

Roj: STS 8956/2011
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 644/2011
Nº de Resolución: 1274/2011
Fecha de Resolución: 29/11/2011
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

- Delito de maltrato habitual en el ámbito familiar (art. 173.2 C.P.). - Presunción de inocencia. - La habitualidad. - Denegación de prueba testifical. - Comisión por omisión: posición de garante. - Deformidad. - Delito contra la integridad moral.

Encabezamiento

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Noviembre de dos mil once.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL** y por las representaciones de los acusados Eva y Moises , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, que condenó a los anteriores acusados por delitos de maltrato habitual en el ámbito familiar, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados, representados, respectivamente, por el Procurador Sr. Ortíz Herráiz y Sra. Pinto Campos.

Antecedentes

1.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Igualada incoó procedimiento abreviado con el nº 32 de 2010 contra Moises y Eva , y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, que con fecha 13 de enero de 2.011, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: PRIMERO.- El menor Carlos Antonio , nacido el 13 de septiembre de 1997 en Guinea Kronaki, se incorporó al núcleo familiar que formaban en nuestro país su padre Moises y la esposa de éste y también acusada Eva , quien desde ese momento ejerció las funciones de madre para aquél a todos los efectos. Desde que Carlos Antonio cumplió los diez años, ha sido sometido a continuos castigos físicos consistentes en ser golpeado en distintas partes del cuerpo con un cable de televisión cada vez que su padre o la esposa de éste consideraban que merecía una corrección por mal comportamiento, sin que consten fechas concretas en las que se produjeron tales

agresiones, produciéndose hasta que en julio de 2008 se produjo una intervención policial a consecuencia del episodio que se detallará en el siguiente apartado, y sin que conste tampoco que las lesiones producidas hayan precisado curación. Sin embargo, a consecuencia de las mismas, el menor presentaba en el momento en que se iniciaron las actuaciones (julio de 2008) múltiples cicatrices lineales en diversas partes del cuerpo, la mayoría de ellas localizadas en la espalda, unas de coloración negra y otras de coloración blanca, cuya evolución a día de hoy se desconocen pero que previsiblemente tenderán a mejorar, constituyendo en su conjunto un defecto estético moderado sin llegar a causar deformidad. SEGUNDO.- El día 26 de julio de 2008, encontrándose el menor Carlos Antonio , que en ese momento contaba con diez años de edad, en el domicilio familiar sito en la PLAZA000 NUM000 esc. NUM003 NUM001 NUM002 de la localidad de Calaf, fue recriminado por ambos acusados por el hecho de orinar de pie, decidiendo el acusado Moises que tal acción merecía un castigo a modo de escarmiento, para lo cual tomó un cuchillo de cocina y, aplicando un encendedor a la hoja, consiguió que ésta alcanzara una temperatura elevada, procediendo a colocar la misma sobre la cara interna de ambos muslos del menor causándole lesiones por quemadura que precisaron de una única asistencia facultativa consistente en cura tópica y aplicación posterior de pomada para acelerar la cicatrización y curación. La acusada Eva , que no participó activamente en el castigo, estuvo presente en todo momento sin que llevara a cabo acción alguna para evitar el mismo. TERCERO.- Desde el día 2 de agosto de 2008 afecta a ambos acusados la medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación respecto del menor, habiendo sido además el acusado Moises privado cautelarmente de la patria potestad.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a cada uno de los acusados Moises y Eva , como autores criminalmente responsables de un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del art. 173.2 C.P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y nueve meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, la accesoria de privación a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años, así como la prohibición de comunicarse por cualquier medio o acercarse a menos de 1.000 metros del menor Carlos Antonio por tiempo en todo caso superior a un año del tiempo fijado como pena de prisión. Que debemos condenar y condenamos a cada uno de los acusados Moises y Eva , como autores criminalmente responsables de un delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153.2 C.P., a la pena de prisión de nueve meses, inhabilitación para el ejercicio de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, accesoria de privación a la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años y un día, así como la prohibición de comunicarse por cualquier medio o acercarse a menos de 1.000 metros del menor Carlos Antonio por tiempo en todo caso superior a un año del tiempo fijado como pena de prisión. Ambos acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente al menor Carlos Antonio en la cantidad alzada de 10.000 (diez mil) euros. Que debemos absolver y absolvemos a los acusados del resto de los cargos que les venían siendo imputados en el presente juicio. Cada uno de los acusados responderá del pago de 2/8 partes de las costas, declarando de oficio los restantes 4/8. Notifíquese esta resolución a las partes, informándoles que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días a partir de su notificación.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por el **Ministerio Fiscal** y por la representación de los acusados Moises y Eva , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal

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

4.- I.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley al amparo delnº 2º del art. 849 L.E.Cr.; Segundo.- Por infracción de ley al amparo delnº 1º del art. 849 L.E.Cr. por inaplicación indebida delart. 150 correlativa aplicación indebida delart. 153.2 del Código Penal; Tercero.- Por infracción de ley al amparo delnº 1º del art. 849 L.E.Cr. por inaplicación indebida delart. 173.1 y correlativa aplicación indebida delart. 153.2 del C. Penal.

II.- El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Eva** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por quebrantamiento de forma delart. 851.1º L.E.Cr., por inclusión en los hechos probados de conceptos que implican la predeterminación del fallo; Segundo.- Por quebrantamiento de forma delart. 850.1º L.E.Cr., por denegación de diligencias de prueba, propuesta en tiempo y forma por esta parte, en relación con la testifical del menor interesada por esta defensa, por entender que la misma era totalmente pertinente y necesaria para garantizar el derecho de defensa de mi defendida; Tercero.- Por infracción de precepto constitucional delart. 852 L.E.Cr. yart. 5.4 L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia delart. 24.2 de la C.E., y por vulneración del derecho a un procedimiento con todas las garantías del mismo precepto constitucional, en relación a la participación de mi representada, e integración de los hechos en el relato de hechos probados; Cuarto.- Por infracción de ley delart. 849.1º por inaplicación indebida delart. 173.3 C.P.; Quinto.- Por infracción de ley delart. 849.2º L.E.Cr. por existir error en la apreciación de la prueba en relación con la participación de mi representada en los hechos enjuiciados, no desvirtuado por otros elementos probatorios.

III.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Moises** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley al amparo delartículo 849.1º L.E.Cr., por vulneración delart. 24 de la C.E.; Segundo.- Por infracción de ley al amparo delart. 849.1º L.E.Cr., por aplicación indebida delart. 173.2 del C.P.; Tercero.- Por infracción de ley al amparo delart. 849.2º de la L.E.Cr., por error en la apreciación de la prueba.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 22 de noviembre de 2.011.

Fundamentos

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en la que condenaba a cada uno de los acusados Moises y Eva , como autores criminalmente responsables de un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar delart. 173.2 C.P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y nueve meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, la accesoria de privación a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años, así como la prohibición de comunicarse por cualquier medio o acercarse a menos de 12.000 metros

del menor Carlos Antonio por tiempo en todo caso superior a un año del tiempo fijado como pena de prisión.

La sentencia declara probado que "El menor Carlos Antonio , nacido el 13 de septiembre de 1997 en Guinea Kronaki, se incorporó al núcleo familiar que formaban en nuestro país su padre Moises y la esposa de éste y también acusada Eva , quien desde ese momento ejerció las funciones de madre para aquél a todos los efectos. Desde que Carlos Antonio cumplió los diez años, ha sido sometido a continuos castigos físicos consistentes en ser golpeado en distintas partes del cuerpo con un cable de televisión cada vez que su padre o la esposa de éste consideraban que merecía una corrección por mal comportamiento, sin que consten fechas concretas en las que se produjeron tales agresiones, produciéndose hasta que en julio de 2008 se produjo una intervención policial a consecuencia del episodio que se detallará en el siguiente apartado, y sin que conste tampoco que las lesiones producidas hayan precisado curación. Sin embargo, a consecuencia de las mismas, el menor presentaba en el momento en que se iniciaron las actuaciones (julio de 2008) múltiples cicatrices lineales en diversas partes del cuerpo, la mayoría de ellas localizadas en la espalda, unas de coloración negra y otras de coloración blanca, cuya evolución a día de hoy se desconocen pero que previsiblemente tenderán a mejorar, constituyendo en su conjunto un defecto estético moderado sin llegar a causar deformidad. SEGUNDO.- El día 26 de julio de 2008, encontrándose el menor Carlos Antonio , que en ese momento contaba con diez años de edad, en el domicilio familiar sito en la PLAZA000 NUM000 esc. NUM003 NUM001 NUM002 de la localidad de Calaf, fue recriminado por ambos acusados por el hecho de orinar de pie, decidiendo el acusado Moises que tal acción merecía un castigo a modo de escarmiento, para lo cual tomó un cuchillo de cocina y, aplicando un encendedor a la hoja, consiguió que ésta alcanzara una temperatura elevada, procediendo a colocar la misma sobre la cara interna de ambos muslos del menor causándole lesiones por quemadura que precisaron de una única asistencia facultativa consistente en cura tópica y aplicación posterior de pomada para acelerar la cicatrización y curación. La acusada Eva , que no participó activamente en el castigo, estuvo presente en todo momento sin que llevara a cabo acción alguna para evitar el mismo" .

RECURSO DE Moises

SEGUNDO.- El primer motivo de casación se formula por infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24 C.E., por cuanto, afirma el recurrente, no existe prueba de cargo suficiente para condenar al acusado.

El desarrollo del motivo está plagado de asertos sin refrendo probatorio (se habla de "padre modélico") y de puras y simples especulaciones igualmente huérfanas de base acreditada del tipo "parece ser que el niño, denunciando a su padre y a la mujer de éste, mostrara un comportamiento celoso y vengativo", o "probablemente el niño quería vivir con su hermano mayor", o, "probablemente el niño sufría de síndrome de emperador".

Sin embargo, la declaración del menor, incuestionablemente incriminatoria, ha sido valorada por el Tribunal a quo como detallada, contundente y espontánea al relatar con inmediación y contradicción los hechos de que fue víctima, y a cuyo testimonio los jueces de instancia otorgan plena

credibilidad sobre todo al valorar los elementos que corroboran objetivamente dichas manifestaciones, como el reportaje fotográfico donde se aprecian las lesiones o los estigmas de las mismas, las declaraciones de los policías, testigos indirectos de los hechos pero directos en cuanto a la existencia de las lesiones, así como los informes forenses que certifican la compatibilidad de la mayoría de las lesiones del torso, espalda y extremidades con el golpeo mediante un cable de antena, coincidiendo con la descripción ofrecida por la víctima e incluso por su hermano mayor, si bien éste ha declarado que sólo en una ocasión presencié tales hechos.

La realidad de los hechos y la participación en los mismos del acusado ha quedado acreditada y el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. se alega infracción de ley por indebida aplicación del art. 173.2 C.P.

El recurrente no cuestiona la fundamentación jurídica de la sentencia por la que se califican los hechos como constitutivos del tipo penal del art. 173.2 C.P., sino que se limita a reiterar la falta de prueba, ahora, sobre la habitualidad de los malos tratos. Esta alegación no respeta el relato histórico de la sentencia que, como esta Sala ha declarado en ininidad de ocasiones, debe ser escrupulosamente acatado en la totalidad de su contenido, orden y significación, y en el caso presente, el "factum" establece claramente que desde que el niño cumplió los 10 años, en septiembre de 2.007, fue sometido a **continuos** castigos físicos consistentes en ser golpeado en distintas partes del cuerpo con un cable de TV, hasta julio de 2.008.

De entre las interpretaciones realizadas para el término típico de la habitualidad, se ha seguido en alguna resolución judicial la que interpreta en el sentido de exigir que tal requisito típico se satisfice a partir de la tercera acción violenta; este criterio no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 C.P. establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma, por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual. La habitualidad se vertebraría alrededor de cuatro elementos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad en sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y, finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior (SSTS 414/2003, de 24 de marzo; 1159/2005, de 10 de octubre). La sentencia 409/2006, de 13 de abril, ha atendido, para apreciar la habitualidad, más que a la pluralidad de acciones violentas, a la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento. La habitualidad no se concreta en un determinado número de agresiones, sino en una situación de dominio o maltrato provocada por la reiteración de una conducta que estatuye una situación de hecho en la que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares (S. 181/2006, de 22 de febrero; 607/2008, de 3 de octubre).

Todas estas circunstancias concurren en el caso y, por ello, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Por error en la apreciación de la prueba del art. 849.2º L.E.Cr.

El motivo no designa documentos y los que se señalan en el motivo anterior no solo carecen de literosuficiencia, sino que estarían contradichos por elementos probatorios de sentido contrario.

Procede la desestimación.

RECURSO DE Eva

QUINTO.- Esta coacusada denuncia quebrantamiento de forma del art. 851.1º L.E.Cr., por predeterminación del fallo.

Se consideran por la recurrente expresiones predeterminantes que "ejercitó las funciones de madre", "desde que cumplió los 10 años ha sido sometido a continuos castigos físicos consistentes en ser golpeado", "fue recriminado por ambos acusados por el hecho de orinar de pie", "la acusada que no participó activamente en el castigo estuvo presente en todo momento sin que llevara a cabo acción alguna para evitar el mismo". La Defensa sostiene que con todas esas expresiones del factum de la sentencia se predetermina el fallo sin real apoyo en la prueba practicada.

Todas las expresiones fácticas de los hechos probados condicionan el fallo y no podía ser de otra forma. Lo que se prohíbe es el uso de términos jurídicos que sirvan para soslayar una narración de lo sucedido que sustituyen los hechos acaecidos por su significación jurídica que permita su revisión jurídica por otro Tribunal.

Los requisitos de este vicio procesal no se cumplen en el presente caso. Como acertadamente replica el Fiscal al impugnar el motivo, los términos empleados no son expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado, ni están solo al alcance del entendimiento de los juristas. Al contrario, el Tribunal se expresó en los hechos probados de la sentencia de una manera correcta, y el empleo de las expresiones que contiene el factum no son sino la determinación de las circunstancias fácticas del modo en la actuación de los acusados.

El motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- Con apoyo en el art. 850.1º L.E.Cr. se alega quebrantamiento de forma por denegación de prueba en relación con la testifical del menor solicitada en tiempo y forma por entender que la misma era pertinente y necesaria para la defensa de la acusada.

Como señala el mismo recurrente, en fase de instrucción se procedió a practicar la prueba testifical del menor que fue grabada en vídeo y audio ante el Juez de Instrucción y con presencia, y participación activa de los letrados defensores de los acusados. Es cierto que el Tribunal denegó la prueba que instaba el nuevo interrogatorio del menor-víctima en el plenario, y ello por las razones que se exponen en el Auto de 13 de julio de 2010 a fin de evitar someter a aquél a una victimización añadida al daño ya sufrido. Lo que también acordó la Sala sentenciadora fue que en el juicio oral se reprodujera la grabación de aquella prueba preconstituida, por lo que todos los intervinientes pudieran ver y oír el desarrollo de la exploración del menor sobre los hechos objeto de enjuiciamiento que -ya se ha dicho- se practicó con estricta observancia del derecho de contradicción de las partes acusadoras y acusadas, debiendo resaltarse que ni después de la visualización y audición de dicha declaración ni tampoco en el motivo se indiquen qué preguntas podrían haberse formulado al menor en el acto de la Vista Oral que no hubieran sido formuladas en la repetida diligencia de preconstitución de la prueba, por lo que puede afirmarse que, así las cosas, no se ha producido indefensión real a la parte recurrente en cuanto la incomparecencia del menor no ha supuesto un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en recientísima sentencia que resolvía el recurso de amparo nº 10202/2009y en la que el Alto Tribunal establece que cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogado; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral.

Atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1.989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2.001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia que lo interpreta no son ajenas a estas necesidades. Así, a través de los arts. 433,448,455,707,731 bis,777.2 y797.2 L.E.Cr., es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio.

Y añade, en definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del TEDH que han sido citados indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede

llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso.

Todas estas garantías que salvaguardan el derecho de defensa han sido respetadas en el caso presente, y, en consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Se censura seguidamente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, aduciendo que no existe prueba de la presencia de la acusada en el episodio del día 26 de julio de 2008 en que, según la declaración de Hechos Probados, el acusado aplicó la hoja de un cuchillo calentada al fuego en la cara interna de los muslos del menor de 10 años. Precisa el "factum" que la acusada, si bien no participó activamente en el castigo, estuvo presente en todo momento sin que llevara a cabo acción alguna para evitar el mismo.

Afirma la parte recurrente que la declaración de la víctima (Carlos Antonio) no es suficiente para desacreditar la presunción de inocencia de la acusada, "si se atiende a la mala relación que mantenían el menor con Eva , mala relación que quedó constatada en el acto del juicio, y que la incriminación del menor de Eva en los hechos obedece única y simplemente a la animadversión que siempre ha mantenido con la misma.

Por consiguiente -concluye- se trata de una declaración impulsada por móviles espurios que evidencian la existencia de incredulidad subjetiva en las declaraciones de la víctima contra la acusada que vendrían motivadas porque Carlos Antonio no aceptaba a ésta en el rol de madre, y porque existe una mala relación entre ambos resultante de un sentimiento de celos hacia la acusada y la hija de ésta". Alegaciones éstas sin el debido y necesario refrendo probatorio que acredite unas declaraciones mendaces, teniendo en cuenta, por lo demás, que la credibilidad del testigo corresponde en exclusiva al Tribunal juzgador en su actividad de valorar la fiabilidad que le merece el testimonio en función del contenido del mismo y del resto de las pruebas practicadas. Máxime cuando la declaración incriminatoria del menor viene corroborada por el hecho no cuestionado de que la recurrente también sometió al niño a diversas agresiones físicas con un cable de T.V.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- Por infracción de ley delart. 849.1º L.E.Cr. se protesta por la indebida aplicación delart. 173.2 e indebida inaplicación delart. 173.3 C.P., por cuanto, se afirma, no está demostrada la habitualidad en los malos tratos, pudiendo haberse producido las cicatrices que presentaba el menor en un

solo acto de maltrato físico.

En primer lugar, debe significarse que el "factum" declara con claridad que desde septiembre de 2007 (cuando Carlos Antonio cumplió diez años) fue sometido a continuos castigos físicos hasta el episodio de las quemaduras con el cuchillo calentado a alta temperatura de julio de 2.008, tanto por el acusado como por la acusada. La habitualidad en el maltrato está presente en esta descripción fáctica, que, como se ha dicho incesantemente por esta Sala, debe mantenerse inmodificable en un motivo de casación por la vía delart. 849.1º L.E.Cr.

El hecho de que el niño no fuera capaz de concretar las fechas en que se produjeron las diversas agresiones, no empece la existencia de la habitualidad, máxime cuando el hermano mayor declaró haber presenciado una de esas acciones de violencia física producida con un cable de TV que no pudo producir, a tenor de tal testimonio, todas las cicatrices que presentaba el menor -hasta 57-, por lo que necesariamente tal cantidad de señales expresivas de agresiones debieron producirse en distintas ocasiones. Al menos se han concretado tres: la presenciada por el hermano mayor, las quemaduras en el interior de los muslos y necesariamente otras agresiones provocadoras de las restantes y múltiples cicatrices.

En lo demás, nos remitimos a lo que ha quedado consignado en el Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución.

El motivo debe ser desestimado.

NOVENO.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba delart. 849.2º L.E.Cr.

No designa el motivo ningún documento, sino que la censura no es más que una reiteración resumida de los motivos precedentes en los que alega sobre la falta de prueba y la concurrencia del elemento de la habitualidad en el maltrato.

De modo subsidiario, y fuera del marco del motivo por error de hecho, el recurrente expone que en relación con el episodio de las quemaduras con el cuchillo calentado, y puesto que la propia sentencia recurrida ya recoge que la acusada "no tuvo ninguna participación activa" en tales hechos, se alega que no es ajustado a derecho la imposición de idéntica consideración y pena a ambos acusados. Se interesa de forma subsidiaria que para el caso de condena por los hechos correspondientes con la quemada, debe hacerse en condición de cómplice, pero nunca como autora.

El recurrente no tiene razón.

El relato histórico describe cómo los maltratos físicos al menor eran ejecutados tanto por el acusado como por su esposa. Y que en la agresión con la hoja del cuchillo caliente efectuada por el acusado, **la acusada estuvo presente en todo momento**, es decir, mientras que aquél calentaba el metal hasta

que lo aplicó al interior de los muslos del niño. Ninguna duda cabe que el hecho de que no llevara a cabo acción alguna para evitar tan brutal agresión significa un consentimiento de la misma, coadyuvando siquiera como apoyo moral a la acción agresiva, dando su aquiescencia a esta cruel práctica y violentando de ese modo su obligación que como garante como madre y guardadora de hecho de la protección del niño, se le exigía, por lo que debe responder en concepto de coautora del hecho delictivo.

En efecto, como decíamos en nuestra STS n° 320/2005, de 4 de marzo, al analizar el caso de la madre de un niño víctima de malos tratos ejecutados por el padre, aunque a efectos dialécticos se entendiera que la patria potestad de la menor maltratada salvajemente no era ejercida por la acusada, al ingresar aquélla temporalmente en un núcleo familiar integrado por su propia madre y el compañero sentimental de ésta, la acusada debía asumir inevitablemente la guarda de hecho y los deberes propios de cuidado y protección de ella derivados en aquellos períodos temporales en que -aparte del acusado- era la única persona que podía velar por la menor. Reiterando el criterio mantenido en un supuesto muy similar, examinado en la STS de 9 de octubre de 2.000, hay que afirmar enérgicamente que, como consecuencia de una guarda de hecho sobre la hija menor, a la que la recurrida no podía en modo alguno sustraerse, tenía la obligación legal de actuar para impedir que su compañero hiciese víctima a su propia hija de las criminales agresiones y maltratos por los que ha sido condenado y que, habiendo infringido dicha obligación de actuar, su omisión debe ser equiparada a la autoría en los términos del art. 11 C.P. para la producción del ilícito resultado y la perpetración del delito.

Este criterio se ha mantenido también en otras muchas resoluciones de esta Sala, como las SSTS 834/2000, de 19 de mayo y 1161/2000, de 26 de junio, han venido a abordar este problema; en concreto la valoración penal de la conducta pasiva de algún progenitor ante las reiteradas agresiones físicas cometidas por su pareja sobre los hijos. En las mismas se ha reputado autoría y no complicidad la conducta del progenitor.

La STS 1161/2000 analizó la conducta de la madre de un niño de 5 meses que "no consta -según el relato de hechos probados- participase activa o pasivamente" en las agresiones que reiteradamente le propinaba el padre ante sus pérdidas de paciencia por los lloros del menor. La condena por delito del art. 173 al padre se extendió en casación, gracias al recurso interpuesto por el M. Fiscal, a la madre por entenderla responsable del delito del art. 173 en comisión por omisión, habida cuenta de su posición de garante que se convirtió en esencial o necesaria, no meramente favorecedora, para la consumación de las lesiones. Esta sentencia cifra la posición de garante no solo en los deberes morales que la propia naturaleza biológica de la maternidad representa sino en el deber legal impuesto por el art. 154 C. Civil. Cita a su vez otras de 22-6-1991 (en esta sentencia se condenó en comisión por omisión al padre de una niña de 5 meses que presencié, sin intervenir, el maltrato propinado y múltiples lesiones causadas por su mujer a la hija de 5 meses de ambos) y 31-10-1991 (en esta sentencia se condenó por comisión por omisión a la madre de una niña de 3 años que no hizo nada por evitar e impedir el continuo maltrato realizado por su cónyuge sobre la menor).

Para finalizar, ha de señalarse que a la participación activa de la acusada en otros actos de agresión física sobre el menor,

debe sumarse que ni consta en el relato histórico dato alguno de que la recurrente hubiera omitido su obligada actuación protectora de la víctima por miedo a una reacción violenta del acusado contra ella misma por encontrarse en una situación de sometimiento y subyugación por su pareja, ni tampoco en el motivo se hace alusión alguna a tal eventual posibilidad.

El motivo se desestima.

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL

DÉCIMO.- El Fiscal formula un motivo por infracción de ley del art. 849.1º L.E.Cr. por inaplicación indebida del art. 150 C.P. y correlativa aplicación indebida del art. 153.2

La reclamación casacional viene precedida de otro motivo por error de hecho en la apreciación de la prueba del art. 849.2º L.E.Cr. Sostiene el Ministerio Público que en la narración de Hechos Probados se dice que como consecuencia de las agresiones físicas a que fue sometido por los acusados, "el menor presentaba en el momento en que se inician las actuaciones (julio de 2008) múltiples cicatrices lineales en diversas partes del cuerpo cuya evolución a día de hoy se desconocen pero que previsiblemente tenderán a mejorar", pero señala el motivo que la sentencia incurre en un error de hecho omisivo porque el relato en este punto resulta incompleto, ya que con la expresión "múltiples cicatrices" no se llega a describir, ni a permitir imaginar siquiera al más exagerado lector, que lo que con ello quiere decirse es que el menor víctima de estos hechos presentaba 57, nada menos que **57 cicatrices distintas, esparcidas por prácticamente todo su cuerpo** . Por ello, se interesa que conste en el factum la descripción específica de las cicatrices que el menor presentaba como consecuencia de las agresiones recibidas, descripción detallada que consta en el informe forense al que se hace referencia y que se complementa con las fotografías obrantes en la causa.

Como documento acreditativo del error, se designa el Informe Médico-Forense obrante a los folios 57 a 59, ratificado en el Juicio Oral por la Dra. Clara , que es el único practicado al respecto y que no ha sido cuestionado por los acusados. Y expresa que el dicho informe tiene virtualidad y eficacia para modificar el pronunciamiento del fallo, concretamente que la multitud de cicatrices que presenta la víctima, constituyen el tipo de deformidad no grave del art. 150 C.P. y no una simple lesión no definida como delito, o una acción de golpear sin causar lesión que se tipifica en el art. 153, que fue el aplicado por el Tribunal a quo.

El motivo debe ser estimado.

Concurren todos los requisitos de forma y fondo establecidos por la doctrina de esta Sala para el éxito casacional del reproche: su carácter de documento que admite excepcionalmente la virtualidad de la prueba pericial para modificar los hechos, cuando: a) exista un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponga la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos y se estime el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere levemente

su sentido originario; o b) cuando se cuenta solo con dicho dictamen o dictámenes coincidentes, y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con los citados informes, sin expresar razones que los justifiquen. Que el documento evidencia el error cometido por el juzgador al consignar u omitir algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones, que sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables; y, finalmente, el ya dicho de que el dato o elemento acreditado por el particular del documento designado por el recurrente tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues ni afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se hace contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Alega también el recurrente que, además, el Informe Médico-Forense acreditaría otro error que se advierte en el "factum" respecto a la afirmación allí contenida de que las cicatrices "**previsiblemente tenderán a mejorar**". Sostiene el motivo que no se conoce de dónde haya podido extraer la Sala tal afirmación, cuando en el informe forense única pericial existente, no se dice que las cicatrices vayan a desaparecer o a mejorar. Al contrario, el examen en el plenario de la médico forense Doña Clara , quien ratificó su informe, permitió conocer -a preguntas del Ministerio Fiscal- que las cicatrices que presentaba el menor eran**permanentes y no iban a variar su extensión con el crecimiento** .

Estimado, pues, el motivo casacional, el relato histórico de la sentencia habrá de incluir la descripción de las secuelas físicas que presenta el menor-víctima en los siguientes términos:

"Presenta a nivel de la región facial, zona mandibular derecha una cicatriz lineal de color blanca de 2 cm. de longitud, cronología antigua. A nivel de la región torácica anterior se observa: a nivel del flanco abdominal derecho hacia la línea media una cicatriz lineal en cruz de color negra de 5 por 5 cm. de longitud, inferior a esta presenta dos cicatrices lineales de color negro de 3 cm. de longitud la superior vertical y la inferior oblicua, en la región inguinal izquierda presenta otra cicatriz oblicua de 3 cm. de longitud de color negro. A nivel de la región dorso-lumbar: a nivel del hombro izquierdo presenta una cicatriz semicircular de 9 cm. de longitud, de color negro, con una región de coloración blanca de unos 3 cm. A nivel de zona escapular izquierda se observa otra cicatriz lineal semicircular color negro de 2 cm. de longitud, a nivel más medio, presenta una cicatriz semicircular descendente de 12 cm. de longitud color negro. A nivel infraescapular presenta dos cicatrices lineales oblicuas color negro la más interna de 15 cm. y la externa de 10 cm. de longitud. A nivel de zona lumbar izquierda hay otra cicatriz semicircular de 3 cm. de longitud.

"A nivel de la línea media lumbar, tercio medio, hay una cicatriz lineal vertical color negro de 4 cm. de longitud, inferior a ésta hay cuatro cicatrices lineales horizontales color blanco de 1 cm. de longitud cada una. Región genital-anal: no se evidencian lesiones ni erosiones externas. A nivel zona escapular derecha: se observan dos cicatrices lineales horizontales de color negro de 2 y 3 cm. de longitud respectivamente. A nivel lateral e inferior escapular derecha, presenta cuatro cicatrices semicirculares de superior a inferior de 5, 4, 2, 2 cm. de longitud, la

superior tiene color rosado el resto de color negro. A nivel de la extremidad superior derecha: cara anterior: a nivel de la región superior próxima a la zona axilar presenta dos cicatrices lineales oblicuas de color negro y de 2 cm. de longitud. A nivel del antebrazo lado cubital presenta tres cicatrices lineales de color negro de 2 cm. de longitud cada una. Cara posterior: en el tercio superior presenta dos cicatrices lineales oblicuas de 10 y 5 cm. de longitud y color negro. A nivel del antebrazo, zona próxima al codo, se observan cuatro cicatrices lineales de color negro, dirección oblicua de 2,2 y 4 cm. de longitud. A nivel del codo presenta una erosión lineal de 5 cm. de longitud color rojo, refiere por caída. A nivel de la extremidad superior izquierda: cara anterior: a nivel del antebrazo, zona próxima al pliegue del codo presenta una cicatriz semicircular de color negro de 2 cm. de longitud. Inferior a ésta presenta dos cicatrices lineales de color negro oblicuas la más externa de 5 cm. de longitud y la más interna de 4 cm. de longitud.

"Cara posterior: a nivel del tobillo presenta tres cicatrices una superior lineal de color negro de 1 cm. de longitud, otra inferior lineal de color negro de 1 cm. de longitud y una distal semicircular de 1 cm. de longitud. A nivel de la extremidad inferior derecha: Cara anterior: a nivel de la zona inguinal se observan granulaciones de color negro antiguas. En el tercio superior y lateral de la pierna presenta una herida rectangular de 4 cm. de longitud por dos cm. de ancho, en fase de costra en los márgenes, pero con centro equimótico de color rojo de cronología reciente. Inferior a ésta se evidencian dos cicatrices semicirculares de color negro la superior de 10 cm. y la inferior de 3 cm. En la zona más interna de la pierna hay dos cicatrices lineales verticales de color negro de 5 cm. de longitud cada una. A nivel de la región pretibial hay una cicatriz lineal de color blanco de 4 cm. de longitud. Cara posterior: en la región de los gemelos presenta tres cicatrices semicirculares de color negro de 2 cm. de longitud cada una, sucesivamente descendentes. A nivel de la extremidad inferior izquierda. Cara anterior: presenta en la zona superior y lateral próxima a la región coxal, una herida rectangular de 10 cm. de longitud por 1,5 de ancho, márgenes en fase de costra y centro equimótico de cronología reciente. Inferiormente hay 3 cicatrices lineales oblicuas de color negro de 5,5, 2 cm. de longitud cada una, en la zona interna de la pierna presenta una cicatriz semicircular color negro de 5 cm. de longitud. A nivel de la zona pretibial presenta 2 cicatrices semicirculares de color negro de 2 y 1 cm. de longitud. Cara posterior: presenta en la zona de los gemelos tres hiperpigmentaciones circulares de color negro de 1 cm. de diámetro cada una. Observaciones: el menor presenta múltiples cicatrices lineales de color negro de cronología antigua y alguna de coloración blanca, este cambio de coloración estaría más relacionado con la profundidad de la lesión original que con el concepto cronológico. A nivel de las extremidades inferiores lado lateral presenta heridas en fase de costra pero con centro equimótico en evolución de cronología reciente entre cuatro y diez días. **Las cicatrices son permanentes**".

Igualmente ha de suprimirse del factum la expresión "sin llegar a causar deformidad", en tanto constituye una valoración jurídica propia de los FF.JJ. y no del factum.

DÉCIMOPRIMERO.- Así las cosas, y completado el "factum" como se ha dejado señalado, procede examinar ahora el segundo motivo formulado por el Ministerio Público, esta vez al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. por indebida falta de aplicación del art. 150 C.P. y consecuente incorrecta aplicación del art. 153.2 C.P.

La argumentación jurídica de la parte recurrente resulta irrefutable a la luz de la disposición legal en que se pretende subsumir esas secuelas, como de la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre el concepto de deformidad.

En efecto, utiliza la sentencia impugnada un triple criterio para descartar la deformidad: las cicatrices no son permanentes, no son apreciables a simple vista, y la solución acogida es acorde con el criterio jurisprudencial.

Todas son razones ajenas por completo a la inmediación y revisables ahora en sede casacional. Es más, la Sala de instancia se pronunció sobre la deformidad sin el examen del menor y sí de la pericial y fotografías señaladas. Ninguna de tales razones es sostenible.

El carácter no permanente de las cicatrices resulta contrario a la modificación aceptada del factum y en cualquier caso al diagnóstico de la médico forense expresada en el plenario.

La no "apreciación a simple vista" resulta difícil de admitir si lo que se ha examinado han sido las fotografías del menor y si se trata de 57 cicatrices, una de ellas en zona mandibular y muchas en tórax y extremidades. Ciertamente con dicho número de cicatrices lo que cabría cuestionarse es si quedan zonas del menor en las que no se vean cicatrices. Finalmente, la jurisprudencia sobre la materia es clara.

Las sentencias invocadas por la Audiencia Provincial en la sentencia que se recurre no son aplicables en este caso por tratarse de supuestos fácticos diferentes. Así, ninguna de ambas sentencias aborda un supuesto como el que nos ocupa con un número tan exagerado de cicatrices. En concreto, la citada STS 24-10-2001 se refiere a una única cicatriz en zona nasolabial diciendo que es "ligeramente perceptible".

El art. 149 recoge la "grave" deformidad y el art. 150 contempla la deformidad de carácter no grave. Es sin duda, esta última la apreciable si se atiende a que las lesiones producidas en el menor con empleo de un cable de antena de TV a modo de fusta o látigo, produciendo diversos golpes directos sobre su cuerpo, han provocado cicatrices no solo en las extremidades inferiores y superiores, sino también en el tórax, e incluso una de ellas en la región facial, concretamente en la zona mandibular. Esas cicatrices integran sin duda el concepto manejado por esa Sala de deformidad.

Aun cuando hipotéticamente solo se considerara la cicatriz del rostro del menor (dejando de lado las otras 56 cicatrices) cabría traer a colación que las cicatrices visibles en el rostro se han estimado deformidad en casos similares. Así STS 19-9-1990 - heridas en zonas visibles como mejilla y cuello-; 1099/2003-cicatriz de 2 cm. en rostro con deformidad estética moderada-; 190/2004-cicatriz que cruza el rostro desde barbilla a ojo-; 1277/2003 -tres cicatrices en mejilla y sien-; 470/2005-cicatriz en rostro que precisa de operación estética-; 1871/2002 que reputó deformidad dos cicatrices debajo del párpado (una de ellas de unos 2 centímetros en sentido vertical que se cruza con otra horizontal que tiene desde nacimiento) una en ceja y dos en pabellón auricular, cicatrices, que aún siendo susceptibles de reparación quirúrgica, ocasiona un evidente daño estético en un varón.

En cuanto a la visibilidad de las heridas esa Sala ha extendido la deformidad aun cuando las cicatrices se hallen en zonas corporales no visibles pero que puedan descubrirse ocasionalmente (SSTS 23-1-1990y 7541993, de 30 de marzo, referidas a muslos y espalda).

LaSTS 1479/2003consideró causante de deformidad una cicatriz de 20 cms. en región lumbar, señalándose en la sentencia que "la misma, como gráficamente dice el Tribunal de instancia, se prolonga desde la columna vertebral hasta el costado izquierdo, está localizada en una zona queda al descubierto cuando se hace deporte".

En laSTS 1143/2001, se consideró constitutiva de deformidad del artículo 150 del Código Penal, una cicatriz quirúrgica de 15 cms. en zona umbilical, rechazando que el hecho de que la cicatriz permaneciera normalmente oculta fuera una razón para negar sus efectos deformantes.

Esta Sala ha admitido la existencia de deformidad en caso de cicatrices presentes en el cuerpo de la víctima, en casos mucho menos graves que el que nos ocupa. Así, la recienteSTS 430/2010, de 28 de abril, tras declarar probado que la víctima "sufre como secuela dos cicatrices una de 4 cm. en el antebrazo derecho y otra de 18 cm. en la subcostal izquierda, cicatriz esta última que ocasiona un perjuicio estético importante" considera que "el criterio mantenido por el Tribunal de instancia de que concurría la deformidad del artículo 150, es decir, no la grave a que se refiere el artículo 149, no puede considerarse erróneo atendidas la entidad, visibilidad y permanencia de las cicatrices sufridas por el perjudicado" y la también recienteSTS 819/2010, de 21 de septiembre, tras declarar probado que la víctima presenta como secuelas "limitación de la movilidad de la muñeca, material de osteosíntesis, parestesias de partes acras y dos cicatrices en el antebrazo izquierdo, una en la cara dorsal de 8,5 cm. y otra en la cara anterior de 8 cm. de longitud, de carácter visible y permanente, que le producen un perjuicio estético en el brazo, afeando el mismo", considera correcta la tipificación de tales lesiones como deformidad del art. 150 C.P.

Es de señalar, finalmente, que las lesiones por deformidad pretendidas por el Ministerio Fiscal son las del artículo 150 del C.P. y no las graves del artículo 149. Es decir, que la propia expresión utilizada por el juzgador de instancia en los hechos probados al referirse a las cicatrices que presenta el menor "**constituyendo en su conjunto un defecto estético moderado**" ya podría haber dado lugar a la aplicación de la deformidad (asíSTS 1174/2009, de 10 de noviembre, en la que declarando los hechos probados "restándole como secuelas diversas cicatrices con un perjuicio estético medio" se confirmó la calificación de lesiones por deformidad).

Los acusados impugnan este motivo alegando que el art. 150 C.P. está condicionado a la comisión previa de un delito de lesiones tipificadas en el art. 147, para cuya curación sea objetivamente necesario tratamiento médico o quirúrgico, lo cual no consta.

Sin embargo, no consideramos aceptable esta alegación. En primer lugar porque la descripción típica del art. 150 se limita a definir

como autor del delito "al que causare a otro la deformidad", pero no requiere que ésta sea consecuencia de un delito de lesiones típicas del art. 147 ó 148, por lo que el tipo delictivo en cuestión goza de autonomía propia cualquiera que sea el medio empleado para causar el resultado típico.

En segundo lugar, porque el art. 147.1, segundo párrafo, tipifica como delito de lesiones la realización cuatro veces en un año una falta de lesiones del art. 617 C.P. Y es elemental que a tenor del hecho probado, ello ha sucedido en el caso actual toda vez que, como hemos señalado con anterioridad, al menos han quedado acreditados dos actos de agresión (los azotes al niño presenciado por el hermano mayor y las quemaduras con el cuchillo calentado). Una interpretación racional de la descripción fáctica, basada en las reglas del razonamiento lógico y de las máximas de la experiencia, justifica que el resto de las 57 cicatrices que presenta el menor han tenido necesariamente que ocasionarse en la ejecución de otras dos o más agresiones físicas sobre el cuerpo del menor y de las que fue objeto según el Hecho Probado desde septiembre de 2007 hasta julio de 2008, período de tiempo en que "fue sometido a **continuos castigos físicos** " mediante flagelación con un cable de T.V.

La estimación del motivo provoca la casación y anulación de la sentencia y el dictado de otra por esta Sala en la que, aplicando lo dispuesto en el art. 173.2 ("sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica" en la ejecución de malos tratos en el ámbito familiar que regula el precepto), se han de calificar los hechos como constitutivos de un delito autónomo de lesiones con deformidad menos grave del art. 150 C.P. con la agravante de parentesco que propugnaba el Fiscal, imponiéndose a ambos acusados la pena de cinco años de prisión, quedando anulada la subsunción de los hechos en el delito del art. 153.2 C.P.

DÉCIMOSEGUNDO.- También por error de derecho del art. 849.1º L.E.Cr., se protesta por la indebida inaplicación del art. 173.1 C.P. en lugar del aplicado 153.2 C.P.

El reproche casacional se circunscribe a la última secuencia fáctica descrita en los hechos probados, concretamente al castigo sufrido por el menor el día 26 de julio de 2008, consistente en quemarle la cara interior de ambos muslos con un cuchillo al rojo. La sentencia ha estimado que no constituye el delito de trato degradante del art. 173.1 por el que formuló acusación el Fiscal y por ello absuelve del mismo y estima que integra el delito de maltrato ocasional familiar del art. 153.2 C.P.

Considera la parte recurrente que la acción fue degradante y produjo un menoscabo de la integridad moral de la víctima, por el procedimiento empleado y por lo doloroso de éste.

El motivo no puede ser estimado.

Es claro que en toda agresión física injustificada a un ser humano por quien ostenta una situación de superioridad, se atenta contra el derecho de la víctima a su integridad e incolumidad corporal, aunque la acción contenga también un cierto componente de atentado contra la dignidad del agredido

precisamente por lo injustificado de la agresión. En el caso presente, el episodio de las quemaduras no aparece como dirigido a degradar a la víctima, menoscabando gravemente su integridad moral, como exige el art. 173.1 C.P., ni que los acusados actuaran con ese dolo directo o eventual. No aparece -al menos con la debida claridad- un propósito de vejación o humillación, sino de castigar un comportamiento del menor por un hecho desaprobado por los padres, por más que el castigo fuera desmesurado y bárbaro, pero proyectado no a rebajar o denigrar al sujeto pasivo de la agresión, sino como mero propósito de corrección. Es decir, que esta Sala alberga cuanto menos la duda de que los acusados tuvieran conciencia de que la acción sobre el menor fuera constitutiva de un trato degradante y envilecedor y, sobre todo, que concibieran y ejecutaran el maltrato con dolo directo o eventual de atentar y menoscabar la dignidad y los valores morales del menor.

Fallo

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por el **Ministerio Fiscal**, con estimación de los motivos primero y segundo, y desestimación del tercero; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, de fecha 13 de enero de 2.011 en causa seguida contra los acusados Eva y Moises por delitos de maltrato habitual en el ámbito familiar. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso.

Asimismo, **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** interpuestos por las representaciones de los acusados Eva y Moises contra dicha sentencia. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre **Diego Ramos Gancedo**

Encabezamiento

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Noviembre de dos mil once.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Igualada, con el nº 32 de 2.010, y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Sexta, por delitos de maltrato habitual en el ámbito familiar contra los acusados Moises con NIE NUM004 nacido en Fellolae (Guinea Kronaki) el día 30-04-1971, hijo de Luis Manuel y de Rosa y domiciliado en la PLAZA000 NUM000 esc. NUM003 NUM001 NUM002 de Calaf (Barcelona) y contra Eva con NIE NUM005, nacida en Guinea Kronaki el día 01-01-1982, hija de Ibrahim y de Fatamata y domiciliada en la PLAZA000 NUM000 esc. NUM003 NUM001 - NUM002 de Calaf (Barcelona), y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha

13 de enero de 2.011, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

Antecedentes

ÚNICO.- Los que figuran en la sentencia impugnada a los que habrán de añadirse los siguientes: "Presenta a nivel de la región facial, zona mandibular derecha una cicatriz lineal de color blanca de 2 cm. de longitud, cronología antigua. A nivel de la región torácica anterior se observa: a nivel del flanco abdominal derecho hacia la línea media una cicatriz lineal en cruz de color negra de 5 por 5 cm. de longitud, inferior a esta presenta dos cicatrices lineales de color negro de 3 cm. de longitud la superior vertical y la inferior oblicua, en la región inguinal izquierda presenta otra cicatriz oblicua de 3 cm. de longitud de color negro. A nivel de la región dorso-lumbar: a nivel del hombro izquierdo presenta una cicatriz semicircular de 9 cm. de longitud, de color negro, con una región de coloración blanca de unos 3 cm. A nivel de zona escapular izquierda se observa otra cicatriz lineal semicircular color negro de 2 cm. de longitud, a nivel más medio, presenta una cicatriz semicircular descendente de 12 cm. de longitud color negro. A nivel infraescapular presenta dos cicatrices lineales oblicuas color negro la más interna de 15 cm. y la externa de 10 cm. de longitud. A nivel de zona lumbar izquierda hay otra cicatriz semicircular de 3 cm. de longitud.

"A nivel de la línea media lumbar, tercio medio, hay una cicatriz lineal vertical color negro de 4 cm. de longitud, inferior a ésta hay cuatro cicatrices lineales horizontales color blanco de 1 cm. de longitud cada una. Región genital-anal: no se evidencian lesiones ni erosiones externas. A nivel zona escapular derecha: se observan dos cicatrices lineales horizontales de color negro de 2 y 3 cm. de longitud respectivamente. A nivel lateral e inferior escapular derecha, presenta cuatro cicatrices semicirculares de superior a inferior de 5, 4, 2, 2 cm. de longitud, la superior tiene color rosado el resto de color negro. A nivel de la extremidad superior derecha: cara anterior: a nivel de la región superior próxima a la zona axilar presenta dos cicatrices lineales oblicuas de color negro y de 2 cm. de longitud. A nivel del antebrazo lado cubital presenta tres cicatrices lineales de color negro de 2 cm. de longitud cada una. Cara posterior: en el tercio superior presenta dos cicatrices lineales oblicuas de 10 y 5 cm. de longitud y color negro. A nivel del antebrazo, zona próxima al codo, se observan cuatro cicatrices lineales de color negro, dirección oblicua de 2,2 y 4 cm. de longitud. A nivel del codo presenta una erosión lineal de 5 cm. de longitud color rojo, refiere por caída. A nivel de la extremidad superior izquierda: cara anterior: a nivel del antebrazo, zona próxima al pliegue del codo presenta una cicatriz semicircular de color negro de 2 cm. de longitud. Inferior a ésta presenta dos cicatrices lineales de color negro oblicuas la más externa de 5 cm. de longitud y la más interna de 4 cm. de longitud.

"Cara posterior: a nivel del tobillo presenta tres cicatrices una superior lineal de color negro de 1 cm. de longitud, otra inferior lineal de color negro de 1 cm. de longitud y una distal semicircular de 1 cm. de longitud. A nivel de la extremidad inferior derecha: Cara anterior: a nivel de la zona inguinal se observan granulaciones de color negro antiguas. En el tercio superior y lateral de la pierna presenta una herida rectangular de 4 cm. de longitud por dos cm. de ancho, en fase de costra en los márgenes, pero con centro equimótico de color rojo de cronología reciente. Inferior a ésta se evidencian dos cicatrices semicirculares de color negro la

superior de 10 cm. y la inferior de 3 cm. En la zona más interna de la pierna hay dos cicatrices lineales verticales de color negro de 5 cm. de longitud cada una. A nivel de la región pretibial hay una cicatriz lineal de color blanco de 4 cm. de longitud. Cara posterior: en la región de los gemelos presenta tres cicatrices semicirculares de color negro de 2 cm. de longitud cada una, sucesivamente descendentes. A nivel de la extremidad inferior izquierda. Cara anterior: presenta en la zona superior y lateral próxima a la región coxal, una herida rectangular de 10 cm. de longitud por 1,5 de ancho, márgenes en fase de costra y centro equimótico de cronología reciente. Inferiormente hay 3 cicatrices lineales oblicuas de color negro de 5,5, 2 cm. de longitud cada una, en la zona interna de la pierna presenta una cicatriz semicircular color negro de 5 cm. de longitud. A nivel de la zona pretibial presenta 2 cicatrices semicirculares de color negro de 2 y 1 cm. de longitud. Cara posterior: presenta en la zona de los gemelos tres hiperpigmentaciones circulares de color negro de 1 cm. de diámetro cada una. Observaciones: el menor presenta múltiples cicatrices lineales de color negro de cronología antigua y alguna de coloración blanca, este cambio de coloración estaría más relacionado con la profundidad de la lesión original que con el concepto cronológico. A nivel de las extremidades inferiores lado lateral presenta heridas en fase de costra pero con centro equimótico en evolución de cronología reciente entre cuatro y diez días. Las cicatrices son permanentes".

Se suprime la frase "sin llegar a causar deformidad"

Fundamentos

ÚNICO.- Los que figuran en la primera sentencia de esta Sala y, en lo que no se opongan a éstos, los de la sentencia objeto del recurso.

Fallo

Que debemos condenar y condenamos a cada uno de los acusados Moises y Eva , como autores criminalmente responsables de un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar delart. 173.2 C.P., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena a cada uno de ellos de un año y nueve meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, la accesoria de privación a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres años, así como la prohibición de comunicarse por cualquier medio o acercarse a menos de 1.000 metros del menor Carlos Antonio por tiempo en todo caso superior a un año del tiempo fijado como pena de prisión.

Que debemos condenar y condenamos a ambos acusados como responsables de un delito de lesiones delart. 150 C.P. con la agravante de parentesco, a la pena de cinco años de prisión a cada uno de ellos, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como para el ejercicio de la patria potestad sobre la víctima durante cinco años y la prohibición de comunicarse por cualquier medio o acercarse a menos de mil metros del menor Carlos Antonio por tiempo de seis años.

Se absuelve a los acusados del delito tipificado en elart. 153.2 C.P.

Ambos acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente al

menor Carlos Antonio en la cantidad alzada de 10.000 (diez mil) euros.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Diego Ramos Gancedo

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.