



Roj: **STS 1879/2025 - ECLI:ES:TS:2025:1879**

Id Cendoj: **28079120012025100399**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/04/2025**

Nº de Recurso: **7709/2022**

Nº de Resolución: **374/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 374/2025

Fecha de sentencia: 15/04/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 7709/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/04/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

Transcrito por: ICR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 7709/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 374/2025

Excmos. Sres.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Manuel Marchena Gómez

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 15 de abril de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por las representaciones procesales de **D. Tomás** , representado por la procuradora Dña. María de los Ángeles Castillo del Toro, bajo la dirección letrada de D. Juan José Bovet Ruiz, y **D. Alexis , (acusación particular)** , representado por el procurador D. Juan Luis Navas García, bajo la dirección letrada de Dña. Ofelia Liñan Aguilera, contra la sentencia núm. 203/2022, 21 de julio, (rollo de apelación 79/22), dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, al resolver el recurso de apelación entablado frente a la sentencia dictada con fecha 11 de noviembre de 2021, por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, por delito de asesinato en grado de tentativa, siendo parte recurrida D. Artemio y D. Bernabe , representados por la procuradora Dña. María de los Ángeles Castillo del Toro, bajo la dirección letrada de Dña. Esperanza Macarena Bovet Ruiz. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, dictó sentencia con fecha 11 de noviembre de 2021, recaída en el rollo nº 4370/2021, dimanante del sumario 1/2020 tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 11 de Sevilla, por delito de asesinato en grado de tentativa, contiene los siguientes hechos probados:

"Primero.- Sobre las 7 horas del día 27 de enero de 2019 D. Alexis y el acusado D. Tomás , cuyas circunstancias personales ya se han reseñado, coincidieron en la discoteca "La Latina", ubicada en la calle Cartografía de esta capital, de la que era propietaria D^a Inmaculada .

Segundo.- En un momento dado por razones no concretadas pero, al parecer relacionadas con una mujer, ambos comenzaron a discutir y enfrentarse verbalmente, desarrollándose un incidente en el que intervinieron los otros dos acusados, D. Artemio y D. Bernabe , igualmente circunstanciados.

Tercero.- En forma tampoco concretada los cuatro terminaron en la calle siendo agredido D. Alexis a la vez por los tres acusados que le golpeaban a base de puñetazos. En el curso de esta agresión el acusado sr. Tomás con un arma blanca de características no determinadas al no haber sido hallada, abordó por detrás al sr. Alexis asestándole primero dos golpes en la espalda con intención de acabar con su vida y a continuación otros dos golpes en el glúteo izquierdo tras lo cual se apartó sin que conste si abandonó el lugar o permaneció en las proximidades.

Cuarto.- Los golpes con arma blanca tuvieron lugar a la vista de los otros dos procesados que continuaban golpeando a la víctima, conducta en la que prosiguieron tras apartarse Tomás , llegando Artemio a golpear con una porra extensible por el cuerpo y especialmente en la cabeza a la víctima, caída en el suelo, inerte y semiinconsciente. A continuación Bernabe acercó su automóvil y entre ambos acusados introdujeron en el maletero a Alexis , a quien habían bajado los pantalones, diciendo que iban a tirarlo al río y "desgraciarlo". Ante los gritos de auxilio de la víctima que daba golpes desde el interior del habitáculo del maletero, las personas allí presentes comenzaron a reaccionar gritando que lo sacaran, que se llamara a una ambulancia y que lo dejaran salir, lo que hizo a Artemio y a Bernabe cambiar de opinión y pasar a la víctima a otro automóvil en el que uno de ellos, junto con otra persona no identificada, trasladaron a Alexis al Centro de Salud sito en la calle Mar de Alborán, desde donde fue derivado a la UCI del Hospital Virgen Macarena.

Quinto.- Como consecuencia de la agresión D. Alexis sufrió las siguientes lesiones:

- 1) una herida en la zona dorsal derecha paravertebral a nivel de dorsales bajas de uno 5 centímetros de longitud y 3 centímetros de profundidad, con trayecto a través del espacio interespinoso D10-D11 produciendo hemisección medular derecha a nivel de dichas vértebras sin hematoma intrarraquídeo, desde el cual atravesó el canal espinal en dirección oblicua hacia la base pulmonar izquierda dejando una solución de continuidad de aproximadamente 1 centímetro en el diafragma y una pequeña laceración el polo superior del riñón izquierdo.
- 2) una herida en la zona dorsal baja izquierda paravertebral de 3 centímetros de longitud y 5 centímetros de profundidad con afectación de plano muscular.
- 3) una herida al nivel del tercio inferior del glúteo izquierdo de unos 3 centímetros de longitud que penetró en masa muscular hacia arriba atravesando fascia.
- 4) una herida a nivel de la zona inferior del mismo glúteo de unos 3 centímetros de longitud igualmente atravesando fascia con penetración muscular.
- 5) hematomas y contusiones en la cara, con traumatismo facial con hematoma malar izquierdo, causadas en la agresión inicial, y una herida contusa a nivel parietooccipital izquierdo que precisó sutura en tejido celular subcutáneo causada con la porra extensible.



Sexto.- De tales lesiones sanó la víctima a los 164 días, tras recibir el 9 de julio siguiente alta de consulta de rehabilitación neurológica, todos ellos con pérdida de calidad de vida grave. Para curar precisó ingreso hospitalario, valoración por traumatología, cirugía torácica, urología y neurocirugía, pruebas complementarias de diagnóstico y, tras descartarse cirugía en heridas internas, tratamiento conservador con sutura de heridas, así como posterior tratamiento farmacológico, fisioterapia motora y reeducación esfinteriana, derivándose tras el alta hospitalaria a Unidad de lesionados medulares para continuar tratamiento rehabilitador en régimen ambulatorio.

A D. Alexis , de 32 años de edad a la fecha de los hechos le han quedado como secuelas síndrome de Hemisección medular moderado que no genera una secuela permanente de parálisis funcional absoluta en dos piernas, así como un perjuicio estético muy importante, derivado de la necesidad de utilizar silla de ruedas y de las cicatrices (cicatriz dorsal paravertebral derecha de 3.5 cm y ora dorsal para vertebral izquierda de 2 cm y cicatrices en región glútea izquierda).

Por resolución de la Junta Andalucía de 21 de agosto de 2019 al sr. Alexis le fue reconocido un grado de discapacidad del 85%, revisable el 12 de agosto de 2024, compuesto *por* un grado de limitación en la actividad del 75% a causa de paraplejia por sección medular incompleta D8 a L2 traumática, más 10 puntos por factores sociales complementarios.

Por los hechos recibió asistencia debido a un cuadro de reacción a estrés tipo ansioso que se realizó a través del médico de cabecera sin necesidad de acudir al centro de Salud Mental inicialmente, si bien, al parecer, con posterioridad en los años 2020 y 2021 ha precisado ocasionalmente asistencia especializada en Centro de Salud Mental por trastornos ansiosos depresivos o crisis de ansiedad derivadas de la situación en la que ha quedado tras los hechos, que hace que precise ayuda de terceros para gran parte de las actividades cotidianas." (sic)

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento:

" **FALLAMOS:** Condenamos a D. Artemio , D. Bernabe y D. Tomás como autores penalmente responsables de un delito intentado de asesinato ya definido, concurriendo en los dos primeros la atenuante de reparación del daño, a las siguientes penas:

- 1) DIEZ AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, para el acusado Sr. Tomás .
- 2) NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, para cada uno de los dos acusados.

Asimismo los condenamos al pago por terceras partes de las costas devengadas en esta instancia.

En pago de responsabilidades civiles:

- 1) Los tres condenados indemnizarán conjunta y solidariamente a D. Alexis en la cantidad de 450.000 euros por todos los conceptos derivados de las lesiones y secuelas causadas.
- 2) D. Artemio y D. Bernabe indemnizarán conjunta y solidariamente a D. Alexis la cantidad de 200 euros por la lesión causada en la cabeza.

En ejecución de sentencia se estará a lo prevenido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Absolvemos a D^a Inmaculada del pago de tales indemnizaciones como responsable civil subsidiaria.

Notifíquese esta sentencia al Ministerio Fiscal y a la representación de la acusadora particular, así como personalmente a los acusados y a sus respectivos representante procesal, informándoles de que contra la misma cabe interponer recurso de apelación -a resolver por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía- dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia mediante la presentación de escrito ante este tribunal en los términos del artículo 846 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal." (sic)

TERCERO.- Notificada la anterior resolución, se preparó recurso de apelación por las representaciones procesales de D. Tomás , D. Alexis (acusación particular), D. Artemio y D. Bernabe , la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, dictó sentencia núm. 203/2022, 21 de julio, cuyo fallo es como sigue:

" **FALLAMOS:** PRIMERO.- Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la procuradora D^a M^a Ángeles Castillo del Toro, en nombre y representación de Tomás , y por el procurador D. Eugenio Carmona Delgado, en nombre de Alexis , ambos contra la sentencia dictada por la Sección 7^a de la Audiencia Provincial de Sevilla el 11 de noviembre de 2021, en la causa de que dima el presente Rollo.

SEGUNDO.- Estimar en parte el recurso de apelación planteado contra dicha resolución por la procuradora D^a M^a Ángeles Castillo del Toro, en nombre y representación de Artemio y de Bernabe, absolviendo a dichos procesados del delito de asesinato que se les imputaba, condenándoles en su lugar, como autores de un delito de lesiones con instrumento peligro, antes definido, concurriendo en ambos la agravante de alevosía y la atenuante de reparación del daño, a la pena de TRES (3) AÑOS DE PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, a cada uno de ellos, y a que indemnicen conjunta y solidariamente a Alexis en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por las lesiones que le ocasionaron, las descritas en el apartado 5º del hecho probado quinto de la sentencia, se determinará en ejecución de sentencia a la vista del informe médico forense emitido, manteniéndose el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida.

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Únase certificación de esta sentencia al Rollo de Sala y notifíquese al Ministerio Fiscal y a las partes a través de su representación procesal en la forma prevenida en el art. 248.4 LOPJ, instruyéndoles que contra la misma no cabe interponer recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 847.2 LECrim.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales al tribunal de procedencia, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que se dicte por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, para que se proceda a la ejecución de lo definitivamente resuelto." (sic)

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución, se preparó recurso de casación por las representaciones procesales de D. Alexis, (acusación particular) y de D. Tomás, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- Las representaciones procesales de los recurrentes formalizaron sus recursos alegando los motivos siguientes:

RECURSO DE D. Tomás.

El recurrente no menciona el motivo o motivos por los que pretende interponer el recurso de casación, en los fundamentos de derecho de su escrito afirma que será desarrollado, por infracción de ley.

RECURSO DE D. Alexis (acusación particular).

ÚNICO.- "Por interés casacional, al amparo del art. 849.1 LECrim. por contravenir la sentencia la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo".

SEXTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 9 de abril de 2.025.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia de fecha 11 de noviembre de 2021, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el rollo núm. 4370/2021, sumario ordinario núm. 1/2020 tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 11 de Sevilla, condenó al acusado Tomás, como autor de un delito intentado de asesinato a la pena de 10 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Asimismo, condenó a los acusados Bernabe y Artemio a la pena de 9 años de prisión a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Esta sentencia fue recurrida en apelación. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó parcialmente el recurso entablado, anuló la condena impuesta a Bernabe y a Artemio y los declaró autores responsables de un delito de lesiones con instrumento peligroso, concurriendo en ambos la agravante de alevosía y la atenuante de reparación del daño, condenándolos a la pena de 3 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se interpone ahora recurso de casación por la representación legal de Alexis, en el ejercicio de la acusación particular. Se impugna también la sentencia por la representación legal del principal condenado, Tomás.

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación de ambos recursos.

RECURSO DE Tomás

2.- La defensa del acusado hace valer un motivo único que, si bien se mira, no está formalmente anunciado en los términos que exige el art. 874 de la LECrim. En la fundamentación jurídica y con carácter previo, se anticipa

que la base argumental del recurso va a ser por infracción de ley. Sin embargo, su desarrollo está plagado de consideraciones probatorias que desbordan el marco procesal que autoriza el art. 849.1 de la LECrim.

Se queja la defensa de que a lo largo de los hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se contengan frases como "...por razones no concretadas, en forma tampoco concretada, como consecuencia de...". Al mismo tiempo, se subrayan las coincidencias valorativas de la sentencia dictada en la instancia y la que fue dictada en apelación respecto de los coacusados.

Se reivindica un error de calificación al estimar que los hechos imputados a Tomás son constitutivos de un delito de asesinato y no de lesiones consumadas, tal y como fue apreciado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía al valorar la secuencia fáctica que desembocó en el apuñalamiento de Alexis. Las heridas -se aduce- carecían de entidad para poner en peligro su vida y así fue puesto de manifiesto por la prueba pericial médico-forense.

No existió alevosía, pues "...bajo ningún concepto se pretendía conseguir la anulación de la defensa de la víctima, todo ello pues existía una muchedumbre alrededor cuando ocurrieron los hechos". No hubo indefensión, pues fue ayudado por otros testigos e incluso trasladado a un centro hospitalarios.

Su línea argumental se completa con la idea de que no hubo nada en las relaciones previas entre autor y víctima, en la actitud posterior al hecho o en el medio empleado por el acusado, que invite a entender que hubo intención de matar. Las cuchilladas no fueron inferidas en una zona vital. Todas ellas tenían prácticamente la misma altura y en ningún caso llegó a correr peligro la vida de la víctima.

La defensa reprocha a la sentencia recurrida que no haya apreciado un desistimiento activo por parte de Tomás, actitud que quedó claramente reflejada en el relato de hechos probados. El acusado se marchó después de comprobar que la víctima se encontraba asistida por el resto de los acusados. Alexis se hallaba en el maletero del coche para ser trasladado al hospital: "...se va por tanto con la certeza de que la víctima había sido socorrida y que, por tanto, junto con el desistimiento de su acción al cesar en las puñaladas, ya se había evitado el resultado de muerte".

También atribuye a la víctima un "...notorio ánimo recaudatorio" que le ha llevado a magnificar las lesiones con el fin de obtener una indemnización que convierta a los tribunales "...en una oficina recaudatoria".

El motivo no es viable.

2.1.- La queja del recurrente entremezcla su desacuerdo con la calificación de los hechos como constitutivos de una tentativa de asesinato con la insuficiencia de las pruebas para sostener el juicio histórico. Considera que no hay base fáctica para apreciar la alevosía, que no hubo *animus necandi* y, en fin, que el acusado desistió de la acción entablada y, por consiguiente, merece la rebaja en dos grados de la pena finalmente impuesta.

2.1.1.- La existencia de una voluntad homicida ejecutada mediante un acto alevoso fluye del relato fáctico.

En él se describe el inicio de una pelea, ya fuera de la discoteca, entre los otros dos acusados y la víctima. Es en ese instante cuando Tomás se suma a la trifulca "... con un arma blanca de características no determinadas al no haber sido hallada, abordó por detrás al sr. Alexis asestándole primero dos, golpes en la espalda con intención de acabar con su vida y a continuación otros dos golpes en el glúteo izquierdo tras lo cual se apartó sin que conste si abandonó el lugar o permaneció en las proximidades".

Y así lo justifica la sentencia que es objeto de recurso: "...la reiteración en las acometidas (cuatro, dos de ellas en la zona dorsal paravertebral), la parte del cuerpo a la que se dirigieron las dos últimas (que alberga órganos vitales, como conoce cualquier hombre medio), el empleo de un arma blanca y la intensidad de los golpes infligidos (llegando uno de ellos impactar entre las vértebras dorsales D10 y D11, llegando a seccionar la médula, y continuando hasta alcanzar el pulmón izquierdo y el polo superior del riñón del mismo lado), demuestran bien a las claras que la intención del acusado era acabar con la vida del Sr. Alexis, lo que no consiguió por causas ajenas a su voluntad, no existiendo un desistimiento voluntario, pues el hecho de que no insistiera en el ataque obedeció más bien a la necesidad de ausentarse del lugar para que no lo detuvieran y para dificultar su identificación por parte de las numerosas personas que allí llegaron a congregarse".

Que se trató de un ataque alevoso es también razonado en el FJ 2º: "...la presencia de la alevosía también es incuestionable, pues tras la inicial agresión de los tres acusados, cuya superioridad numérica disminuía las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, Tomás se separó de ellos y lo atacó súbita y sorpresivamente por la espalda, privándole de cualquier posibilidad de defensa, con lo que estamos ante una mezcla de las denominadas alevosía proditoria y sorpresiva".

La defensa intenta minimizar el alcance de las heridas con referencia a un informe posterior que demostraría que las secuelas que padece Alexis han sido sobredimensionadas con el fin de obtener una indemnización



más cuantiosa. Sin embargo, más allá de esa afirmación no recogida en la instancia ni en la sentencia de apelación, lo cierto es que la evolución ulterior de unas secuelas, por más que afortunadamente fuera positiva, no permiten un juicio retrospectivo para relativizar su objetiva gravedad y el riesgo que podían haber representado para el caso en el que el curso natural de su evolución se hubiera ajustado a la inicial voluntad del agresor.

La tipicidad de los hechos, tal y como ha sido fijada por el Tribunal de instancia, cuenta con una base probatoria que aleja cualquier duda sobre el carácter incriminatorio de la prueba ponderada por el Tribunal *a quo*. La declaración de la víctima, la corroboración que ofrece el testigo protegido núm. NUM000, la declaración de los policías que practicaron las primeras diligencias y se entrevistaron con la víctima y, en fin, el informe pericial prestado por el médico forense acerca de la lesividad de las heridas son elementos que han permitido construir el juicio de autoría más allá de cualquier duda razonable.

2.1.2.- No podemos apreciar el desistimiento voluntario que sugiere, con cierto desorden sistemático, el motivo.

La jurisprudencia de esta Sala, para ilustrar de forma gráfica la noción de desistimiento, se ha valido de la expresión de un clásico tratadista que identificaba su contenido con la actitud de quien se hace la siguiente composición: "...no quiero, aunque puedo" (STS 1793/2002, 31 de octubre). La esencia del desistimiento es, pues, la evitación voluntaria de la consumación del delito, esto es, la existencia de un *actus contrarius* del autor que comenzó la ejecución del delito que neutraliza la progresión del acontecer delictivo hacia la lesión del bien jurídico (STS 294/2012, 26 de abril). También hemos apuntado la necesidad de diferenciar entre el " *desistimiento en sentido propio*", o "arrepentimiento eficaz", que supone una interrupción de la actuación delictiva llevada a cabo en el curso de la ejecución del ilícito que, de esta forma, se ve interrumpida antes de su conclusión y de alcanzar el resultado; y el llamado "desistimiento activo", que consiste en la evitación voluntaria de la consumación del delito, impidiendo la producción del resultado, a pesar de haber realizado previamente el autor todos los actos a él conducentes, como dispone uno de los supuestos del apartado 2 del artículo 16 del Código Penal. De hecho, el referido precepto lo configura como excusa absolutoria incompleta, que excluye la responsabilidad penal del agente ambas formas de desistimiento (cfr. SSTs 86/2015, 25 de febrero; 1188/2010, 30 de diciembre y 456/2009, 27 de julio, entre otras muchas).

En efecto, como expresa el Fiscal, el relato de hechos probados describe un acometimiento completo por parte de Tomás a la víctima. La ejecución alcanzó un grado de desarrollo que no hace posible proclamar una acción positiva del acusado encaminada a evitar de manera eficaz el resultado. Y en esto consiste precisamente el desistimiento voluntario que por razones de política criminal privilegia el art. 16.2 del CP.

Nada hay en el factum que sugiera una actuación por parte de Tomás que pueda ser calificada como desistimiento. El acusado ni siquiera afirma haber llevado a la víctima al hospital o reclamar asistencia médica urgente. No hubo, en definitiva, un comportamiento capaz de contribuir, directa o indirectamente, a evitar el riesgo que él mismo generó con su acción. La afirmación del recurrente de que el acusado se ausentó del lugar cuando comprobó que el herido estaba siendo ya atendido, además de no respetar el relato de hechos probados, no comporta una acción eficaz y personal en evitación del resultado como se exige para apreciar el desistimiento.

Se impone, en definitiva, la desestimación del recurso (arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim).

RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

3.- La defensa de la víctima interpone un único motivo anunciado en los siguientes términos: " *por interés casacional al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la ley de enjuiciamiento criminal al oponerse y contravenir la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial de este alto tribunal*"

Estima el recurrente que los acusados Artemio e Bernabe -inicialmente condenados por la Audiencia Provincial como autores de un delito intentado de asesinato y absueltos de este delito en virtud del recurso de apelación, que los consideró responsables de un delito consumado de lesiones- actuaron conjunta y coordinadamente con el autor del apuñalamiento, Tomás , y todos ellos participaron del mismo designio criminal encaminado a acabar con la vida de Alexis . La actuación alevosa de Tomás fue claramente asumida por los otros que, en una clara progresión delictiva incurrieron en la alevosía por desvalimiento, habida cuenta de la situación en la que se encontraba el agredido, tirado en el suelo, ensangrentado, semiinconsciente e inerte.

El motivo no puede prosperar.

3.1.- La decisión del Tribunal Superior de Justicia de alterar el título de imputación que debería afectar a cada uno de los acusados está razonablemente expuesta en el FJ. 4º de su sentencia. Parte de la base de una

ausencia probatoria para poder afirmar la existencia de un previo concierto entre los tres acusados para acabar con la vida de Alexis. Estiman los Magistrados que conocieron de la apelación que el episodio agresivo que tuvo como desenlace las graves heridas de Alexis se fragmentó en dos secuencias fácticas claramente diferenciadas y que no pueden ser integradas en un propósito compartido y ejecutado por los tres acusados.

Resulta aconsejable para valorar su coherencia la transcripción literal del argumento que ha llevado a considerar a Artemio e Bernabe como autores de un delito consumado de lesiones con instrumento peligroso. Parte de la premisa de que "... la sentencia distingue en el desarrollo de los hechos dos partes claramente diferenciadas, una primera en la que intervinieron los tres acusados y que culminó con el apuñalamiento de Alexis, y una segunda en la que sólo participaron Bernabe y su tío Artemio, pues Tomás se apartó del grupo, desconociéndose si abandonó el lugar o permaneció en los alrededores".

Y añade:

"... En el caso que nos atañe cabe descartar la existencia de un concierto previo entre los tres acusados para acabar con la vida del Sr. Alexis, pues el altercado se originó en el interior de la discoteca, entre él y Tomás, no por rencillas anteriores, sino al parecer por una disputa relacionada con alguna mujer, o por un empujón fortuito.

Artemio, que era portero del establecimiento, y su sobrino Bernabe, se sumaron al Sr. Tomás, y los tres golpearon a Alexis con las manos, terminando todos en la calle, surgiendo de este modo entre los tres, de forma implícita y simultánea a la acción, un acuerdo para agredirlo conjuntamente, no habiendo razones para pensar que en ese instante inicial hubieran decidido matarlo,

Instantes después Tomás sacó el arma, que probablemente llevaría escondida, pues nadie declaró haberla visto con anterioridad, y de forma inopinada y rápida atacó por la espalda a su oponente, quitándose de en medio.

Se desconoce la posición relativa que en ese Instante ocupaba cada uno de los acusados, aunque de la declaración de la víctima se deduce que Tomás se encontraba detrás suya (dijo que mientras era agredido notó un pinchazo en la espalda, se volvió, y lo vio), mientras que los otros dos estaban frente a él.

No consta que los recurrentes conocieran que Tomás portaba el arma, pero es muy probable, como argumenta el tribunal de instancia, que se percataran del apuñalamiento pues en aquel momento seguían peleándose con Alexis y debieron advertir que estaba sangrando.

Sin embargo, como ocurrió con extraordinaria rapidez (recordemos que la testigo protegido nº NUM001 dijo que fue "un visto y no visto"), no se puede presumir en su contra que en aquel momento fueran conscientes de la gravedad de las lesiones, ni de que la víctima había perdido la fuerza en las piernas, no constando que decidieran sumarse al Sr. Tomás en su propósito de acabar con la vida de Alexis, sino que más bien parece que lo que hicieron fue continuar con la agresión que habían iniciado minutos antes, utilizando entonces Artemio una porra, lo que supuso un incremento de la violencia del ataque, y con el que ocasioné a la víctima herida contusa a nivel parietooccipital izquierdo que precisó sutura.

En definitiva, no resulta acreditado que los recurrentes conocieran el propósito de Tomás, ni que se unieran a él para, entre los tres, acabar con la vida de Alexis, y si bien es cierto que con sus actos y expresiones posteriores (introduciéndolo en el maletero de un vehículo, mientras decían que lo iban a tirar al río), exteriorizaron esa supuesta intención, lo cierto es que poco después demostraron que no habían pensado realmente hacerlo, o desistieron de su propósito. Y no solo eso, sino que, una vez fueron conscientes de que las lesiones que había ocasionado el Sr. Tomás podían revestir gravedad, decidieron que había que trasladarlo en un vehículo a un centro de salud, lo que hizo uno de ellos junto con un tercero, no limitándose a dejarlo en la puerta, sino que lo introdujeron en su interior, acompañándolo junto al celador que conducía la silla de ruedas en donde lo habían sentado, como se puede ver en las imágenes captadas por las cámaras allí instaladas".

3.2.- A la vista de esta línea de razonamiento, plenamente coherente con la doctrina de esta Sala y con la más elemental exigencia del principio de la responsabilidad por el hecho propio, no estamos en condiciones de voltear la tipicidad que llevó al Tribunal Superior de Justicia a etiquetar la acción de los acusados Artemio e Bernabe como constitutivas de un delito de lesiones consumadas.

La apreciación de coautoría se apoya necesariamente en una doble vertiente. Una de carácter subjetivo que exige una deliberación previa realizada por los autores, con o sin expreso reparto de papeles, que puede incluso presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o en todo caso muy brevemente anterior a ésta; y otra de naturaleza objetiva. Y hemos incluso subrayado que el simple acuerdo de voluntades o "societas sceleris" no es suficiente para configurar el concepto de autor. Como apuntábamos en la STS 154/2002 de 5 de febrero, debe ir acompañado de un reparto de funciones dirigidas todas a la consecución del objetivo común asumido, y que sean relevantes para el éxito del plan proyectado, de suerte que aunque exista el acuerdo común no podrá

legalmente calificarse de coautoría la participación en el delito de quien desempeña una función subsidiaria sin suficiente relación causal y eficacia con el resultado perseguido; pero sí cuando el individuo aporta una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos, porque si el sujeto no ha ejecutado personalmente los actos materiales que integran el núcleo del tipo, pero ha desempeñado funciones asignadas en el plan común, relevantes, principales y causalmente decisivas, en este caso la aportación revela el dominio funcional sobre el hecho a realizar (cfr. SSTs 516/2012, 15 de junio; 1280/2009, 9 de diciembre; 1031/03, 8 de septiembre; 1497/03, 13 de noviembre; 1564/03, 25 de noviembre; 56/04, 22 de enero; 251/04, 26 de febrero; 415/04, 25 de marzo, entre otras muchas).

La ruptura del título de imputación en supuestos de naturaleza similar al que ahora es objeto de análisis conoce numerosos precedentes. La STS 1280/2009, 9 de diciembre, es un claro ejemplo: "...ni en la inicial agresión sufrida por la víctima en la cabeza aparece intervención o aportación objetiva alguna del recurrente, de mínima relevancia o significación para el dominio funcional del hecho, ni la que luego desarrolla con patadas sobre la víctima caída es una participación adhesiva o sucesiva por no ser causal respecto a las lesiones en la cabeza al estar éstas ya producidas por la acción de los otros cuando el ahora recurrente interviene. Esta acción de las patadas propinadas por el acusado, y desconectadas en lo que a él se refiere de la acción lesiva conjunta de los otros dos acusados, integra sin embargo una falta de maltrato de obra del art. 617.2 del Código Penal de lo que este recurrente es autor".

La Sala hace suyas las palabras del Fiscal cuando en términos conclusivos señala que no habiéndose probado que los coacusados conocieran previamente que el autor de las puñaladas portaba un arma blanca, ni un concierto previo para acabar con la vida del oponente, que no se desprende de los golpes recibidos tras el apuñalamiento que se suceden con rapidez y sin solución de continuidad, no puede afirmarse que concurra el ánimo de matar como elemento subjetivo del injusto en la conducta desarrollada por los coacusados, que tampoco puede predicarse de los actos posteriores, pues si bien es cierto que manifestaron su propósito de arrojar al río a la víctima tras introducirle en el maletero del vehículo desistieron de su propósito trasladándole uno de ellos al centro hospitalario. Por tanto, bien porque no se considera acreditado el elemento subjetivo o bien porque concurre un desistimiento voluntario, negado por el órgano de instancia pero que se desprende con naturalidad del propio relato fáctico cuando se declara probado que ante los gritos de las personas allí reunidas cambiaron de opinión y trasladaron al herido a un centro hospitalario, decisión voluntaria que encaja en el desistimiento en los términos en los que lo ha interpretado la doctrina jurisprudencial.

3.3.- Otra razón se opone a la viabilidad del recurso entablado por la acusación particular. Nos referimos a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional -plenamente asumida por esta Sala- que impide agravar una sentencia que incorpora una decisión que nos ajena a la valoración probatoria de los hechos, ya sea en la instancia, ya en la apelación.

Hemos reiterado -recuerdan las SSTs 171/2022, 24 de febrero; 170/2022, 24 de febrero; 494/2021, 8 de junio; 645/2014, 6 de octubre; 1032/2010, 25 de noviembre; SSTC 157/2013, 23 de septiembre; 45/2011, de 11 de abril, FJ 3; 170/2002, 30 de septiembre- que cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. De tal manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado.

Ahora bien, la STC 157/2013, 23 de septiembre -con cita de la STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4- puntualiza que " *el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales*", siendo por ello precisa la previa audiencia de los acusados, pronunciamiento consecuente con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que cita la sentencia, (SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso *Lacadena Calero c. España*, §§ 46 a 49 ; y de 13 de diciembre de 2011, caso *Valbuena Redondo c. España*, §§ 37 y 39), y con otros posteriores en idéntico sentido (SSTEDH de 20 marzo 2012, caso *Serrano Contreras c. España*, §§ 37 a 39 ; y de 27 de noviembre de 2012, caso *Vilanova Goterris y Llop García c. España*, § 35)".

La singular configuración de la casación penal como un recurso de naturaleza extraordinaria que no puede subvertir lo resuelto en la instancia -o en la apelación- a partir de una valoración probatoria de los elementos que integran la estructura del tipo penal, cierra cualquier posibilidad de estimación de las alegaciones de la acusación particular (art. 885.1 de la LECrim).



4.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación, interpuestos por las respectivas representaciones legales de **D. Tomás y de la acusación particular ejercida por D. Alexis**, contra la sentencia núm. 203/2022, 21 de julio, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en respuesta al recurso de apelación promovido contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla con fecha 11 de noviembre de 2021, recaída en el rollo núm. 4370/2021, sumario 1/2020 tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 11 de Sevilla.

Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas y a la acusación particular a la pérdida del depósito para recurrir si hubiera llegado a constituirlo.

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

Así se acuerda y firma.