



Roj: **STS 1161/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1161**

Id Cendoj: **28079120012020100214**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/05/2020**

Nº de Recurso: **10437/2019**

Nº de Resolución: **229/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 4095/2019,**
STS 1161/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 229/2020

Fecha de sentencia: 26/05/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10437/2019 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/03/2020

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

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala Civil y Penal

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10437/2019 P

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 229/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Dª. Ana María Ferrer García

Dª. Susana Polo García



D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 26 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10437/2019P, por infracción de Ley y de precepto Constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por **D. Jose María**, representado por la procuradora D^a. Amparo Ivana Rouanet Mota, bajo la dirección letrada de D. Miguel Angel Chamorro Domínguez, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 13 de mayo de 2019, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto por el acusado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7^a (rollo número 12/2017), con fecha 26 de marzo de 2018, por delito de homicidio intentado y robo con violencia. En calidad de parte recurrida, la acusación popular Ayuntamiento de DIRECCION000, representado por la procuradora D^a. Rosa Sorribes Calle, bajo la dirección letrada de D. Emilio J. Segri Boada.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7^a, el rollo de sala número 12/2017, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 4 de DIRECCION001, sumario número 2/2017, se dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2018, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- Se declara probado que sobre las 0:00 horas del día 1 de octubre de 2016, la víctima Luis Francisco, se encontraba en la puerta de un establecimiento de la ciudad de DIRECCION000 de ambiente "gay", condición que ostenta el mismo, en compañía de un amigo, besándose, el acusado junto a otras personas, entre ellos un menor de edad, ya juzgado y condenado por el juzgado de menores nº 2 de esta ciudad, presenciaron los hechos, riéndose y burlándose.

Sobre las 4:30 horas el señor Luis Francisco abandonó el establecimiento y fue hacia la playa, donde se encontró con el acusado y sus acompañantes, donde se volvieron a burlar de él. Desde el lugar se dirigió a la estación de tren, siendo seguido por el acusado y sus acompañantes. El Sr. Luis Francisco se sentó en un banco, donde se quedó dormido, debido a la hora y al consumo de bebidas alcohólicas. El procesado y el menor entraron tras él, con intención de darle un "palo" según comunicaron a un acompañante Agustín, quien se negó a ello.

El acusado y el menor se sentaron en el mismo banco, manifestando el menor que "te vamos a asaltar". El procesado con una piedra de grandes dimensiones, le golpeó en la cabeza, lo que dió lugar a que la víctima cayera al suelo, donde fue golpeado, con piedras recogidas en las vías, por los dos, dándole el procesado una fuerte patada en la cabeza. Mientras ello ocurría, el menor decía que lo mataría a pedradas, como se hacía en su país con los maricones. El señor Luis Francisco debido a los golpes estaba completamente aturdido; lo que aprovecharon para sustraerle sus pertenencias, el móvil, el cargador, 60 euros y diversa documentación. Todo valorado en 45 euros. El procesado y el menor abandonaron el lugar riéndose. La víctima debido a su estado cayó en las vías del tren, de donde fue rescatado por dos personas. Dos minutos después pasó el tren.

El señor Luis Francisco sufrió las siguientes lesiones:

Hemorragia subaracnoidea de origen traumática, que podría haber ocasionado la muerte de la víctima de forma instantánea; herida suturada retroauricular derecha: herida suturada occipito-temporal; hematoma en resolución en ojo **derecho**; excoriación malar derecha, redondeada de 2 cm, con depresión y pérdida de sustancia en la piel; herida suturada de 2 cm, en mucosa del labio superior; excoriaciones en fase de resolución, inerescapular y en hombro **derecho**; equimosis en resolución en 1/3 inferior, cara interna del muslo izquierdo.

Tardó en curar 49 días, con 1 día de ingreso hospitalario. Restándole como secuelas 4 cicatrices(sic)".

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

"Condenarnos al procesado Jose María como autor de:

1º) un delito de homicidio en grado de tentativa y

2º) un delito de robo con violencia, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad agravantes de abuso de superioridad y cometer el delito por la orientación sexual de la víctima, a las penas de:

Por el primer delito, siete años, seis meses y un día de prisión, inhabilitación especial del **derecho** de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, prohibición de acercarse a la víctima a una distancia de 1000 metros y a mantener cualquier tipo de contacto con la misma por el plazo de nueve años;



Por el segundo delito pena de cuatro años y seis meses de prisión, inhabilitación del **derecho** de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, pago de las costas procesales, incluidas las causadas por la acusación particular.

Por vía de responsabilidad civil abonará a Luis Francisco la cantidad de 21.105 euros, como indemnización de perjuicios. Acredítese la solvencia del procesado(sic)".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el acusado; dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 13 de mayo de 2019, cuya parte dispositiva es la siguiente:

"DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la **defensa** de Jose María contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 26 de marzo de 2018, en sus autos de Sumario num. 12/2017 y, en su consecuencia, CONFIRMAR aquella Sentencia, declarando de oficio el pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia(sic)".

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por la representación procesal de **D. Jose María**, 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 del recurrente **D. Jose María**, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Por infracción de precepto de la Constitución, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender la representación del condenado que se ha infringido precepto constitucional sustantivo en la aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 5.4, en relación con la Constitución española en su artículo 24 por haberse vulnerado el principio de presunción de inocencia de Jose María, así como también, al entender de esta parte, el principio fundamental de "in dubio pro reo" recogido y consagrado en el mismo artículo y texto legal, **derecho** básico y fundamental a la presunción de inocencia. Además de lo expuesto, y a la luz del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también entendemos que se ha infringido precepto penal sustantivo en la aplicación indebida de los artículos 16, 62 y 138, además del 242 y 22.4, todos Código Penal que definen el tipo delictivo del homicidio intentado y el robo con violencia además de sus agravantes y no se ha considerado la incongruencia en la prueba testifical de la víctima, dicho con respeto, quien ha manifestado nuevos aspectos relevantes añadidos en cada ocasión.

2.- Por infracción del Art. 138 en relación con el 148 C.P. ya que en este caso no resulta posible, por sobredimensionado, aplicar el concepto de homicidio intentado y si en todo caso el de lesión, pues al acusado no portaba instrumentos peligrosos ni queda acreditado que los usara, ya que en las confusas imágenes de grabación solo se observa su presencia cerca de la víctima, pero no el detalle de lo que ocurre..., insiste el acusado en que eligieron a la víctima al azar...

3.- Resulta indebida la aplicación del Art. 22. 2 C.P. de agravante de abuso de superioridad, ya que en todo caso se habría tratado de unas lesiones producidas por dos personas, una menor de edad -a quien además no se le aplicó esa circunstancia en el juicio que terminó condenándolo-, a otra tercera, la víctima, sin que esta diferencia represente de verdad la superioridad buscada, mas si consideramos que la corpulencia de los tres es muy similar, incluso mas frágil la del condenado y el menor.

4.- Como hemos plasmado arriba, no hay prueba alguna definitiva y admisible que certifique el animo de atacar dada la orientación sexual de la víctima, ni mucho menos de la pretendida pertenencia del acusado a grupos que se dedican a hacerlo así de forma sistemática, todo lo que nos sitúa ante la indebida aplicación del Art. 22. 4 como agravante.

5.- Resulta indebida la aplicación del Art. 242 del C.P. pues una vez mas se atribuye de manera insostenible al acusado la sustracción de efectos, del ovil, de dinero y demás a la víctima, cometiendo robo con violencia, cuando esto no ha sido acreditado por nadie y, por el contrario, ha sido asumido solo por el menor, sin que al acusado le constara nada ni en ese momento ni después.

6.- En la sentencia que condena al menor actuante en estos mismos hechos se fija, con anterioridad a esta sentencia recurrida, una cantidad de 10.537€ en concepto de indemnización, lo que debería haber sido considerado para introducir ese mismo concepto para este juicio al acusado adulto, que, en todo caso sería responsable de su abono junto al acusado menor de edad y los padres de aquel, por lo cual entendemos que se esta duplicando de forma muy gravosa e indebida esta condena (pago de indemnización como R.C.) al acusado ahora recurrente.

7.- El acusado, en el momento de los hechos, aun no reuniendo los requisitos para ser tratado de manera mas beneficiosa, en razón de su edad, si que tenia tan solo 2 años mas que el menor de edad también condenado.



que además fue el que intervino como principal artífice de lo ocurrido, produciendo mas daño.., todo lo que nos permitiría abordar la aplicación de las penas en sus términos mas favorables para el acusado adulto que ahora recurre. y es por lo que invocamos la indebida aplicación del Art. 69 del C.P.

SEXTO.- Instruida la parte recurrida y el Ministerio Fiscal del recurso 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.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día 12 de Marzo de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª, condenó al acusado Jose María como autor de un delito de homicidio intentado y de un delito de robo con violencia, con las agravantes de abuso de superioridad y de cometer el delito por la orientación sexual de la víctima, a las penas de siete años, seis meses y un día de prisión por el primer delito y de cuatro años y seis meses de prisión por el segundo, con las accesorias correspondientes y con prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima por un periodo de nueve años, así como a indemnizar a la víctima en la cantidad de 21.195 euros. Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia. Y contra esta última sentencia interpone recurso de casación. En un escrito que no respeta las exigencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) en cuanto a la separación de los motivos y a la necesidad de iniciar la exposición de cada uno con un breve extracto individualizado suficientemente expresivo del contenido de la queja, alega, en primer lugar, infracción de precepto constitucional por vulneración de la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo, pues entiende que no hay prueba válida que acredite su presencia con antelación a los hechos ocurridos en la estación de tren, lo que eliminaría la pretendida burla sobre la orientación sexual de la víctima, y sostiene que solo se ha probado su participación en unas lesiones producidas cuando dio una patada a la víctima.

En segundo lugar, alega infracción del artículo 138 del Código Penal (CP) considerando sobredimensionada la aplicación del homicidio, pues no portaba instrumentos peligrosos ni queda acreditado que los usara, ya que en las imágenes de la grabación solo se observa su presencia cerca de la víctima pero no el detalle de lo que ocurre.

En tercer lugar, alega la indebida aplicación del artículo 22.2 CP, abuso de superioridad, ya que en definitiva se trataría de lesiones producidas por dos personas a una, de corpulencia muy similar.

En cuarto lugar, insiste en que no hay prueba que certifique el ánimo de actuar dada la orientación sexual de la víctima.

En quinto lugar, alega la indebida aplicación del artículo 242 CP pues no ha sido acreditado que sustrajera efecto alguno.

En sexto lugar, argumenta que la indemnización acordada es superior a la señalada en el juicio en el que se condenó al menor que lo acompañaba en los hechos.

Y en séptimo lugar, interesa que se aplique el artículo 69 CP, dada la edad del recurrente.

1. Con carácter preliminar conviene señalar que no es irrelevante el incumplimiento de las exigencias previstas en la LECrím, en especial artículo 874, en relación a la formalización del recurso de casación. No solo están orientadas a una mejor tramitación del recurso, sino, principalmente, a permitir a las otras partes y, finalmente al Tribunal, un correcto entendimiento de lo que se alega y de las razones concretas esgrimidas por el recurrente, con la irrenunciable finalidad de permitir un adecuado debate sobre lo planteado y una adecuada resolución sobre cada una de las quejas de la parte recurrente, en orden al respeto al principio de contradicción y a la tutela judicial efectiva de todas las partes.

En algún caso será posible apoyar la inadmisión del recurso en lo previsto en el artículo 884.4º de la LECrím.

Por otro lado, como se recordaba en la reciente STS nº 16/2020, de 28 de enero, aunque esta Sala " *ha tendido a aminorar el rigor formal de la casación alentada por los principios y jurisprudencia constitucionales (vid. SSTC 123/1986, de 22 de octubre o 122/1996, de 22 de noviembre), no sobra reseñar que la jurisprudencia del TEDH estima ajustado a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos un mayor rigorismo formal en casación (Decisión de 20 de abril de 1999 recaída en el asunto MOHR v. Luxemburgo; Decisión de igual fecha recaída en el asunto DE VIRGILIS v. Italia o STEDH de 13 de octubre de 2016, asunto TALMANE)*".



Mayor rigor formal que en la actualidad encuentra justificación en la generalización de la doble instancia, existiendo un previo recurso de apelación que permite que el recurso de casación recupere su auténtica esencia.

2. El **derecho** a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo, (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), lo cual 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, 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 objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables. 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.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar, de un lado, la regularidad de la prueba utilizada, es decir, su ajuste a la Constitución y a la ley, y, de otro lado, la racionalidad del proceso argumentativo. Esta forma de proceder en el control de la racionalidad del proceso valorativo no implica que el Tribunal que resuelve el recurso pueda realizar una nueva valoración de las pruebas cuya práctica no ha presenciado, especialmente las de carácter personal. Se trata, solamente, de comprobar que el Tribunal de instancia se ha ajustado a las reglas de la lógica, no ha desconocido injustificadamente las máximas de experiencia y no ha ignorado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, su valoración de las pruebas no ha sido manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente.

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 deberá haber procedido a las comprobaciones antes mencionadas. En consecuencia, en estos aspectos, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de **Derechos** Civiles y Políticos, en cuanto reconoce el **derecho** de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior.

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

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

3. En el caso actual el recurrente se limita a alegar, de forma muy genérica, lo que ya había planteado en el recurso de apelación. Es decir, que no existe prueba que acredite: que intervino antes de los hechos que tuvieron lugar en la estación de tren; que portara o usara instrumentos peligrosos; que atacaron a la víctima por su condición sexual; que haya sustraído efecto alguno; o que haya hecho algo más que propinar una patada



a la víctima. Además, reiterando alegaciones del recurso de apelación, insiste en que no se ha valorado la inconsistencia de las declaraciones de la víctima ni tampoco que el acusado negó los hechos.

En realidad, al no contener el recurso de casación ninguna argumentación orientada a cuestionar la respuesta dada en apelación a sus alegaciones, cabe remitirse al contenido de la sentencia aquí impugnada, en la que de forma expresa, ordenada, clara y detallada, se exponen de forma acertada las razones existentes para desestimar las alegaciones de la parte recurrente.

No es preciso reproducir aquí la sentencia impugnada, pero baste recordar que en sus razonamientos se mencionan analíticamente las pruebas valoradas por el Tribunal de instancia, entre ellas, la declaración del propio acusado, las de la víctima y las de otros testigos. Entre ellos, Eliseo, que presencié los hechos y que los relató al Tribunal de forma esencialmente coincidente con la versión de la víctima, que igualmente declaró en el juicio oral.

Del mismo modo se valora la declaración de Agustín, que acompañaba al acusado y al menor y que manifestó que se negó a entrar en la estación con sus amigos al decirle que iban a dar un palo, con lo que no estaba de acuerdo, colaborando posteriormente con el anterior testigo para ayudar a la víctima a salir de las vías, a donde había caído. De donde se deduce que la decisión de atacar a la víctima había sido adoptada en momento anterior a los hechos ejecutados dentro de la estación.

Igualmente, el Tribunal razona de forma expresa acerca de la lógica de la conclusión alcanzada por el de instancia al entender que la razón de la agresión estaba en la orientación sexual de la víctima, expresada por los acusados en el momento de la agresión al decir, concretamente el menor, que lo iban a matar a pedradas como se mata en su país a los maricones. Concluye el Tribunal que esa condición no se podía saber solamente por el encuentro en la estación, lo que justifica la declaración de hechos probados en cuanto a que los acusados habían visto antes a la víctima en el local de ambiente homosexual en el que había estado y habían decidido atacarla antes de su encuentro en la estación del ferrocarril.

Por lo tanto, dando por reproducidos los correctos argumentos contenidos en la sentencia impugnada, el motivo sobre vulneración de la presunción de inocencia se desestima.

SEGUNDO.- En los distintos motivos por infracción de ley, formalizados con apoyo en el artículo 849.1º de la LECrim, el planteamiento no viene acompañado de una exposición suficiente de las razones que el recurrente entiende que avalan sus quejas, pero podría entenderse que cuestiona el empleo de instrumento peligroso, la corrección de la aplicación de la agravante de abuso de superioridad, el importe de la indemnización y la inaplicación del artículo 69 CP.

1. En cuanto al primer aspecto, dejando a un lado la existencia de pruebas que acreditan que el recurrente utilizó una piedra grande para golpear por la espalda a la víctima, lo cual ya ha sido examinado en el anterior fundamento jurídico, es claro que una piedra grande es un instrumento que puede ser utilizado en una agresión de forma peligrosa para el agredido, como ha ocurrido en el caso. Según se declara probado, el recurrente golpeó a la víctima en la cabeza con una piedra de grandes dimensiones. El golpe fue propinado con fuerza, según se desprende de las lesiones causadas (hemorragia subaracnoidea, entre ellas), quedando aturdido y cayendo al suelo, donde le arrojaron más piedras y el recurrente le propinó una patada en la cabeza. En la fundamentación jurídica se aclara, además, que la víctima fue atacada por la espalda.

De todo ello resulta que el recurrente utilizó un instrumento peligroso y lo hizo de forma que puso en serio peligro la vida de la víctima, por lo que no se aprecia la infracción de ley que se denuncia.

2. En cuanto al abuso de superioridad, requiere para su apreciación en primer lugar de la existencia de una desproporción efectiva y real entre la parte agredida y la agresora que determine un desequilibrio a favor de esta última; en segundo lugar que ese desequilibrio se traduzca en una disminución de las posibilidades de **defensa** ante el ataque concreto que se ha sufrido; y en tercer lugar que el sujeto activo conozca y se aproveche de ese desequilibrio y de sus efectos para la ejecución del concreto hecho delictivo.

En el caso, ya se razonaba en la sentencia de instancia que la apreciación de la circunstancia no se basaba solamente en que dos personas atacaran a una sola, sino que se valoraba también que la víctima estaba dormida, y que se ve atacada por la espalda. Razona el tribunal de instancia, FJ 5º, que "hay un concierto entre los dos, se arman con piedras y atacan a la víctima de forma sorpresiva y en el estado en que se encontraba". En la sentencia de apelación se expone el carácter potencialmente peligroso de la utilización de la piedra, que colocó a la víctima en una situación de inferioridad respecto del atacante, y se valora este dato junto con la situación de la víctima, no solo desarmada, sino totalmente ajena a cualquier posible agresión, siendo atacada por la espalda. Todo lo cual sitúa a los agresores en una notoria posición de superioridad que fue aprovechada por los mismos en la ejecución del hecho.



Por lo tanto, tampoco en este aspecto se aprecia infracción de la ley al aplicar la agravante.

3. En lo que se refiere al importe de la indemnización, de un lado, el Tribunal no viene obligado por lo que se haya resuelto por otro tribunal al analizar la responsabilidad penal y civil del menor previamente enjuiciado. Y, de otro lado, lo que se tiene en cuenta son daños morales, respecto de los cuales la cuantía solo puede ser revisada cuando sea notoriamente injustificada, arbitraria o manifiestamente errónea, lo que no ocurre en el caso actual.

4. Finalmente, en relación a la aplicación del artículo 69 CP, sin perjuicio de otras posibles consideraciones, la cuestión no fue planteada en la instancia, cuando pudo haberlo sido, por lo que no puede ser examinada en casación.

Por todo ello, las distintas quejas del recurrente se desestiman.

FALLO

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

1º. Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jose María , contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 13 de mayo de 2.019, que resolvía el recurso de apelación interpuesto por el acusado, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, en rollo de sala nº 12/2007 (sumario nº 2/2017), con fecha 26 de marzo de 2018.

2º. Condenar a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas 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.

Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Ana María Ferrer García

Susana Polo García Carmen Lamela Díaz