



Roj: **STS 4626/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4626**

Id Cendoj: **28079120012022100939**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/12/2022**

Nº de Recurso: **3718/2020**

Nº de Resolución: **942/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Zaragoza, Sección 6ª, 08-11-2019, (proc. 9/2018) ,
STSJ AR 800/2020,
STS 4626/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 942/2022

Fecha de sentencia: 12/12/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3718/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Procedencia: TSJ Aragón

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3718/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 942/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 12 de diciembre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 3718/2020 por infracción de ley, interpuesto por la representación de la acusada **D.ª Crescencia**, contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Aragón, de fecha 6 de julio de 2020 en el Rollo de apelación nº 32/2020, que desestimó los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los acusados contra la sentencia de 8 de noviembre de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en procedimiento sumario número 9/2018, procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ejea de los Caballeros, seguida contra los acusados D. Balbino y D.ª Crescencia por delito de **asesinato** en grado de tentativa; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, estando la recurrente representada por la procuradora D.ª Nuria Ramírez Navarro, bajo la dirección letrada de D. Alejandro Sarasa Sola. En calidad de parte recurrida, la acusación particular D. Casiano, representado por la procuradora D.ª Rocío López Canales, bajo la dirección letrada de D.ª Mercedes Vilda Tijero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 6ª, el rollo de sala nº 9/2018, procedente de sumario 467/2017, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ejea de los Caballeros, contra Balbino y D.ª Crescencia, por delito de **asesinato** en grado de tentativa; se dictó sentencia con fecha 8 de noviembre de 2019, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- Sobre las 20:30 horas del día 21 de noviembre de 2017, hallándose Balbino y Crescencia en un local sito en la calle San Cristóbal nº 59 de la localidad de Tauste (Zaragoza), consumiendo cocaína y bebiendo alcohol, Crescencia le dijo a Balbino que estaba harta de Casiano porque no le hacía caso y que quería matarlo. Para ello acordó con Balbino que iba a llamar a Casiano para que acudiera al local, manifestándole como excusa para atraerle que quería comprarle 10 gramos de cocaína, y que tras probar la sustancia que trajera, el procesado Balbino le clavaría un cuchillo, del que previamente sé había provisto y que había escondido entre sus ropas, a Casiano .

Seguidamente Crescencia llamó por teléfono a Casiano y quedó con él para que acudiera al local. Hacia las 21:00 horas, Casiano se personó en dicho lugar, y una vez accedió a su interior, mientras Crescencia le esperaba sentada en un sofá, Balbino procedió inmediatamente a cerrar la puerta con llave para impedir que pudiera escapar, dejando las llaves puestas en la cerradura, procediendo a continuación Balbino a invitar a Casiano a consumir cocaína, de tal manera que cuando Casiano estaba agachado sobre la mesa esnifando cocaína, esta circunstancia fue aprovechada por Balbino, quien sacó el cuchillo de cocina de 20 cros de hoja que ocultaba bajo su ropa y sorpresivamente se abalanzó sobre Casiano y le clavó el cuchillo, cayendo éste al suelo boca abajo, lugar en el que Balbino le asestó múltiples puñaladas por la espalda, tórax y cuello, al tiempo que Crescencia le jaleaba con expresiones tales como "dale, dale, al moro de mierda", "fuerte, fuerte".

Casiano consiguió levantarse y acercarse hacia la puerta, siendo perseguido por Balbino, que le profirió una última puñalada en la cabeza, si bien, al estar las llaves colocadas en la cerradura, pudo abrirla y escapar del local, dirigiéndose a un bar cercano, donde fue socorrido.

Minutos después, los procesados abandonaron conjuntamente la estancia donde se hablan producido los hechos y con actitud nerviosa y tras dudar del camino que iban a tomar, emprendieron la huida(sic).

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente parte dispositiva:

"CONDENAMOS a los acusados Balbino y Crescencia cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autores responsables de un delito de **asesinato** en grado de tentativa tipificado en los artículos 139.1.1a y 16 del Código Penal, con la concurrencia de la eximente incompleta de enfermedad mental prevista en el artículo 21.1a en relación con el artículo 20.12 del Código Penal, a las penas, para cada uno de ellos de TRES AÑOS Y NUEVE MESES de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y CINCO AÑOS DE LIBERTAD VIGILADA para, ejecutarse una vez cumplida la pena privativa de libertad consistente en tratamiento médico externo salvo que médicamente se valore su falta de necesidad, en cuyo caso la medida consistirá en la obligación de presentarse mensualmente en el Juzgado de Guardia de la localidad en la que residan. Además, procede imponer' a los dos encausados la pena de prohibición de aproximación a Casiano, a su domicilio y a los lugares que frecuente a una distancia de 500 metros durante 6 años, y a la prohibición de comunicarse con él por cualquier medio o procedimiento



durante 6 años. Por último, condenamos a los dos acusados a que indemnicen a Casiano solidariamente en la cantidad de DIEZ MIL EUROS (10.000,00 E), más los intereses legales desde la fecha de la sentencia. Y al pago costas procesales que no incluirán las de la acusación particular(sic)".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por los acusados; dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con fecha 6 de julio de 2020, cuya parte dispositiva es la siguiente:

"1.- Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de Balbino y por la representación procesal de Crescencia contra la sentencia dictada en procedimiento sumario 9/2018 el día 8 de noviembre de 2019 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2.- Declaramos de oficio las costas causadas en el recurso de apelación(sic)".

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por la representación procesal de la acusada **D.^a Crescencia**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación procesal de la recurrente **D.^a Crescencia**, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción del art. 24.2 de la Constitución Española por infracción del derecho a la presunción de inocencia.

2.- Al amparo del art. 849 de la LECrim, denunciarnos infracción de ley, indebida aplicación del art. 62 del CP, al haber bajado la pena sólo en un grado y no en dos grados. Sostenemos que la tentativa resultó inacabada y por tanto debió rebajarse la pena en dos grados.

3.- Nos vamos a ocupar a continuación de la impugnación relativa a la concurrencia de la circunstancia que ha calificado el delito de **asesinato**, es decir, si concurre o no la alevosía, cuya presencia en su forma de ataque súbito e inesperado (sorpresiva) se impugna a través de la presunción de inocencia y la infracción de ley ex artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al entender que no concurre la alevosía prevista en el artículo 139 del Código Penal.

4.- Por infracción de lo dispuesto en el artículo 849 de la ley de Enjuiciamiento Criminal POR INFRACCIÓN DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 139.1.1^a. Estamos ante un motivo subsidiario de apelación para el caso de que se considere a mi representada inductora del delito llevado a cabo por el otro coacusado, debemos de manifestar que no consta que mi defendida hubiera aconsejado la manera alevosa de ejecutar la muerte de la víctima, ni tuviese conocimiento de que en esa forma había de realizarla el otro acusado, no puede afectarle la circunstancia específica de alevosía que caracteriza el delito de **asesinato** dado que no dispone del dominio de hecho en la acción.

5.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 Lecrim. Infracción de ley por inaplicación indebida de la exigente incompleta 21.1 del C.P y de lo dispuesto en el artículo 68 Y 66 del Código Penal en relación también a los artículos 21.1 y 21.2 del Código Penal al concurrir dos atenuantes la del artículo 21.1. y 21.2 CP, una de ellas exigente incompleta, por lo que procedía la rebaja de la pena en dos grados.

SEXTO.- Instruidos el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso de casación presentado de contrario, interesan la inadmisión a trámite del mismo, por las razones vertidas en los escritos que obran unidos a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Habiéndose señalado para el 25/10/2022 para Fallo, se suspendió y se señaló nuevamente para Fallo, habiéndose celebrado el mismo prevenido para el día 23 de Noviembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 6^a, condenó a los acusados Balbino y Crescencia como autores de un delito de **asesinato** en grado de tentativa del artículo 139.1.1^a y 16 del Código Penal (CP), con la exigente incompleta de enfermedad mental del artículo 22.1^a en relación con el 20.1^a, a la pena de 3 años y 9 meses de prisión, 5 años de libertad vigilada y prohibiciones de acercamiento y comunicación respecto de la víctima. Contra la referida sentencia interpusieron ambos acusados recurso de apelación, que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón.



Contra esta última sentencia interpone recurso de casación Crescencia .

En el primer motivo denuncia la vulneración de la presunción de inocencia. Entiende que la prueba de su participación es endeble y la valoración del móvil es irracional. Entiende que es insostenible que, no estando probado siquiera que se conocieran, la recurrente quisiera acabar con la vida de la víctima. Sostiene que el coacusado podía tener razones para su acción, como una deuda de dinero a la que hizo referencia al realizar las primeras manifestaciones ante los agentes de policía que acudieron al local donde fue detenido.

1. El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica, en el marco del proceso penal, que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso con todas las garantías, (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2) (STC 185/2014). Todo ello supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, expresa y racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, permitiendo al Tribunal alcanzar una certeza que pueda considerarse objetiva, en tanto que construida sobre premisas asumibles por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, tanto en los aspectos objetivos como en los subjetivos, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables. A través de la prueba deben quedar acreditados todos los elementos fácticos, objetivos y subjetivos, que sean necesarios para la subsunción.

El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva oportunidad para proceder de nuevo a la valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron.

Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos en los que, tras la reforma operada por la Ley 41/2015, existe un recurso de apelación previo a la casación, al igual que ocurre con los seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, donde, sin incidir en los aspectos que dependen directamente de la inmediación, deberá haber procedido a analizar la fiabilidad y el poder demostrativo de las pruebas valoradas y a verificar si, en un análisis racional, permiten alcanzar la certeza necesaria para dictar una sentencia de condena. 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.

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, examinando adecuadamente si el valor demostrativo de la prueba de cargo, dentro del cuadro probatorio en su conjunto, justifica la declaración de hechos probados.

2. No se aprecia ninguna irregularidad en el proceso desarrollado por el Tribunal de apelación en orden a comprobar si la valoración de la prueba efectuada por el de instancia ha respetado los estándares establecidos jurisprudencialmente.



De las pruebas practicadas resulta acreditado, en primer lugar, que la recurrente fue quien llamó a la víctima, Casiano, para que acudiera al local donde ella estaba con el coacusado Balbino, con el pretexto de comprarle cocaína, aspecto que no es discutido. En segundo lugar, que mientras se desarrolla la agresión, la recurrente se encontraba sentada en un sofá, contemplando lo que ocurría, no solo sin hacer nada para evitarlo, sino sin mostrar sorpresa o alarma alguna, y alentando, además, al coacusado, como autor material de las puñaladas, diciéndole algo similar a "dale, dale al moro", "fuerte, fuerte"; aspectos que resultan de la declaración del coacusado y de la prestada por la víctima. En tercer lugar, que la agresión se produce cuando el agredido se encontraba de espaldas al agresor, consumiendo una raya de cocaína que este último le había preparado, lo cual, resulta de la declaración de la víctima, corroborada por las características de las lesiones, y tampoco es discutido. En cuarto lugar, que, según otros testimonios, tras la huida del agredido, ambos acusados abandonaron juntos el local, dándose a la fuga.

De todo ello es lógico deducir que la recurrente estaba de acuerdo con el coacusado no solo en causar la muerte a Casiano, sino en hacerlo de una forma determinada, atrayéndolo al local, creando un ambiente de confianza, preparándole una dosis de cocaína y aprovechando el momento de su consumo para iniciar la agresión de forma sorpresiva y por la espalda.

El Tribunal de instancia, sobre la base de la declaración del coacusado, corroborada por los acontecimientos posteriores a los que se ha hecho referencia, consideran que la iniciativa de la agresión partió de la recurrente, la cual convenció al coacusado, por lo que califica su conducta como inducción. En la sentencia de apelación se considera justificada esta conclusión fáctica, teniendo en cuenta todos los aspectos reseñados, lo cual resulta razonable.

En cualquier caso, acreditados los hechos a los que se acaba de hacer referencia, la responsabilidad penal de la recurrente no desaparecería, ni disminuiría, en caso de no probarse la inducción, pues siempre subsistiría su intervención como coautora, basada en el previo acuerdo para causar la muerte y en la forma de llevarlo a cabo, así como en su participación en la ejecución, atrayendo al agredido al local, contribuyendo a crear un ambiente de confianza permaneciendo en el mismo durante la aparente operación de compraventa de cocaína, aportando seguridad al ejecutor con su presencia en el lugar, y alentando a este último durante la ejecución material de la agresión.

Por otro lado, aunque el móvil puede resultar de interés para la comprensión de los motivos que el responsable penal ha tenido para actuar como lo hizo, y puede resultar relevante en algunas circunstancias, no es un elemento imprescindible en una sentencia de condena. En el homicidio o en el **asesinato**, si es posible atribuir a una persona la ejecución dolosa de una determinada conducta, la determinación del móvil o de las razones que tuviera para ejecutarla no es imprescindible.

Por lo tanto, ha existido prueba suficiente de la participación de la recurrente y, de conformidad con las conclusiones del Tribunal de apelación, fue correctamente valorada por el Tribunal de instancia.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO. - En el motivo segundo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción del artículo 62 del Código Penal (CP), pues entiende que, siendo la tentativa inacabada, debió reducirse la pena en dos grados.

1. Decíamos en la STS nº 989/2010, de 10 de noviembre, que "Los criterios para determinar cuando nos encontramos ante una tentativa acabada o inacabada son variados y parten de concepciones subjetivas, en torno al plan del autor, u objetivas, en atención a los hechos realizados y su suficiencia para la producción del resultado querido por el autor. Quizás la combinación de ambas permita una mejor determinación de la consideración de acabada o inacabada, de manera que será acabada la ejecución cuando el autor pueda prever que la acción realizada es suficiente para la producción del resultado y, sin embargo, éste no se ha producido por causas ajenas a su voluntad".

Aun cuando puedan utilizarse aquellos conceptos sobre la tentativa, en el CP actual no existe ninguna norma que imponga la recepción y empleo de las tesis doctrinales que distinguen entre tentativa acabada e inacabada, ni tampoco que imponga una reducción en dos grados para los casos en que, asumiendo aquellas, se califique la tentativa del caso como inacabada.

Por el contrario, el artículo 62 del CP obliga a tener en cuenta el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado, de forma que, en los casos en los que se aprecie en ambos aspectos un nivel bajo, lo procedente podría ser la reducción de la pena en dos grados. Advertíamos en la STS nº 829/2021, de 29 de octubre que "Aunque la jurisprudencia, quizá con un excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código penal anterior, sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, este punto de vista debe ser modificado a la vista de la nueva redacción del art. 62 del Código penal. En efecto, en este



precepto, no solamente se tiene en cuenta "el grado de ejecución alcanzado", que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al "peligro inherente al intento", que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de *intensidad de ésta*, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento".

2. En el caso, varias puñaladas penetraron en la cavidad torácica y alcanzaron el pulmón o la pleura, con la consiguiente cercanía a la producción del resultado típico del homicidio o del **asesinato**. El grado de ejecución, pues, fue máximo, no produciéndose el resultado de muerte a causa de la atención médica prestada con urgencia al agredido. Al tiempo, el peligro para la vida fue también intenso, dadas las características de las lesiones causadas.

En consecuencia, no se aprecia ninguna infracción de ley al haber reducido la pena en un solo grado.

El motivo se desestima.

TERCERO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la infracción del artículo 139.1.1º del CP al haber apreciado la concurrencia de la alevosía, pues dada la "batalla" (sic) que presentó la víctima, deberían calificarse los hechos como homicidio con abuso de superioridad.

1. De la definición legal contenida en el artículo 22.1ª del CP se desprende que, para apreciar la alevosía, es necesario, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, que el autor ejecute los hechos empleando medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar el resultado, precisamente mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su significado tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y, en cuarto lugar, como consecuencia, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades, (STS nº 1866/2002, de 7 noviembre).

De lo antes expuesto se desprende que la esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados; y que, subjetivamente, venga caracterizada por el conocimiento por parte del autor del significado de los medios, modos o formas empleados en la ejecución, en cuanto tendentes a asegurar el resultado, impidiendo la defensa del atacado y suprimiendo los riesgos que de ella pudieran derivarse para el agresor.

La forma tradicional del ataque alevoso viene constituida por la agresión a traición, pues es claro que en esos casos la acción agresiva pretende principalmente la supresión de una posible defensa. Así, es ataque alevoso el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino (STS nº 382/2001, de 13 de marzo y las que se citan en ella), ejecutado contra quien está confiado en que tal clase de ataque no se produzca. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que tiende a suprimir la posibilidad de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque, difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible.

Por otro lado, al acudir a la vía de impugnación regulada en el artículo 849.1º de la LECrim, es necesario respetar en su integridad los hechos que se han declarado probados.

2. En el caso actual se ha declarado probado que Balbino , cuando Casiano ya estaba en el local, lo invitó a consumir cocaína, y cuando estaba agachado sobre la mesa esnifando cocaína, esta circunstancia fue aprovechada por Balbino , quien sacó el cuchillo. de cocina de 20 cms de hoja que ocultaba bajo su ropa y sorpresivamente se abalanzó sobre Casiano y le clavó el cuchillo, cayendo éste al suelo boca abajo, lugar en el que Balbino le asestó múltiples puñaladas.

Esta descripción del hecho probado integra claramente la alevosía, ya que el ataque se efectuó por la espalda, de modo sorpresivo y repentino, sin que la víctima pudiera esperarlo y sin que frente al mismo pudiera oponer defensa alguna. Esta forma de ejecutar la acción sitúa a la víctima en la posición de inferioridad pretendida por el autor, sin que la resistencia posterior haga desaparecer la alevosía que caracteriza al ataque inicial, pues no existe en ningún momento una interrupción de la agresión que permita apreciar una solución de continuidad que autorice una valoración diferente de la conducta posterior al acto inicial.



Dados los hechos probados, es claro que la recurrente se percató sin dificultad de la situación creada junto con el coacusado, ofreciendo a la víctima el consumo de cocaína en un ambiente de confianza, y asimismo de la forma en la que se ejecutó el hecho, lo que determina su responsabilidad penal por el mismo con sus circunstancias.

En consecuencia, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el cuarto motivo, en relación con el anterior, señala la recurrente que, siendo calificada su conducta como inducción, no consta que aconsejara la forma alevosa del ataque, ni que conociera que el coacusado actuaría de esa forma.

1. La inducción consiste en ejercer un influjo psíquico sobre otra persona, haciendo nacer en ella la voluntad de cometer un hecho delictivo concreto, sobre una víctima también específica (SSTS 421/2003, de 10-4; 503/2008, de 17-7; y 1357/2009, de 30-12). "A este respecto, doctrina y jurisprudencia acostumbra a exigir, para que concurra el dolo del inductor, no solo que éste quiera instigar una determinación criminal en el autor material del delito, sino que el inductor pretenda que el inducido realice efectivamente el hecho punible a que le induce. Por ello se habla de la exigencia de un doble dolo, que se pone en relación con el doble resultado que busca el inductor: 1) el nacimiento de la resolución delictiva en el sujeto inducido o instigado y, conseguido esto, 2) que la persona incitada y que aceptó la persuasión lleve a cabo la acción delictiva (SSTS 126/2000, de 22-3, 539/2003, de 30-4; 278/14, de 2-4 ó 155/2015, de 16-3, entre muchas otras)". (STS nº 949/2016, de 15 de diciembre).

Aunque el dolo directo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de alcanzar el resultado típico, en el dolo eventual es suficiente con el conocimiento del riesgo creado y la alta probabilidad de producción del resultado, así como la voluntad de ejecutar la conducta pese a aquel conocimiento.

El inductor, responde de la conducta ejecutada por el autor material o autor principal, en la medida en que esté abarcada por el contenido de la inducción, sin alcanzar por lo tanto aquellos aspectos que puedan considerarse un exceso respecto de aquella, salvo que se trate de desviaciones previsibles. No responderá, por lo tanto, cuando el inducido ejecute actos distintos de los comprendidos en la inducción, lo que se califica como exceso cualitativo.

En los casos de ejecución alevosa, el inductor responderá de la misma cuando, dadas las circunstancias, sea altamente probable que se llevará a cabo de esa forma.

2. En el caso, se declara probado que la recurrente le dijo al coacusado Balbino que estaba harta de Casiano porque no le hacía caso y que quería matarlo. Para ello acordó con Balbino que iba a llamar a Casiano para que acudiera al local donde ambos acusados se encontraban, manifestándole como excusa para atraerle que quería comprarle 10 gramos de cocaína, y que tras probar la sustancia que trajera, Balbino le clavaría un cuchillo del que previamente se había provisto y que había escondido entre sus ropas.

Así se desarrollaron los hechos posteriores. La recurrente llamó a Casiano requiriéndole para que acudiera al local donde le compraría cocaína; una vez aquel en el local, el coacusado preparó dos dosis y mientras Casiano se agachaba para consumir una de ellas, le atacó por la espalda propinándole la primera cuchillada.

Aunque no se pactaran los detalles de la agresión, toda la preparación de la misma está orientada a situar a la víctima en una posición de indefensión, en el convencimiento de que acudía a efectuar una venta de droga a personas a las que conocía con anterioridad, sin que pudiera suponer que iba a ser víctima de una agresión.

La recurrente no solo participó directamente en la creación de ese ambiente en el que se ejecuta la agresión aprovechando la confianza del agredido, sino que, mientras el coacusado propinaba las puñaladas, no solo no se opuso o manifestó sorpresa, sino que le dirigió palabras de aliento para que consumara la agresión, de donde es lógico deducir su aceptación a la forma alevosa del ataque.

Por todo ello, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el quinto motivo, al amparo también del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación de los artículos 66 y 68 del CP, pues sostiene que habiéndose apreciado una eximente incompleta del artículo 21.1 y una atenuante, del artículo 21.2, la pena debió reducirse en dos grados. Argumenta que se desprende de los informes forenses que la afectación de sus facultades es mucho más profunda que la que corresponde al otro acusado, por lo que no pueden tener los mismos efectos, debiendo reducirse la pena en dos grados.

1. En primer lugar ha de señalarse que solo se aprecia una eximente incompleta, si bien para apreciar la disminución de las facultades del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o para sujetar su conducta a



esa comprensión, se tiene en cuenta su padecimiento mental y el consumo de drogas o alcohol que lo ha potenciado.

2. La recurrente centra su queja en que la reducción en un grado como consecuencia de la eximente incompleta de enfermedad mental se aplica tanto al coacusado, en el que se aprecia una afectación de grado medio, como a la recurrente en la que se declara la afectación en grado elevado. Así se razona en los fundamentos jurídicos y así se consigna como probado en el relato fáctico.

En la sentencia recurrida no se examina este aspecto de la cuestión, limitándose a desestimar el motivo en relación con la alegada concurrencia de una eximente y una atenuante. En la de instancia, no se contiene ningún razonamiento que explique las razones de atribuir el mismo efecto penológico a una afectación en grado medio que a otra de grado elevado.

En estas circunstancias, el motivo debe ser estimado. Pues debe imponerse pena inferior a quien presenta una mayor disminución de su capacidad de culpabilidad derivada de una afectación de mayor grado en sus facultades.

En consecuencia, el motivo se estima.

FALLO

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

1º. Estimamos parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Crescencia, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Aragón, de fecha 6 de julio de 2020, en Rollo de apelación nº 32/2020, interpuesto contra la sentencia de 8 de noviembre de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en procedimiento sumario número 9/2018, seguida contra D. Balbino y D.^a Crescencia, por delito de **asesinato** en grado de tentativa.

2º. Declaramos de oficio las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 3718/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 12 de diciembre de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 3718/2020, interpuesto por la acusada **D.^a Crescencia**, contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Aragón, de fecha 6 de julio de 2020 en el



Rollo de apelación nº 32/2020, que desestimó los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los acusados contra la sentencia de 8 de noviembre de 2019, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en procedimiento sumario número 9/2018, procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ejea de los Caballeros, seguida contra los acusados D. Balbino y D.^a Crescencia por delito de **asesinato** en grado de tentativa, en la que se condenaba a a los acusados Balbino y Crescencia cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autores responsables de un delito de **asesinato** en grado de tentativa tipificado en los artículos 139.1.1a y 16 del Código Penal, con la concurrencia de la eximente incompleta de enfermedad mental prevista en el artículo 21.1a en relación con el artículo 20.12 del Código Penal, a las penas, para cada uno de ellos de tres años y nueve meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y cinco años de libertad vigilada para, ejecutarse una vez cumplida la pena privativa de libertad consistente en tratamiento médico externo salvo que médicamente se valore su falta de necesidad, en cuyo caso la medida consistirá en la obligación de presentarse mensualmente en el Juzgado de Guardia de la localidad en la que residan. Además, procede imponer' a los dos encausados la pena de prohibición de aproximación a Casiano , a su domicilio y a los lugares que frecuente a una distancia de 500 metros durante 6 años, y a la prohibición de comunicarse con él por cualquier medio o procedimiento durante 6 años. Por último, condenamos a los dos acusados a que indemnicen a Casiano solidariamente en la cantidad de diez mil euros (10.000,00 E), más los intereses legales desde la fecha de la sentencia. Y al pago costas procesales que no incluirán las de la acusación particular.- Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación procesal de la acusada, que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con el FJ 5º de la sentencia de casación, como consecuencia de la concurrencia de la eximente incompleta de enfermedad mental, procede reducir en dos grados la pena en atención a la afectación en grado elevado de las facultades de la recurrente. Teniendo en cuenta la gravedad del hecho, que resulta de su misma descripción, y su participación directa en el mismo, se considera pertinente la imposición de la pena de 2 años y 9 meses de prisión.

FALLO

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

1º. Condenamos a la acusada D.^a **Crescencia** como autora por inducción de un delito de **asesinato** en grado de tentativa del artículo 139.1.1ª y 16 del Código Penal, con la eximente incompleta de enfermedad mental del artículo 22.1ª en relación con el 20.1ª, a la pena de 2 años y 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2º. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Javier Hernández García