



Roj: **STS 3487/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3487**

Id Cendoj: **28079120012018100448**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/10/2018**

Nº de Recurso: **10264/2018**

Nº de Resolución: **464/2018**

Procedimiento: **Penal. Jurado**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENEDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10264/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez 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. 464/2018**

Excmos. Sres.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 15 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 10264/2018P por infracción de ley y de preceptos constitucionales, interpuestos por **D. Abelardo y D<sup>a</sup>. Bárbara**, contra sentencia dictada el 13 de marzo de 2018 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en apelación de la sentencia dictada el 3 de noviembre de 2017 por la Sección Trigésima de la Audiencia Provincial de Madrid (Rollo núm. 87/2017) dimanante del procedimiento del Tribunal del Jurado nº 1385/2016, del Juzgado de Instrucción nº 7 de Madrid, por delito de asesinato. Estando representado el acusado D. Abelardo por la procuradora D<sup>a</sup>. Elisa María Sáinz de Baranda Riva, bajo la dirección letrada de D. José Enrique Párraga Gimeno y la acusada D<sup>a</sup>. Bárbara, representada por la procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Ángeles Rivero Gonzáles, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Bárbara Royo García.

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

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Seguido por la Audiencia Provincial de Madrid, el procedimiento del Tribunal del Jurado número 1385/2016, dimanante de la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 7 de los de Madrid, Rollo de Sala con número 87/2017, se dictó sentencia con fecha 3 de noviembre de 2017, que contiene los siguientes **hechos probados**:

«El JURADO ha declarado PROBADO en su veredicto los siguientes hechos:

Bárbara es madre del menor Cipriano, de 20 meses de edad, no reconocido legalmente por su padre biológico.



Bárbara y Abelardo eran pareja sentimental y solo convivían ocasionalmente en el domicilio de la CALLE000 núm. NUM000 , NUM001 - NUM002 , de Madrid, encargándose del cuidado del menor Abelardo exclusivamente en ausencia de su madre.

En el mes de mayo de 2016 Cipriano resultó con las siguientes lesiones:

a) El 2 de mayo, con un traumatismo con impotencia funcional en el brazo izquierdo, siendo diagnosticado en el HOSPITAL000 " de Madrid de luxación de codo izquierdo, por lo que fue derivado al HOSPITAL001 " , donde ingresó sobre las 00:18 horas de día 3; y, tras confirmar que presentaba una fractura supracondilea del codo izquierdo, fue sometido a intervención quirúrgica para "reducción cerrada y fijación interna con agujas Kirschner", siendo dado de alta al día siguiente.

Además, el menor presentaba hematomas en región supraciliar izquierda y en diversas partes del cuerpo.

No consta que Cipriano resultara con estas lesiones por golpes que le propinaran Bárbara y/o Abelardo .

b) El 9 de mayo, mientras el menor se encontraba en el domicilio, vomitó al menos dos veces.

c) El 10 de mayo, el menor volvió a vomitar.

d) El 10 de mayo, sobre las 22:00 horas, a su llegada al HOSPITAL000 " , Cipriano presentaba una fractura distal del radio derecho, una erosión a nivel occipital derecho, otra en pabellón auricular derecho, múltiples hematomas en el tronco superior (espalda, pecho, abdomen), un hematoma en testículo derecho, hematoma subcapsular en organización en la cara inferior del lóbulo hepático izquierdo y fractura de arcos posteriores de costillas 5ª a 9ª izquierda y 8ª costilla derecha, contusión con perforación en el intestino delgado y desgarró del mesenterio, que produjeron una peritonitis fecaloidea a consecuencia de la cual falleció a las 00:15 horas del día 11 de mayo de 2016.

Cipriano resultó con las lesiones descritas por los golpes que le propinó Abelardo , ante la pasividad consciente de Bárbara quien no hizo nada por evitar el maltrato, ni actuó tras haberse producido este, y no le procuró la debida atención médica, tardando un tiempo vital en llevarlo al hospital, pese a ser consciente del peligro para la vida del menor.

Cipriano , de 20 meses de edad, no tenía capacidad de defensa en el momento de ser agredido(sic)».

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

«CONDENO a los acusados Bárbara (en quien concurre la agravante de parentesco) y Abelardo (en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal), como autores responsables de un delito de asesinato, ya definido, a la pena, para cada uno de ellos, de VEINTITRÉS AÑOS DE PRISIÓN, a la accesoria de inhabilitación absoluta durante el

tiempo de la condena.

Pago de las costas por mitad.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad se les abonará el tiempo que hayan estado privados de ella por razón de esta causa(sic)».

**TERCERO.-** Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por los acusados, en base a los apartados e y b del artículo 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 13 de Marzo de 2018, cuya parte dispositiva es la siguiente:

«Desestimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Bárbara y de D. Abelardo contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2017 dictada por la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado, Dña. Rosa Mª Quintana San Martín, designada en la Sección Trigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, y la revocamos parcialmente en el sentido de dejar sin efecto la aplicación de la agravante de parentesco a Bárbara , y por tanto la condenamos a la pena de quince años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo; con declaración de oficio de las costas devengadas en esta alzada.(sic)».

**CUARTO.-** Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por D. Abelardo y Dª Bárbara , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

**QUINTO.-** El recurso interpuesto por D. Abelardo , se basó en los siguientes motivos de casación:



Infracción de Precepto Constitucional, del artículo 24.2 de la Constitución Española; y por Infracción de Ley, del artículo 849, números 1.º y 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Es el propio artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el que da la opción de interponer el Recurso de Casación (como reza, literalmente): 'fundándose en la infracción de precepto constitucional'. En el presente supuesto, como se anunció, se considera vulnerado el artículo 24.2 de la Carta Magna, en lo referente a (sic): 'utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa... y a la presunción de inocencia.' Y dicho artículo de la ley fundamental se enlaza con el tenor literal del citado precepto, números 1º y 2º, artículo 849 LECR. Y como precepto penal de carácter sustantivo vulnerado, el artículo 23 del Código Penal.

**SEXTO.-** El recurso interpuesto por D<sup>a</sup>. **Bárbara**, se basó en los siguientes motivos de casación:

**1.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del Artículo 5, párrafo 4º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (ausencia de motivación); así como, en consecuencia, por vulneración de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia (ausencia de racionalidad de la inferencia probatoria o inferencia ilógica y abierta a partir de la prueba indiciaria. Prueba indiciaria inidónea); y a un proceso con todas las garantías debidas, todos ellos consagrados en el Artículo 24.1 y 2 de nuestra Constitución, y el principio de interdicción de arbitrariedad consagrado en el Artículo 9.3 de la Constitución Española.

**2.-** Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (indebida aplicación del art. 139 del Código Penal, previa aplicación indebida del los artículo 138 y 11 del mismo texto legal: los hechos probados de la Sentencia que trae causa, confirmados por la Sentencia que se recurre, no describen un delito de asesinato).

**3.-** Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal, concretamente por indebida aplicación del Artículo 139.1 CP (asesinato), en relación a la inexistencia de "la alevosía".

**SÉPTIMO.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos de casación presentados, interesa la inadmisión a trámite de los mismos, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**OCTAVO.-** Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día 27 de septiembre de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los acusados Bárbara y Abelardo fueron condenados por el Tribunal del Jurado en la Audiencia Provincial de Madrid como autores de un delito de asesinato, con la agravante de parentesco en Bárbara, a la pena de veintitrés años de prisión. Contra la sentencia interpusieron recurso de apelación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que consideró que no concurría la mencionada agravante e impuso a Bárbara la pena de quince años de prisión. Contra esta sentencia, ambos interponen recurso de casación.

### *Recurso interpuesto por Abelardo*

En un único motivo, con apoyo en el artículo 852 y en el artículo 849.1º y 2º de la LECrim, denuncia la vulneración de los derechos a utilizar las pruebas pertinentes y a la presunción de inocencia, y argumenta que se han conocido nuevos hechos y circunstancias y menciona nuevas pruebas testificales que podrían practicarse, refiriéndose también a unas fotografías que dice tomadas el día 15 de mayo de 2016 en la Pradera de San Isidro en las que aparece la coacusada y se dice que estaba también el recurrente, en actitud distendida; pruebas todas ellas de las que alega que "podría dar un giro radical los hechos, así como demostrarse la posible inocencia, mantenida y defendida desde el principio, de D. Abelardo" (sic). Se queja seguidamente de que se le haya aplicado la agravante de parentesco.

1. Respecto de las testificales a las que se hace referencia en el motivo, además de que no se precisa su trascendencia real ni se explica por qué no fueron propuestas en la instancia, es bien sabido que no es procedente practicar pruebas en el recurso de casación, que se orienta a una revisión de la corrección de la sentencia impugnada, pero no a la celebración de un nuevo juicio. La fotografía que menciona, en sí misma, carece de significado alguno.



2. En cuanto a la agravante de parentesco, la queja no puede ser atendida, pues no le ha sido apreciada al recurrente.

En consecuencia, el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por Bárbara

En el primer motivo, al amparo del artículo 852 de la LECrim, se queja de la falta de motivación de la sentencia impugnada que causa a su vez una vulneración de la presunción de inocencia, por falta de racionalidad de la inferencia. Sostiene que tras la sentencia del Tribunal del Jurado interpuso recurso de apelación alegando vulneración de la presunción de inocencia, desestimándose el motivo sin que el Tribunal Superior de Justicia haya proporcionado una respuesta razonable, motivada y ajustada a la pretensión deducida. Se queja la recurrente de que, habiendo sido condenada por un delito de asesinato en comisión por omisión, no se han valorado de forma racional las pruebas relativas al conocimiento que ella tenía de que su pareja, el coacusado Abelardo maltratará al niño ni tampoco de que, conociendo el estado de éste, no hiciera nada para procurarle atención médica. Alega también la inexistencia de dolo, de forma que subsidiariamente el resultado le sería imputable a título de imprudencia. Y finaliza solicitando la absolución por vulneración de la presunción de inocencia o, en su caso, la condena por imprudencia.

1. La cuestión que plantea la recurrente presenta inicialmente dos aspectos, relacionados entre sí, pero diferentes. De un lado, sostiene que el Tribunal de apelación no cumple su obligación de examinar la racionalidad del proceso valorativo efectuado en la instancia, la cual discute, lo que conduciría a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. De otro, afirma que no existen pruebas de que supiera que Abelardo maltrataba al niño ni de que éste precisara atención médica el día 10 antes del momento en que lo llevó al hospital, pasadas las diez de la noche.

2. En relación al control sobre el proceso valorativo, la sentencia de instancia incurre en alguna confusión al valorar las pruebas de cargo, que luego es asumida por la sentencia aquí impugnada. Se declara probado que el menor presentaba una serie de lesiones los días 2 y 10 de mayo de 2016, que se describen, y se dice posteriormente que no consta que las primeras le fueran causadas por Abelardo o por la recurrente, y que las que presentaba el día 10, lo fueron por los golpes que le propinó Abelardo, ante la pasividad de la recurrente quien no hizo nada para evitar el maltrato, ni actuó tras haberse producido éste y no le procuró la debida atención médica, tardando un tiempo vital en llevarlo al hospital, pese a ser consciente del peligro para la vida del menor.

No se describen otras lesiones causadas por Abelardo que las que presentaba el menor el día 10 de mayo. Respecto de éstas, se razona en la sentencia de instancia que, en cuanto a las fracturas, el estudio histopatológico indica tres datos diferentes; que las lesiones mesentéricas presentan una data aproximada de 5/7 días y que la lesión hepática tiene una data aproximada de 48 horas. Asimismo, se señala que, del estudio realizado por los peritos del Instituto Nacional de Toxicología resulta que la fractura del extremo distal del radio tiene más de 12 horas de evolución; que las fracturas de las costillas están en fase de hemorragia o de menos de 12 horas de evolución. De todo ello puede deducirse la existencia de maltrato físico al menor.

Esa descripción de las lesiones, e incluso el hecho de que tuvieran data diferente, no acredita, sin embargo, que la recurrente tuviera conocimiento de los actos de maltrato que las causaron. Se dice además que presencié algunos actos de maltrato, pero cuando se individualizan, no resulta que puedan tomarse como tales. De un lado se recuerda un incidente en el que el acusado Abelardo, que tenía actitudes violentas contra la recurrente, el día 9 de abril de 2016, por razones que no son relevantes, volcó el colchón de la cama donde se encontraba aquella con el niño, arrojándolos a los dos al suelo. Y, por otro lado, se recoge que en ocasiones cogía al menor de la nariz como si fuera un juego, lo que molestaba a la recurrente por considerar que esa conducta desproporcionada a la edad y tamaño del niño. Ninguno de los dos casos permite afirmar que hubiera presenciado actos de maltrato anteriores al día 10 de mayo, y que hubiera permanecido pasiva ante los mismos.

En la fecha mencionada, 10 de mayo, en la sentencia se recoge que el jurado ha declarado probado que, a su llegada al HOSPITAL000 sobre las 22,00 horas, el menor presentaba una fractura distal del radio derecho, una erosión a nivel occipital derecho, otra en pabellón auricular derecho, múltiples hematomas en el tronco superior (espalda, pecho, abdomen), un hematoma en testículo derecho, hematoma subcapsular en organización en la cara inferior del lóbulo hepático izquierdo y fractura de arcos posteriores de costillas 5ª a 9ª y 8ª costilla derecha, contusión con perforación en el intestino delgado y desgarró del mesenterio, que produjeron una peritonitis fecaloidea a consecuencia de la cual falleció a las 00:15 horas del día 11 de mayo de 2016.

Estas lesiones, se declara probado que se las causó el acusado Abelardo. Entre otros argumentos, el jurado tuvo en cuenta la declaración de la recurrente, según la cual, el día 10 de mayo, cuando estaban en casa y



después de una discusión, Abelardo cogió al niño, se fue con él al baño y al poco tiempo escuchó un golpe muy fuerte (como contra el lavabo) y entonces vio a Abelardo en el baño agarrando al niño boca abajo. La evolución posterior, se dice, concuerda con los síntomas y la data de la peritonitis pues, según los médicos forenses, tenía un rango de evolución de 12 horas cuando fue llevado al hospital.

De estos datos, no contradichos por otros en la sentencia de instancia, se desprende que la recurrente fue consciente de la posibilidad de que el menor hubiera sido golpeado por Abelardo, pero no que ella presenciara el acto de maltrato y permaneciera pasiva ante el mismo. Por ello, no puede considerarse suficientemente probado que la recurrente conociera el maltrato que Abelardo infligía al menor y que permaneciera pasiva ante el mismo.

En este aspecto, por lo tanto, no puede sostenerse que la verificación que correspondía al Tribunal de apelación se haya ajustado a las reglas de la lógica y a las máximas de experiencia. Y también, en ese aspecto, ha vulnerado la presunción de inocencia, pues no puede afirmarse la existencia de prueba suficiente para declarar probado que presenció el maltrato al niño y lo consintió.

3. Según la sentencia de instancia, la responsabilidad de la recurrente se deriva, también, del conocimiento que tuvo del estado grave del menor y de su pasividad, no llevándolo al hospital para que fuera atendido. En este sentido, es necesario establecer si de la valoración de la prueba se desprende de forma lógica y racional que fue consciente del peligro para la vida del niño y, a pesar de ello, no le proporcionó la ayuda necesaria para que fuera atendido médicamente y evitar así el resultado más grave. Y que, por ello, aceptó el eventual resultado de muerte que vendría causado por las lesiones sufridas.

Se razona en la sentencia que, tras la discusión, la recurrente se fue a casa de su madre, sin trasladar al menor al hospital hasta pasadas las diez de la noche.

La necesidad de atención médica se obtiene de datos valorados por el jurado, recogidos en la sentencia de instancia y también valorados luego en la de apelación.

Tales datos resultan de las valoraciones médicas. Así, después de señalar que alguna de las fracturas, como la del radio, era fácilmente visible, al tener deformada la muñeca, se afirma por los médicos forenses que todas las fracturas, hasta su completa y adecuada inmovilización, son muy dolorosas, y el menor presentaba fractura distal del radio derecho y tenía rotas varias costillas; la peritonitis que sufrió como consecuencia de los golpes propinados por Abelardo, es muy aparatosa visualmente, pues cursa con un dolor muy intenso, abdomen duro e hinchado de modo que no se puede tocar, palidez, sudoración, postración, alteración y dificultad respiratoria, de forma que, se dice, "se trata de un cuadro tan grave, estaría el niño tan enfermo, que sería obvio para cualquiera su gravedad". Además, el niño vomitó esa misma tarde. Es evidente que el niño, mientras mantuvo las fuerzas, tuvo que quejarse de forma apreciable para cualquiera.

De estos datos, resulta que la recurrente, que había sido consciente de la alta probabilidad de que su pareja hubiera golpeado al niño, necesariamente tuvo que ser consciente también de la existencia de lesiones, dado el estado del menor.

Probablemente para un profesional de la medicina determinados síntomas son muy significativos de un estado suficientemente grave como para precisar atención médica. No puede afirmarse lo mismo respecto del profano. No se describe en la sentencia de instancia el proceso seguido en la evolución de las lesiones del menor, de forma que pudiera deducirse de forma consistente que la recurrente necesariamente tuvo que percatarse de la gravedad. Sin duda tuvo que percibir que el menor se quejaba y que no se encontraba bien, pero eso no significa necesariamente que fuera consciente del peligro para la vida.

Este aspecto permite plantear si la recurrente, siendo consciente del peligro vital, permaneció pasiva y aceptó el resultado de muerte, lo que nos sitúa ante el dolo eventual, de forma que esa pasividad sea equivalente a la acción de matar; o bien si la recurrente, por su negligencia, aún conociendo que el menor estaba lesionado, no fue consciente del peligro para su vida hasta cerca de las diez de la noche, en que decidió su traslado al hospital.

4. En cuanto a la existencia de dolo o de imprudencia, se basa la recurrente en que en la sentencia se habla de la posibilidad y no de la probabilidad de que se representara el peligro para la vida de su hijo, y se pregunta si antes de llamar al 112 se representó que su hijo iba a fallecer y aun así no llamó antes. En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación de los artículos 11 y 139 CP, pues entiende que los hechos probados no describen un delito de asesinato, y sostiene que debió calificarse la conducta como constitutiva de homicidio imprudente.

5. Según la sentencia condenatoria, los hechos constituyen un delito de homicidio doloso en comisión por omisión, pues la recurrente ocupa una posición de garante, como madre del menor; conoce el peligro para su



vida derivado de su estado, provocado con alta probabilidad por la agresión de su padre; sabe que el peligro es grave, dado el estado que va presentando el menor a lo largo de esa tarde; sabe que puede actuar requiriendo asistencia médica, porque nada se lo impide; sabe igualmente que esa asistencia probablemente evite un resultado fatal; y a pesar de todo ello no traslada al menor al hospital hasta que pasa un tiempo y el menor se encuentra, sobre las 22,55 horas, cuando ingresa en el hospital, en parada cardiorrespiratoria, con ausencia de pulso, asistolia, cianosis generalizada y sin responder a estímulos.

6. La recurrente plantea si puede considerarse probado que la omisión de su conducta es la causa del fallecimiento de su hijo. Se cuestiona cuándo empezaron a ser visibles para la recurrente los síntomas del menor. Y sostiene que no se puede concluir que la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la certeza. Del mismo modo, menciona la necesidad de que la omisión equivalga a la causación del resultado. Finalmente, cuestiona la concurrencia del dolo, y sostiene que, en todo caso, se trataría de un caso de culpa consciente.

7. El artículo 11 del Código Penal dispone que "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

El tipo objetivo de la comisión por omisión requiere, pues, la producción de un resultado propio de un delito de acción; la posición de garante en el omitente; que la omisión equivalga en el caso a la producción del resultado; la capacidad del omitente para realizar la acción y la causalidad hipotética. Decíamos en la STS nº 234/2010, de 11 de marzo, que la responsabilidad en los casos de comisión por omisión depende de que la omisión sea equivalente a la acción. Así como el origen del deber jurídico se explica, aun cuando solo sea mediante la cita explícita de casos en los que existe, que no excluyen otros, (obligación legal o contractual de actuar y situaciones de previa injerencia), el precepto no aporta criterios expresos para establecer la equivalencia entre la acción y la omisión. Según parte de la doctrina la cuestión no podría resolverse afirmando que siempre que se infrinja un deber específico de actuar, la equivalencia será apreciable, a pesar de que ese podría ser el sentido literal del texto. Y no solo en su inciso segundo, sino también en el primero, cuando exige que la no evitación del resultado equivalga a su causación "al infringir un especial deber jurídico del autor". Esa doctrina sostiene, sin embargo, que el segundo inciso debe interpretarse como una precisión del primero, y que la exigencia de equivalencia entre la acción y la omisión subsiste como exigencia independiente.

Si se entiende que la equivalencia es un elemento distinto a la existencia del deber, se derivará, más bien, de la posibilidad de actuar, determinada en relación con la posición de dominio sobre la fuente de peligro (capacidad de ordenar una conducta o de impedirla), y de la posibilidad de que la acción impuesta por el deber sea capaz de evitar el resultado, en una causalidad hipotética. Solo de esa forma podría decirse que, en el caso del homicidio, "matar" es equivalente a "dejar morir". Pues en ambos casos, no solo el sujeto es consciente del peligro, sino que acepta el resultado y obra en consecuencia.

8. El dolo eventual requiere el conocimiento del riesgo jurídicamente desaprobado y de la alta probabilidad del resultado. Además, el elemento volitivo, en la comisión por omisión, requiere que el sujeto, consciente de su obligación, decida no actuar, aun sabiendo que puede hacerlo de forma eficaz, y permanezca inactivo dando así lugar al resultado.

Respecto a la distinción entre el dolo y la culpa, la jurisprudencia ( STS nº 1415/2011, de 23 de diciembre, entre otras), ha venido teniendo en cuenta si, dado el peligro representado, el resultado se presenta como altamente probable o solamente como posible. Así, se dice en la STS nº 133/2013, que "El conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo -asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva «querer» el resultado- el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual. Esta Sala, en su evolución, ofrece un punto evidente de inflexión en la Sentencia de 23 abril 1992 (conocida como «caso de la colza»), en la que se afirma que «si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que -con diversas intensidades- ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. Añade dicha sentencia que «la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor»".



En la STS nº 1061/2009, de 26 de octubre, se señalaba que "La doctrina científica ha puesto de manifiesto que mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo, en los delitos de omisión, por el contrario, el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido.

Precisamente por estas razones, en el delito de omisión la característica básica del dolo es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente imputada al omitente.

A partir de estos presupuestos, el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de *tener conocimiento de la situación de hecho que genera* el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias 25-4 y 30-6-88, en las que sostuvo que: "en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción".

En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir, también, a las circunstancias que fundamentan la obligación de impedir la producción del resultado ( STS 950/97, de 27-6).

Por ello, quien conoce las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado en los delitos impropios de omisión) y su propia capacidad de acción para evitar el resultado, ha omitido dolosamente ( STS de 24-10-90)".

También hemos dicho que habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente, por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida ( STS nº 459/2013, de 28 de mayo).

9. En el caso, el menor debió quejarse a causa de las fracturas sin tratar, tan dolorosas como la del radio derecho, con deformidad de la muñeca, y de varias costillas. Pero, además, estaba sufriendo una peritonitis causada por desgarros internos, con un cuadro como el antes descrito, que, una vez que se presenta, no puede pasar desapercibido y que, necesariamente, ha de generar la alarma suficiente como para acudir a un médico. Ante esa situación, es evidente el conocimiento del serio riesgo para la vida; de la posibilidad de actuar para evitarlo; y de la previsible eficacia de una actuación temprana.

En la sentencia se declara probado que la recurrente era consciente del peligro para la vida del menor. Afirmación que se basa en las lesiones que éste presentaba, muchas de ellas visibles; en el cuadro clínico, antes descrito, con fuertes dolores derivados de las fracturas y una clínica muy aparatosa debido a la peritonitis que estaba sufriendo; al estado en que el menor se encontraba cuando ingresó en el hospital; y, finalmente, a la seria probabilidad de que todo ello tuviera su origen en el maltrato al que ese mismo día 10 el acusado Abelardo había sometido al niño.

Sin embargo, como ya hemos dicho, no se valora ninguna prueba que acredite que el estado del menor, antes de que la recurrente decidiera llevarlo al hospital, presentaba ya tales características que no era posible ignorar el peligro para la vida. En los hechos probados no solo no se describe la evolución ordinaria de este tipo de lesiones, con la finalidad de determinar si antes de ser trasladado al hospital, el menor necesariamente tenía que presentar un aspecto que, para cualquiera, pusiera de relieve la existencia de un serio peligro para su vida. Además, tampoco se describe la conducta de la recurrente, para ponerla en relación con los síntomas externos del estado del menor.

No puede considerarse, pues, acreditado que la recurrente fuera consciente del peligro para la vida que se derivaba del estado del menor.

No obstante, como se dice en la sentencia y se reconoce en el propio recurso, el estado del menor exigía una atención que, de haber actuado con la diligencia exigible, hubiera llevado a la recurrente a trasladarlo al hospital con anterioridad al momento en que lo hizo, dadas las lesiones que presentaba, que, aunque no comprometían, aparentemente, su vida, ponían de relieve la necesidad de atención médica.

Si no se actuó de esa forma, es achacable a la omisión del cuidado debido por parte de la recurrente, obligada a ello por su condición de madre del menor, pues omitió prestar la atención debida a éste, permitiendo que sus lesiones siguieran su evolución natural hasta provocar su muerte. Desde esta perspectiva, la imprudencia derivada de la omisión de la diligencia mínima exigible debe considerarse grave, por lo que el motivo se estima, y, en segunda sentencia será condenada como autora de un delito de homicidio por imprudencia grave.

**SEGUNDO.**- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 139 CP, pues entiende que no cabe apreciar la alevosía. De un lado porque de los hechos probados



solo se desprende que el menor estaba indefenso cuando fue golpeado por Abelardo . Y, de otro lado, porque entiende que no es aplicar la alevosía en los casos de comisión por omisión por dolo eventual.

Estimados los anteriores motivos, el presente queda sin contenido.

## FALLO

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

**1º. Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Abelardo , contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (13 de marzo de dos mil dieciocho) que resolvía recursos de apelación interpuestos contra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha tres de Noviembre de dos mil diecisiete.

**2º. Condenamos** a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

**3º. Estimar parcialmente** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Bárbara , contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (13 de marzo de dos mil dieciocho) que resolvía recursos de apelación interpuestos contra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha tres de Noviembre de dos mil diecisiete.

**4º.** Se declaran de oficio las costas del 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.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10264/2018 P

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

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

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 15 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10264/2018P, interpuesto por D. Abelardo y D<sup>a</sup> Bárbara contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 13 de marzo de 2018, dimanante de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 30ª, Rollo Tribunal del Jurado 87/2017), que condenó a los acusados Bárbara , en quien concurre la agravante de parentesco, y Abelardo , en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como autores responsables de un delito de asesinato, ya definido, a la pena, para cada uno de ellos, de veintitrés años de prisión, a la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Y al pago de las costas por mitad. Sentencia que fue recurrida en apelación y revocada parcialmente en el sentido de dejar sin efecto la aplicación de la gravante de parentesco a Bárbara , y por tanto, le condenan a la pena de quince años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo; con declaración de oficio de las costas devengadas en esta alzada. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación legal del acusado y 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 Menendez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez 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.**- En los hechos probados, se sustituye el penúltimo párrafo por el siguiente: " Cipriano resultó con las lesiones descritas por los golpes que le propinó Abelardo . Bárbara , no actuó tras haberse producido éstos, y no le procuró la debida atención médica, tardando un tiempo vital en llevarlo al hospital".

**SEGUNDO.**- Procede absolver a la recurrente del delito de homicidio doloso y condenarla como autora de un delito de homicidio por imprudencia grave del artículo 142.1 del Código Penal, imponiéndole la pena de tres años 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. Absolvemos** a la acusada D<sup>a</sup>. Bárbara del delito de homicidio doloso, y la condenamos como autora de un delito de homicidio por imprudencia grave a la pena de tres años 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 recurrida 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.

Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Eduardo de Porres Ortiz de Urbina