos favorables, en coherencia con el art. 37.1, referente al auto de hechos justiciables, antecedente penal inmediato del objeto del veredicto, que está diciendo que en él se ha de excluir "toda mención que no resulte absolutamente imprescindible para la calificación", de manera que lo que no sea desfavorable o favorable, al no ser imprescindible para la calificación, huelga su mención; de ahí que no se deba incluir en el Objeto del Veredicto proposiciones que sean neutras, o excluyentes, por incompatibilidad, con alguna de las que es preciso incluir.

En el caso que nos ocupa, de lo que se acusaba a Marcial era de la participación que podía haber tenido en el hecho de que otra persona diera muerte a Onesimo y puesto que éste era el tema de debate, las preguntas tenían que formularse a tales efectos: esto es, un primera, en la proposición 2 A), en que se pregunta al Jurado que "para que dicha persona acuchillara a Onesimo, el acusado, Marcial, sujetó a Onesimo inmovilizándolo", de manera que, si quedaba aprobada ésta, era la base fáctica sobre la se construía la participación, a título de cooperador necesario, del acusado en el hecho de esa muerte, con lo que aprobada, lleva implícito que el acusado intervino en ese hecho, y es hasta discutible que hubiera sido necesario formular las preguntas del bloque 2 B), porque, de haberse aprobado, cuando la pregunta era si esa muerte se produjo sin intervención del acusado, nos hubiéramos encontrado con una contradicción insalvable; en cualquier caso, si se decidió formular la pregunta, solo podía realizarse en los términos que se hizo, esto es, para que el Jurado se pronunciase, expresamente, sobre esa intervención, porque, si entendía que no intervino, al margen los problemas de incompatibilidad con la anterior pregunta, era lo único que tendría relevancia de cara al pronunciamiento final, para el que no la tendría la propuesta alternativa que pretendía la defensa.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

**TERCERO.-** Tercer motivo: "por infracción de precepto constitucional: al amparo del artículo 852 LECrim y el artículo 5.4 LOPJ: por haber mediado vulneración del artículo 24 de la Constitución".

Se alega en el motivo, que no hay datos suficientes para destruir el principio de presunción de inocencia, pues se tiene por probada la participación del condenado, en lo que el recurrente considera que son hechos circunstanciales e impresiones de terceros, ya que solo hay un testigo directo de los hechos, que dice que realizó declaraciones contradictorias.

Se vuelve a reproducir lo que, con ocasión del recurso de apelación, fuera alegado por esta misma parte, y que obtuvo respuesta en los fundamentos de **derecho** cuarto y quinto de la sentencia recurrida, con una extensión y fundamento que nada puede ser le reprochado, quedando con ello debidamente cumplido el juicio de revisión que le corresponde al tribunal de apelación, por lo que poco más puede decir este Tribunal, sino verificar el juicio de racionalidad sobre lo realizado por el TSJ en su sentencia, que lo consideramos correcto.

Tan solo añadir, que desde el momento que, en el motivo, la queja se centra en la valoración que la sentencia de instancia ha realizado de un testimonio, que, además, se dice es de un testigo directo de los hechos, y de lo que se queja es de tal valoración, se está admitiendo que existe prueba, con lo que, si se admite que existe prueba, no cabe hablar de vulneración del **derecho** fundamental a la presunción de inocencia, y el motivo derivaría como más propio al que lo fuera por *error facti*, del art. 849.2 LECrim. que, al desbordar los estrechos y precisos cauces a los que está sometido, es una razón más su desestimación.

**CUARTO.-** Cuarto motivo: "por infracción de ley: al amparo del artículo 849.1 LECrim: por indebida aplicación del artículo 138 del Código Penal".

Vaya por delante, y coincidiendo con el M.F, que al ser la cuestión que se plantea en el motivo una cuestión nueva, no planteada con ocasión del previo recurso de apelación y ser introducida *per saltum* en esta casación, es una primera razón para su desestimación.

La escasa atención que se dedica al motivo en su desarrollo toma como referencia un fragmento del tercer punto de los hechos probados que, en relación con la acción del condenado, acota de la siguiente manera: "no eliminaba las posibilidades de Onesimo) de defenderse", a partir de lo cual entiende quien firma el recurso que los hechos probados no consideran imprescindible la acción del condenado para la realización de los hechos.

En realidad, se trata de un fragmento de una frase, que, además, se interpreta fuera del contexto en que hay que situarla, que es que, con anterioridad, se ha dado por probado que, para que esa otra persona que no se



enjuicia acuchillara a la víctima, el condenado la sujetó por los brazos, inmovilizándola, que es hecho principal, con el que se describe la acción de dar muerte que ya había quedada fijada en el hecho anterior, siendo en esta sujeción por los brazos y la inmovilización que ello conlleva, lo que constituye el presupuesto fáctico del delito de dar muerte; ahora bien, como entre las hipótesis acusatorias se planteaba que pudiera tratarse de un delito de asesinato, se dedicó otro espacio al presupuesto fáctico que servía de base a la agravación que define este delito, que, al margen que es del que mutila la frase el recurrente, ni quitaba ni ponía al hecho mismo de la participación en la acción de matar, descrita con anterioridad que, tal como desarrolla la sentencia de instancia, explica perfectamente las razones por las cuales tal intervención alcanza la categoría de cooperación necesaria.

La referida frase, en su integridad, decía que para que esa otra persona "acuchillara a Onesimo , el acusado, Marcial , sujetó por los brazos a Onesimo , inmovilizando", lo que no es exactamente igual que lo acotado por el recurrente, que omite este último gerundio, con el que, si no quedaba claro que la intervención del condenado fue necesaria, lo despeja por completo.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

**QUINTO.-** Quinto motivo: "por infracción de ley; al amparo del artículo 849.1 de la LECrim: por indebida aplicación del artículo 22.2º (abuso de superioridad)".

Son solo tres líneas las dedicadas a este motivo, que no pasan de ser una simple aseveración sin fundamento, suficiente para rechazar el motivo, en las que se dice que "es evidente, que por parte de mi representado no ha existido abuso de superioridad, ya que Onesimo era una persona corpulenta y joven, de 28 años, y mi representado tenía 53 años y estaba enfermo".

Al igual que en el caso del anterior motivo, tampoco fue planteada esta cuestión con ocasión de previo recurso de apelación

En todo caso, al tratarse de un motivo por *error iuris* del art. 849.1º LECrim., para su estudio habremos de pasar por el más absoluto respeto a los hechos probados, en concreto, el 3, que dice que "la acción de Marcial sujetando por los brazos a Onesimo , inmovilizándolo, no eliminaba las posibilidades de Onesimo de defenderse, pero sí las limitaba".

A partir de este presupuesto fáctico, en el fundamento de **derecho** séptimo de la sentencia de instancia se realiza el juicio de subsunción, descartándose igual alegación defensiva que la que ahora se reitera, con absoluta corrección.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

**SEXTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 901 LECrim. procede condenar al recurrente al pago de las costas habidas con ocasión de su recurso.

## FALLO

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

**NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Marcial , contra sentencia 189, dictada con fecha 8 de julio de 2022, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en Rollo de Apelación 121/2022, que se confirma, con imposición al recurrente de las costas ocasionadas con motivo de su recurso.

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

Así se acuerda y firma.