

Roj: **STS 3623/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3623**Id Cendoj: **28079120012017100696**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/10/2017**Nº de Recurso: **477/2017**Nº de Resolución: **684/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SS 917/2016,**
STS 3623/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, interpuesto por **D. Ramón**, representado por el procurador D. Santiago Pereda García-Quismondo y defendido por el letrado D. Fausto Miguel López Martín, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, de fecha 11 de noviembre de 2016, que le condenó por delito de tentativa de homicidio doloso, concurriendo la agravante de abuso de superioridad, siendo también parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Donostia, instruyó Sumario 3778/2013 contra **Ramón**, por delito de tentativa de homicidio doloso, concurriendo la agravante de abuso de superioridad, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, que con fecha 11 de noviembre de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:PRIMERO.** Hacia las 06,00 horas de la madrugada del día 31 de agosto de 2013, D. Alejo y su hermano gemelo, D. Ramón, se encontraban en los voladizos de la playa de la Concha de Donostia-San Sebastián a la altura de la entrada y salida de la discoteca La Rotonda. En un momento, por razones ignotas, D. Everardo comenzó a discutir con los referidos hermanos y, en el curso de la referida diatriba, D. Ramón propinó a D. Everardo un puñetazo muy fuerte en la mandíbula, cayendo D. Everardo al suelo y permaneciendo tumbado boca arriba en un estado de gran conmoción. D. Ramón aprovechó ese estado de severo aturdimiento de D. Everardo para, siendo conocedor del altísimo riesgo para la vida que suponía tal conducta, propinarle varias patadas fuertes en la cabeza, dejando al mismo en estado de semiinconsciencia y abandonando rápidamente el lugar en compañía de su hermano D. Alejo y otras personas. En este momento, accedieron al lugar dos agentes de la Policía Municipal quienes, viendo el estado de inconsciencia de D. Everardo y consecuente falta de respuesta a los estímulos externos, solicitaron la presencia inmediata de una ambulancia. Los sanitarios de la misma, al comprobar que D. Everardo presentaba una brecha en la parte posterior de la cabeza y estaba inconsciente, lo trasladaron inmediatamente al Servicio de Urgencias del Hospital Donostia donde se le practicó un TAC craneal, detectándose un hematoma subdural agudo, y un TAC cervical, en el que no se apreciaron fracturas vertebrales, procediéndose, tras ser valorado por Neurocirujía, a un tratamiento conservador en la UCI. Tras iniciar este proceso, D. Everardo comienza un deterioro neurológico progresivo, con disminución de conciencia y anisocoria pupilar, lo que justificó que se le realizase un nuevo TAC craneal en el que se detectó una importante desviación de las estructuras de la línea media con signos de herniación trastentorial y subfacial secundaria y un hematoma intraparenquimatoso de nueva aparición en el lóbulo temporal izquierdo, además



del hematoma subdural izquierdo con áreas de contusión hemorrágica frontales subyacentes y áreas de edema cerebral. Por ello se procedió a una intervención quirúrgica urgente para practicarle una craniectomía. **SEGUNDO.-** A consecuencia de la agresión D. Everardo sufrió una lesión del pabellón auricular derecho, un trastorno craneoencefálico grave con deterioro neurológico, una fractura de hueso temporal, un gran hematoma subdural izquierdo, una hemorragia intraparenquimatosa izquierda con importante efecto masa e inicio de herniación subfacial y transtentorial. Como lesiones deferidas presenta una craniectomía, crisis adrenérgicas y una afasia mixta de predominio motor, y un hematoma intraparenquimatoso derecho con efecto masa, complicación postquirúrgica. Tras la estancia en el Hospital Donostia desde el día 31 de agosto de 2013, fue trasladado al Servicio de Daño Cerebral del Hospital Aita Menni en fecha 20 de septiembre de 2013, donde permaneció hasta el 5 de diciembre del mismo año. El objetivo era iniciar una rehabilitación para tratar el severo problema del lenguaje. El 31 de diciembre de 2013 ingresó en el Centro Socio Sanitario de la Cruz Roja de San Sebastián para la realización de un tratamiento rehabilitador logopedico y una terapia ocupaciones para fomentar la autonomía personal mediante actividades dirigidas a conseguir una comunicación eficaz y autonomía para desplazamientos. Posteriormente fue intervenido quirúrgicamente el día 23 de junio de 2014 para practicarle una craneoplastia. Ha invertido en su curación 3809 días, estando hospitalizado 106 días e impedido para sus ocupaciones habituales 274 días.

D. Everardo es autónomo para las actividades de la vida diaria básicas, tales como autocuidado, alimentación y control de esfínteres. Presenta una afasia motora que provoca una severa dificultad en la expresión verbal, con un notable balbuceo, la lectura y escritura. Ello limita de forma muy relevante su comunicación personal y social, dado que únicamente puede hacerlo en espacios muy protegidos. Además le incapacita para el desarrollo de la profesión de electricista que había ejercido hasta el año 2011 y restringe de forma relevante su capacidad para el ejercicio de otras profesiones. También presenta una cicatriz en forma de C de 20 centímetros en región parieto temporal izquierdo, visible a pesar de estar cubierto por el cuero cabelludo.

En la actualidad reside en el Centro Matía de Donostia.

TERCERO.- En agosto de 2013 D. Ramón era dependiente al consumo de cannabinoides, cocaína, derivados de anfetaminas y alcohol. La madrugada del día 31 de agosto del referido año consumió sustancias tóxicas que limitaron su capacidad para evitar una conducta deletérea como la protagonizada. Ha estado en tratamiento en el Centro de Salud Mental de Donostia-Egía hasta junio de 2014 e inició en enero de 2014 un tratamiento de deshabituación tóxica en Agipad finalizando el mismo, con el alta terapéutica, el 27 de octubre de 2015.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: PRIMERO.- Que condenamos a D. Ramón como autor de un delito de tentativa de homicidio doloso (que consume el delito de lesiones agravadas objeto de acusación por el Ministerio Fiscal), concurriendo la agravante de abuso de superioridad y la atenuante analógica de drogadicción a la pena de SEIS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN E INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE LA DURACIÓN DE LA CONDENA y LA PENA DE OCHO AÑOS DE PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN POR CUALQUIER MEDIO Y DE ACERCAMIENTO A D. Everardo *A SU DOMICILIO, LUGAR DE TRABAJO O SITIO DONDE SE ENCUENTRE A UNA DISTANCIA INFERIOR A 300 METROS.*

Estas penas se cumplirán de forma simultánea.

SEGUNDO.- En la pena privativa de libertad impuesta en esta sentencia se abonarán las comparecencias apud actas efectuadas por D. Ramón a razón de un día de privación de libertad por cada diez apud actas efectuadas. homicidio y lesiones agravadas objeto de acusación.

TERCERO.- Se absuelve a D. Alejo del delito de tentativa de homicidio y lesiones agravadas objeto de acusación.

CUARTO.- En concepto de REPARACIÓN DEL DAÑO, D. Ramón abonará a D. Everardo la cantidad de 160.000 euros, que devengará el interés previsto en el artículo 576.1 LEC desde la fecha de esta sentencia hasta su completo abono.

QUINTO.- Se condena a D. Ramón al abono de la mitad de las costas procesales (incluyendo las devengadas por la Acusación Particular por el delito cometido) declarando de oficio la mitad restante.

Notifíquese esta resolución a las partes procesales, a la víctima y a los acusados informándoles que frente a la misma cabe interponer recurso de casación en el plazo de cinco días desde la última notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Ramón, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones



necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., por infracción del precepto constitucional que consagra el derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 de la Constitución Española .

SEGUNDO.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim ., por indebida aplicación del art. 22.2 ° (abuso de superioridad).

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 15 de septiembre de 2017 se señala el presente recurso para fallo para el día 4 de octubre del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto de la presente censura casacional condena al recurrente por un delito intentado de homicidio, siendo absuelto su hermano gemelo que había sido acusado por su participación en el hecho. Formaliza dos motivos de oposición, el primero por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, argumentando sobre la insuficiencia de la actividad probatoria para acreditar su participación, y el segundo, por error de derecho al aplicar indebidamente la agravante de abuso de superioridad.

En síntesis el relato fáctico refiere que los dos hermanos gemelos se encontraban junto a una discoteca sito en las inmediaciones de la playa de la Concha en San Sebastián donde discutieron con Everardo , la víctima. En el curso de la discusión el recurrente propinó un puñetazo a la víctima que cayó al suelo "en un estado de gran conmoción", aprovechando esta situación el mismo recurrente que "siendo conocedor del altísimo riesgo para la vida" le propinó patadas fuertes en la cabeza, huyendo junto a su hermano del lugar de los hechos. Seguidamente el relato fáctico refiere las graves secuelas en la salud de la víctima y las secuelas que padece.

En el primer motivo cuestiona la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia en el que realiza una revaloración de la prueba y destaca que la víctima no recuerda los sucesos, y que la sentencia se apoya en su declaración fáctica en la declaración de un testigo "que se encontraba bebida y drogada", y en el testimonio de su novio que no compareció al juicio oral, procediéndose a la lectura de sus declaraciones. Al tiempo destaca las declaraciones de otros testigos y de los dos acusados quienes niegan su participación en el hecho objeto de la acusación. Sobre esa valoración efectúa una impugnación en la que destaca el contenido esencial del derecho que invoca y entiende insuficiente la prueba practicada.

El motivo se desestima. 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, en cuanto que permita 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. 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 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. Tampoco corresponde la función de valorar la prueba a la defensa del acusado y al recurrente, sino la de cuestionar el correcto ejercicio de la función jurisdiccional.

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, de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada. En consecuencia, salvo que se aprecie la existencia de un razonamiento erróneo, inconsistente, caprichoso o absurdo, no es posible prescindir de la valoración de pruebas personales efectuada por el tribunal que ha presenciado directamente la práctica de las mismas y ha reconocido credibilidad quienes han declarado a su presencia. Nuestro control no puede afirmarse sobre lo percibido sino sobre lo razonado.



El tribunal de instancia ha valorado la prueba y expresa en la fundamentación la convicción obtenida. Así, en primer lugar reproduce la prueba del juicio oral, y sucintamente señala los dichos de los acusados y los testigos, y en un fundamento aparte, las valora desde la perspectiva de juicio de racionalidad que exige el art. 717 de la ley procesal penal. Así destaca la declaración, de los dos acusados, quienes manifiestan no encontrarse en el lugar del suceso en tanto que el otro que se encontraba a unos 40 metros; valora la testifical de Violeta que vio a los dos acusados en el lugar en el que acaecen los hechos y los golpes propinados, indicando la razón de conocimiento de los hermanos gemelos; la declaración de la víctima que aunque presenta lagunas en su memoria, a raíz de la agresión sufrida, identifica al recurrente como autor de los hechos y los dos hermanos presentes en el lugar. Un tercer testigo, Efrain, no compareció al juicio oral, al ser dispensado por la enfermedad y las necesidades del tratamiento, por lo que se dio lectura a su declaración en el sumario, practicada con la garantía precisa de contradicción; en su declaración reconoce y destaca la intervención del recurrente. Otro testigo, Leandro, no llega a implicar a los dos hermanos como partícipes en el hecho, aunque sí que estaban presentes en el momento de su producción, lo que contradice la versión del recurrente y el tribunal lo valora para destacar su presencia en el lugar de los hechos.

El análisis de la prueba de carácter personal, por lo tanto sujeta a la inmediación del tribunal que la percibe, es racional, art. 717 de la Ley procesal, y aparece expuesta en la fundamentación de la sentencia. Relaciona unas declaraciones personales con otras y analiza las fuentes de conocimiento de cada testigo y expresa una convicción en la fundamentación. Sin que esta Sala, carente de la inmediación en la percepción para variar el contenido incriminatorio que el tribunal declara, pues desde el examen de la motivación, la valoración es razonable para conformar el relato fáctico.

SEGUNDO.- En el segundo motivo cuestión la aplicación, al relato fáctico de la agravación de abuso de superioridad.

En el relato fáctico, del que la impugnación parte al discutir un error de subsunción, declara que el acusado Ramón propinó un fuerte puñetazo en la mandíbula que hizo que la víctima cayera al suelo donde quedó aturdido lo que fue aprovechado por el acusado para propinar las patadas en la cabeza con conocimiento del altísimo riesgo para la vida de la víctima. Por lo tanto desde el relato fáctico, el momento en el que se atenta contra la vida es cuando la víctima se encontraba tendida en el suelo y aturdida por el golpe lo que es aprovechado por el acusado para realizar su acción de propinar las reiteradas patadas en la cabeza con el ánimo que se describe. Es decir se produce una doble acción. En la primera, el puñetazo, y la segunda donde surge el tipo subjetivo del delito de homicidio en la que se aprovecha la situación de desvalimiento de la víctima.

Concorre la agravante de abuso de superioridad cuando la defensa de la víctima queda ostensiblemente debilitada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor que se ve por ello asistido de una mayor facilidad para la comisión del delito y el elemento subjetivo de abuso de superioridad reside simplemente en el conocimiento de la misma y en su consciente aprovechamiento o, dicho de otra forma, en la representación de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad. Así se ha pronunciado reiterada jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la Sentencia 85/2009, de 6 de febrero, en la que se declara que para que concurra abuso de superioridad es preciso que se dé un importante desequilibrio de fuerzas a favor del agresor; que de él se siga la notable disminución de las posibilidades defensivas del ofendido; que esta situación de asimetría fuera deliberadamente ocasionada, o, conocida, exista un aprovechamiento de la misma; y, en fin, que esa situación de ventaja de la que se abusa no sea inherente al delito.

Desde el relato fáctico la situación de superioridad es palmaria, pues la víctima se encontraba inerte en el suelo, aturdida, lo que es aprovechado por el acusado para la realización de su conducta con conocimiento del riesgo en que se encontraba la vida de la víctima.

Desde el relato fáctico ningún error cabe declarar, por lo que el motivo se desestima.

FALLO

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

Desestimar el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de **Ramón**, contra sentencia dictada el día 11 de noviembre de 2016 en causa seguida contra el mismo, por delito de tentativa de homicidio doloso, concurriendo la agravante de abuso de superioridad. **Imponer** a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ