

Roj: **STS 1007/2012 - ECLI:ES:TS:2012:1007**Id Cendoj: **28079120012012100081**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/01/2012**Nº de Recurso: **598/2011**Nº de Resolución: **64/2012**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **CARLOS GRANADOS PEREZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP GC 2370/2010,**
STS 1007/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil doce.

En los recursos de casación por infracción de ley que ante Nos pende, interpuestos por los acusados **Victoria y Vidal**, contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas que le condenó por delitos de malos tratos y homicidio, 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Perez, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por la Procuradora Sra. Carazo Gallo y por la Procuradora Sra. Ortiz Alfonso.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 3 de los del DIRECCION012 instruyó Sumario con el número 2/2007 y una vez concluso fue elevado a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas que, con fecha 8 de noviembre de 2010, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: " Son los hechos probados, y así se declara expresamente, que los expresados, Victoria, mayor de edad, con DNI NUM000, sin antecedentes penales, y Vidal, mayor de edad, con DNI NUM001, sin antecedentes penales, tras un primer período de convivencia con la madre de aquella en su domicilio en Las Palmas de Gran Canaria, en torno al mes de noviembre del año 2006 se trasladaron a vivir, juntos, a la vivienda sita en la CALLE000 número NUM002, NUM003 NUM004 de DIRECCION012, isla de DIRECCION013, donde mantenían una relación sentimental estable y convivían junto con las dos hijas menores de Victoria, Josefa y Sandra, fruto ambas de una relación anterior, así como los dos hermanos de Vidal, durmiendo, en la misma habitación, los dos acusados y las dos menores de edad de cuyo cuidado, educación, alimentación, vestido e higiene diaria se encargaban Vidal e Victoria asumiendo aquel tales funciones especialmente en el momento en el que la madre acudía a su puesto de trabajo durante unas ocho horas diarias.

Durante dicho período de tiempo, a pesar de su corta edad, Sandra que había nacido en 2 de junio de 2006, y cuyo nacimiento no se inscribió por sus padres biológicos en el Registro Civil, debiendo acordarse la misma judicialmente tras su fallecimiento, nunca recibió atención médica, general o especializada, no habiendo sido vacunada ni tratada de sus dolencias y ello aunque, en el momento de su fallecimiento, presentaba fracturas producidas en momentos próximos al óbito, y, además, nódulos óseos en las costillas séptima derecha y octava izquierda procedentes de otras fracturas anteriores en el tiempo, con semanas de evolución, que debían provocarles a la menor dolor constante, incluso al respirar, y llanto igualmente constante que debía incrementarse en cuanto era movida por cualquier circunstancia (alimentación, limpieza o simplemente para tratar de calmarla).

Durante ese mes de diciembre de 2006 y los primeros días de enero de 2007 la acusada Victoria, en varias ocasiones, mordió, con considerable fuerza, a la menor Sandra en la zona de la cara anterior del muslo derecho,



en ambos glúteos y en la cara, zona submandibular derecha, producida esta última en la misma mañana del óbito, mordeduras que, en algunos casos, fueron de tal intensidad que dejaron claramente marcados los canino de la madre y generaron el sangrado de la menor la cual, además, también en dichos días anteriores al 5 de enero de 2007, y a lo largo de la mañana de éste, fue objeto, sin que se pueda determinar quien fue el autor material de los mismos pero en todo caso por parte de uno de los acusados, de múltiples golpes en diversas parte del cuerpo que dieron lugar a hematomas, visibles y evidentes para cualquiera que la bañase, vistiese o simplemente la llegase a observar de cerca, en zona medio frontal, pabellón auricular derecho, lesiones eritematosas sobre zona retroauricular temporal occipital y base posterior del cuello del lado derecho, hematoma en región malar izquierda, lesiones eritematosas en forma de punteado difuso en zona preauricular y temporal de lazo izquierdo, hematoma en pabellón auricular izquierdo, hematoma en zona submandibular izquierda, lesiones eritematosas en lateral izquierdo de la base del cuello y en zona posterior, lesiones en mucosas del labio superior en la zona medial que interesa el frenillo, hematomas varios en región pectoral, hematoma en el costado derecho de diferentes coloraciones, hematoma en flanco izquierdo y hematomas en regiones palmares, algunos producidos en el mismo día del fallecimiento y otros en días anteriores, sin que ni Victoria, su madre, ni Vidal que en ausencia del padre biológico había asumido voluntariamente su cuidado y crianza, a pesar de ser conscientes, por las evidencias físicas, de que éstos se estaban produciendo, no sólo no se preocuparan de que recibiese algún tipo de cuidado médico sino que, además, ni siquiera llevaron a cabo actuación laguna para, de alguna manera, evitar que tales y reiteradas golpes y ataques físicos continuasen, permitiendo así, que la salud de Sandra, que además no recibió en momento alguno asistencia médica, fuese empeorando y acumulando fracturas y hematomas.

En tales circunstancias, en horas no determinadas pero probablemente a lo largo del día 3 ó 4 de enero de 2007, uno de los dos acusados, sin que se haya podido determinar cual zarandó a Sandra de forma violenta y continuada lo que le provocó una hemorragia subdural que determinó que la menor comenzase a sufrir un cuadro de disminución de conciencia así como alteraciones varias, como vómitos y pérdida de color, no obstante lo cual, y aun siendo conscientes de lo sucedido y de la necesidad de avisar a los servicios sanitarios, optaron Victoria y Vidal, simplemente por dejar pasar la hora hasta que en la mañana del día 5 de enero, en el que Sandra sufrió nuevos golpes que le provocaron la fractura de dos costillas, hematomas varios y nuevamente resultó mordida, con bastante fuerza, por Victoria, fue objeto otra vez, y en este caso con una mayor violencia e intensidad aún, de un zarandeo reiterado que le provocó una importante hemorragia epidural en zona occipital, un intenso hematoma subdural en región parieto temporal derecha, con extensión a la línea interhemisférica y focos hemorrágicos subaracnoideos en lóbulos parietales y frontal derecho que determinaron, con el paso del tiempo, que la misma entrase en un estado semicomatoso y que posteriormente dejase de responder a estímulos externos produciéndole finalmente la muerte.

Victoria y Vidal, conscientes y habiendo consentido que se produjesen los referidos hechos, y no obstante haberse percatado, porque ambos estuvieron a lo largo de esas horas en la habitación que ocupaban junto a la menor, del grave estado de salud de Sandra, por cuanto que la niña había dejado de llorar, y ya casi no respondía a sus estímulos, ni siquiera a las mordeduras de la madre o a las fracturas de las costillas, en momentos anteriores a las 13,30 horas, y a pesar de que aún podía haber recibido asistencia médica, optaron por dejar a la niña simplemente en la cuna acostada por un pañal por toda protección, tras lo cual Victoria abandonó el domicilio familiar en torno a las 13.30 horas mientras que Vidal se quedaba jugando con una videoconsola hasta que horas después, sobre las 15.30 horas del día 5 de enero de 2007, regresó a la habitación y tras constatar que ya no tenía pulso se limitó a decirle a su hermano Iván que Sandra estaba muerta y que avisase a la policía.

Mientras Victoria, que había llegado a su trabajo en torno a las 14,15 horas, nerviosa y llorosa, sobre las 16,05 hizo una llamada, usando el teléfono móvil de una compañera de trabajo, a su casa comunicándole Vidal la muerte de Sandra tras lo cual regresó a su domicilio".

2.- La Sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "**FALLO:** QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Victoria y Vidal, ya circunstanciados, como autores penalmente responsables de un delito consumado de MALOS TRATOS HABITUALES Y DE UN DELITO consumado DE HOMICIDIO, ya definidos, con la concurrencia, respecto de ambos acusados, en lo relativo al delito de homicidio, de la circunstancia mixta de parentesco, que opera como agravante, a la pena, a cada uno de ellos, de prisión de TRES AÑOS, que lleva aparejada la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, PRIVACION DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS POR UN PLAZO DE CINCO AÑOS e INHABILITACION ESPECIAL, para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, guarda o acogimiento por un período de CINCO AÑOS, por el primero de ellos, y a la de QUINCE AÑOS DE PRISION que lleva a aparejada la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y a la PROHIBICION de aproximarse a menos de quinientos metros de la persona o lugar de residencia o comunicar, en cualquier forma, con Josefa durante un plazo de veinte años, por el segundo, así como al pago de las costas procesales por mitad sin incluir en ellas las de la acusación popular.



Es de abono a los condenados el tiempo que hubiesen estado privado de libertad por esta causa a los efectos de la ejecución de la pena. Igualmente deberá abonárseles, para el cómputo de las penas de alejamiento, las medidas cautelares de tal naturaleza que se hubiesen dispuesto durante el proceso.

Notifíquese esta resolución a la partes a las que se hará saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación de la sentencia, con los requisitos previstos en los art. 855 y concordantes de la LECRIM ".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

4.- El recurso interpuesto por la acusada Victoria se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**
Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 138, 173.2 y 173.3 del Código Penal. **Segundo.-** En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

El recurso interpuesto por el acusado Vidal se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: Primero.-** En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 138 del Código Penal. **Segundo.-** En el segundo motivo del recurso, se invoca infracción por aplicación de la agravante de parentesco.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 17 de enero de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSADA Victoria

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 138, 173.2 y 173.3 del Código Penal.

Se alega, en relación al delito de homicidio, que se le debería haber absuelto de ese delito o en su caso haberla condenado por delito de homicidio por imprudencia, argumentándose que la ausencia de asistencia médica era porque temía que se le privara de la custodia de su hija al no haberla inscrito en el Registro Civil unido a su falta de madurez, también se dice que las mordeduras pudieran ser debidas a un exceso de cariño sin que determinaran su fallecimiento y que el supuesto consentimiento para que el coacusado sometiera a zarandeos a la menor no significa cooperación en el homicidio o comisión del delito por omisión.

Y en relación al delito de maltrato habitual, se alega que la recurrente acababa de cumplir los dieciocho años, y que no era consciente del peligro que su comportamiento podía ocasionar, ni se ha tenido en cuenta su situación social y familiar, en cuanto fue rechazada por su madre, vivían hacinados en un piso y que los llantos y quejidos de la pequeña Sandra molestaban enormemente al resto de los habitantes de la casa y que ello creaba un clima de excitación.

Se esgrimen, pues, varias razones para justificar su comportamiento y se cuestiona la presencia de dolo en la muerte de la menor, en relación con el resultado acaecido.

El motivo debe ser desestimado.

En primer lugar, el cauce procesal esgrimido exige un riguroso respeto a los hechos que se declaran probados y en ellos concurren cuantos elementos caracterizan el delito de maltrato habitual apreciado, en primer lugar, por la sentencia recurrida. Así se dice en el relato fáctico que la menor -que cuando se produjo su muerte acababa de cumplir siete meses de edad- nunca recibió asistencia médica, general o especializada, no habiendo sido vacunada ni tratada de sus dolencias y ello aunque, en el momento de su fallecimiento, presentaba fracturas de las costillas octava y novena, derechas, ambas con reacción de vitalidad, fracturas producidas en momentos próximos al óbito, además nódulos óseos en las costillas séptima derecha y octava izquierda, procedentes de otras fracturas anteriores en el tiempo, con semanas de evolución, que debían provocarle a la menor dolor constante, incluso al respirar, y llanto igualmente constante que debía incrementarse en cuanto era movida



por cualquier circunstancia (alimentación, limpieza o simplemente para tratar de calmarla). Durante el mes de diciembre de 2006 y primeros días de enero de 2007 la acusada Victoria , ahora recurrente, en varias ocasiones, mordió con considerable fuerza a la menor Sandra en la zona de la cara anterior del muslo derecho, en ambos glúteos y en la cara, zona submandibular derecha, producida esta última en la misma mañana del óbito, mordeduras que, en algunos casos, fueron de tal intensidad que dejaron claramente marcados los caninos de la madre y generaron el sangrado de la menor la cual, además, también en dichos días anteriores al 5 de enero de 2007, y a lo largo de la mañana de éste, fue objeto, sin que se pueda determinar quien fue el autor material de los mismos pero en todo caso por parte de uno de los acusados, de múltiples golpes en diversas partes del cuerpo que dieron lugar a hematomas, visibles y evidentes para cualquiera que la bañase, vistiese o simplemente la llegase a observar de cerca, en la zona medio frontal, pabellón auricular derecho, lesiones eritematosas sobre zona retroauricular, temporal occipital y base posterior del cuello del lado derecho, hematoma en región malar izquierda, lesiones eritematosas en forma de punteado difuso en zona preauricular y temporal del lado izquierdo, hematoma en pabellón auricular izquierdo, hematomas en zona submandibular izquierda, lesiones eritematosas en lateral izquierdo de la base del cuello y en zona posterior, lesión en mucosa del labio superior en la parte medial que interesa el frenillo, hematomas varios en región pectoral, hematomas en costado derecho de diferentes coloraciones, hematoma en flanco izquierdo y hematomas en regiones palmares, algunos producidos el mismo día del fallecimiento, otros en días anteriores, sin que Victoria , ahora recurrente, ni Vidal , que en ausencia del padre biológico había asumido voluntariamente el cuidado y crianza de la menor, a pesar de ser conscientes, por las evidencias físicas, de que éstas agresiones se estaban produciendo, no sólo no se preocuparon de que recibiese algún tipo de cuidado médico, sino que, además, ni siquiera llevaron a cabo actuación alguna para, de alguna manera, evitar que tales y reiterados golpes y ataques físicos continuasen, permitiendo así, que la salud de Sandra , que no recibió en momento alguno asistencia médica, fuese empeorando y acumulando fracturas y hematomas.

En tal descripción fáctica se integran múltiples violencias físicas habituales ejercidas sobre la menor, en tiempos distintos, existiendo pruebas concluyentes de que las mordeduras fueron realizadas por la ahora recurrente, conductas que se subsumen, si duda, en primer lugar, en el delito de maltrato habitual, tipificado en el artículo 173.2 y 3 del Código Penal.

Por otra parte, hay que significar que ha sido condenada por delito de homicidio en la modalidad de comisión por omisión.

Respecto a la comisión por omisión tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 28 de enero de 1994, que la estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propio y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. Se añade que en los delitos de omisión el dolo 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 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 su obligación de impedir la producción del resultado. Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante. En consecuencia, 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.

En la Sentencia 363/2007, de 28 de marzo, se declara que los elementos fácticos que permiten la aplicación del artículo 11 del Código Penal son los siguientes:

- a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley.
- b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 C.P. exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación.
- c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate.
- d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.
- e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.



Y en un supuesto parecido al que examinamos en el presente recurso, la Sentencia 358/2010, de 4 de marzo, expresa que la posición de garante de la recurrente, madre de la hija de apenas un año de edad que es objeto de agresiones por parte del padre, es clara y surge de la institucionalidad de la relación y del art. 154 del Código civil. En los delitos de resultado la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo es de apreciar cuando el omitente se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir el resultado. En otros términos tanto realiza la conducta típica, en este caso matar, quien realiza activamente una conducta dirigida a la producción del resultado como quien estando obligado a defender un bien jurídico, vida de un hijo menor, en este caso de 1 año de edad, frente a agresiones que le ponen seriamente en peligro, se desentiende completamente de su protección y deja actuar al agresor, omisión de la actuación debida. Esa omisión es equivalente a la acción en la medida en que el incumplimiento de su deber de actuar en protección de la hija menor, ante la situación de peligro de muerte, supone la realización de tipo del homicidio calificado que se declara probado pues la omisión, repetimos en las circunstancias del hecho, por quien tiene un deber especial de actuar en defensa del bien jurídico en grave peligro, nacido de los deberes legales de asistencia y protección y de la propia naturaleza de la relación entre padres e hijos menores.

La jurisprudencia que se deja expresada es perfectamente aplicable al supuesto que examinamos en el presente recurso ya que en los hechos que se declaran probados, además de los extremos a los que se ha hecho antes referencia, se dice que en horas no determinadas pero probablemente a lo largo del día 3 ó 4 de enero de 2007, uno de los dos acusados -la ahora recurrente Victoria o su compañero sentimental-, sin que se haya podido determinar cuál, zarandeó a Sandra de forma violenta y continuada lo que le provocó una hemorragia subdural que determinó que la menor comenzara a sufrir un cuadro de disminución de conciencia así como alteraciones varias, como vómito y pérdida de color, no obstante lo cual, y aún siendo conscientes de lo sucedido y de la necesidad de avisar a los servicios sanitarios, optaron Victoria y Vidal, simplemente, por dejar pasar las horas hasta que en la mañana del día 5 de enero, en el que Sandra sufrió nuevos golpes que le provocaron la fractura de dos costillas, hematomas varios y nuevamente resultó mordida, con bastante fuerza, por Victoria, fue objeto otra vez, y en este caso con una mayor violencia e intensidad aún, de un zarandeo reiterado que le provocó una importante hemorragia epidural en zona occipital, un intenso hematoma subdural en región parieto temporal derecha, con extensión a la línea interhemisférica y focos hemorrágicos subaracnoideos en lóbulos parietales y frontal derecho que determinaron, con el paso del tiempo, que la menor entrase en un estado semicomatoso y que posteriormente dejase de responder a estímulos externos produciéndose finalmente la muerte. Se añade que Victoria y Vidal, habiendo consentido que se produjesen los referidos hechos, y no obstante haberse percatado, porque ambos estuvieron a lo largo de esas horas en la habitación que ocupaban junto a la menor, del grave estado de salud de Sandra, por cuanto que la niña había dejado de llorar y ya casi no respondía a sus estímulos, ni siquiera a las mordeduras de la madre o a las fracturas de las costillas, en momentos anteriores a las 13,30 horas, y a pesar de que aún podía haber recibido asistencia médica, optaron por dejar a la niña simplemente en la cuna acostada con un pañal por toda protección, tras lo cual Victoria abandonó el domicilio familiar en torno a las 13.30 horas mientras que Vidal se quedaba jugando con una videoconsola hasta que horas después, sobre las 15,30 horas del día 5 de enero de 2007, regresó a la habitación y tras constatar que ya no tenía pulso se limitó a decir a su hermano Iván que Sandra estaba muerta y que avisara a la policía.

La conductas y hechos que se dejan descritos evidencian que la ahora recurrente tuvo pleno conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar, como igualmente le resultaba evidente su capacidad de acción, impidiendo y cesando en los malos tratos y golpes que desencadenaron la muerte de la niña, como en la no menos evidente necesidad de asistencia médica, sin que tampoco ofrezca la menor duda que tuvo conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante, es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado.

Así las cosas, es correcta la calificación de homicidio por comisión por omisión sin que se haya producido la infracción legal que se denuncia.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se señala, en apoyo del motivo, el informe de autopsia y el acta levantada por los policías instructores del atestado en lo que concierne a las mordeduras sufridas por la menor. Se alega que los médicos forenses, en el informe de autopsia, dictaminan que existe certeza de que las lesiones cutáneas por mordedura han sido producidas por la madre de Sandra y que en el informe final manifiestan que no lo pueden acreditar.

Por otra parte se dice que sólo se le imputa una mordedura y que ello no es causa suficiente para acreditar un supuesto maltrato y menos que fuese determinante para producir el fallecimiento de la menor.



Son exigencias propias de un documento casacional el que goce de literosuficiencia y autonomía probatoria, es decir, que por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma de la inocencia del acusado sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas.

El informe de autopsia, en el que se pretende fundamentar el presente motivo, de ningún modo desvirtúa las razones que ha tenido en cuenta el Tribunal de instancia para construir la comisión por omisión de un delito de homicidio. Muy al contrario, el Tribunal de instancia ha valorado ese informe pericial para alcanzar la convicción que se refleja en los hechos que se declaran probados. Otra cosa no podía suceder cuando en las conclusiones médicos legales -folio 430, ratificado en el acto del juicio oral- se expresa lo siguiente: 1º. Que se trata de una muerte violenta de carácter homicida; 2º. Que la causa inmediata es la parada cardio respiratoria; 3º. Que la causa fundamental es hemorragias cerebrales traumáticas por zarandeo dentro de un maltrato infantil; 4º. Que la data se estima no superior a tres horas antes del levantamiento; 5º. Que aunque no se puede demostrar la autoría de dichas lesiones, si existe certeza de que las lesiones cutáneas por mordedura han sido producidas por la madre de Sandra ; 6º. Que en el cuerpo de Sandra se han detectado indicios de naturaleza médica que permiten de forma inequívoca realizar el diagnóstico de un maltrato infantil continuado; 7º. Que existen suficientes antecedentes para poder hacer un diagnóstico de maltrato por omisión; 8º. Que la muerte no sobrevino de forma inmediata sino mediante un periodo de supervivencia que permitió solicitar asistencia médica. Y en el acto del juicio oral, se amplió el informe médico mencionado señalando el Doctor D. Carlos Jesús que fue Victoria quien causó la mordedura hallada en el muslo, y que en cuanto a las otras hay coincidencia en que pudieran corresponder también a Victoria pero no es seguro, y que no podía producirse por una niña de 18 meses -se atribuía por los acusados a la hermana de la menor fallecida-; en cuanto a las fechas hay mordeduras de días anteriores y otras más recientes, que las mordeduras eran dolorosas para la niña ya que se marcaban los dientes. Añaden los peritos médicos que creen que a partir de los tres meses esa niña estaba recibiendo malos tratos por las fracturas costales halladas, que consideran grave que una niña de tres meses se le rompan dos costillas, tenía que tener un llanto continuo y necesitaría atención médica, y que cada vez que se cogiera la niña lloraría de manera persistente. Se dictamina asimismo que los hematomas pudieran corresponder a pellizcos y tirón de orejas, y que los hematomas en el torax fueron producidos por cogerla fuertemente y zarandearla; que ha sufrido malos tratos de forma habitual y continuada; que al causarse un fuerte zarandeo, el cerebro baila dentro de la cavidad craneal y es lo que produce las hemorragias; que la muerte no fue instantánea, se le produjo una situación de shock y que hay adherencias en la pared del cerebro que evidencian que las primeras lesiones del cerebro se produjeron unas 48 horas antes.

Por todo lo que se deja expresado ni los informes médicos ni el atestado policial pueden acreditar error alguno en la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia sobre la conducta activa y omisiva de la recurrente en relación a los malos tratos habituales sufridos por su hija y sobre las causas que determinaron su fallecimiento.

RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO Vidal

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 138 del Código Penal.

Se argumenta, a favor del motivo, que en la sentencia se dice que uno de los dos acusados, sin que se haya podido determinar cual, zarandó a Sandra de forma violenta y continuada lo que provocó una hemorragia y lo único que se ha podido probar es que la otra acusada mordió con notable fuerza a su hija, pero no está probado que el recurrente participara en los malos tratos, zarandeos y golpes a la menor.

El motivo se presenta enfrentado a un relato fáctico en el que se expresa, como antes se dejó mencionado, que en horas no determinadas pero probablemente a lo largo del día 3 ó 4 de enero de 2007, uno de los dos acusados -la ahora recurrente Victoria o su compañero sentimental- sin que se haya podido determinar cuál, zarandó a Sandra de forma violenta y continuada lo que le provocó una hemorragia subdural que determinó que la menor comenzara a sufrir un cuadro de disminución de conciencia así como alteraciones varias, como vómito y pérdida de color, no obstante lo cual, y aún siendo conscientes de lo sucedido y de la necesidad de avisar a los servicios sanitarios, optaron Victoria y Vidal, simplemente, por dejar pasar las horas hasta que en la mañana del día 5 de enero, en el que Sandra sufrió nuevos golpes que le provocaron la fractura de dos costillas, hematomas varios y nuevamente resultó mordida, con bastante fuerza, por Victoria, fue objeto otra vez, y en este caso con una mayor violencia e intensidad aún, de un zarandeo reiterado que le provocó una importante hemorragia epidural en zona occipital, un intenso hematoma subdural en región parieto temporal derecha, con extensión a la línea interhemisférica y focos hemorrágicos subaracnoideos en lóbulos parietales y frontal derecho que determinaron, con el paso del tiempo, que la menor entrase en un estado semicomatoso y que posteriormente dejase de responder a estímulos externos produciéndose finalmente la muerte. Se añade que Victoria y Vidal habían consentido que se produjesen los referidos hechos, y no obstante haberse percatado, porque ambos estuvieron a lo largo de esas horas en la habitación que ocupaban junto a la menor, del grave estado de salud de Sandra, por cuanto que la niña había dejado de llorar y ya casi no respondía a sus



estímulos, ni siquiera a las mordeduras de la madre o a las fracturas de las costillas, en momentos anteriores a las 13,30 horas, y a pesar de que aún podía haber recibido asistencia médica, optaron por dejar a la niña simplemente en la cuna acostada con un pañal por toda protección, tras lo cual Victoria abandonó el domicilio familiar en torno a las 13.30 horas mientras que Vidal se quedaba jugando con una videoconsola hasta que horas después, sobre las 15,30 horas del día 5 de enero de 2007, regresó a la habitación y tras constatar que ya no tenía pulso se limitó a decir a su hermano Iván que Sandra estaba muerta y que avisara a la policía.

Vistos los hechos que se declaran probados, como antes se ha dejado expresado respecto a la acusada Victoria, es correcta la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia de que el ahora recurrente ha cometido un delito de homicidio por comisión por omisión, sin que su posición de garante plantee cuestión en cuanto había asumido, junto a la madre, de la que era pareja sentimental, el cuidado diario de la menor.

Ciertamente, como sucedía con la anterior recurrente, el acusado tuvo pleno conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar, como igualmente le resultaba evidente su capacidad de acción, impidiendo y cesando en los malos tratos y golpes que desencadenaron la muerte de la niña, como en la no menos evidente necesidad de asistencia médica, sin que tampoco ofrezca la menor duda que tuvo conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante, es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado.

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, se invoca infracción por aplicación de la agravante de parentesco.

Se expresa la disconformidad con la agravante de parentesco alegándose que no era padre de la niña fallecida.

La posición de garante, como se ha dejado mencionado al examinar el anterior motivo, surge de la relación sentimental que mantenía con la madre y del cuidado diario de la menor que había asumido junto a su pareja sentimental.

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 20/2001, de 22 de enero, que se excluye la aplicación de la agravante de parentesco cuando se trata de un delito cometido por omisión, cuando ha sido precisamente esa relación de parentesco la que ha determinado la condena de la madre por revestirla de la "posición de garante" respecto de su hija. Y se añade, recordándose otras sentencias, que son precisamente estos mismos deberes derivados de la relación parental los que, como infracción de un especial deber jurídico del autor, conforme a lo expresamente prevenido por el artículo 11 del Código Penal, lo que determina la posición de garante y justifican la condena de la madre de la menor como autora por omisión. Derivar de la misma infracción de los deberes parentales una circunstancia de agravación adicional implica una doble valoración, en perjuicio del reo, de una misma infracción, por lo que vulneraría el principio *non bis in idem*.

En el presente caso, la agravante de parentesco se ha apreciado para este acusado por ser conviviente de la madre de la menor, y en ello y en los deberes que asumió, por esa relación afectiva, se ha sustentado, asimismo, su posición de garante, por lo que acorde con la jurisprudencia de esta Sala que se ha dejado mencionada, esa doble valoración de una misma situación no puede ser admitida, por lo que procede absorber la agravante de parentesco ya que la condena por el delito de homicidio ya integra el presupuesto de la agravación.

Ello puede igualmente afirmarse en relación a la madre de la menor, lo que determina que proceda dejar sin efecto la agravante de parentesco en relación a ambos acusados.

El motivo debe ser estimado.

III. FALLO

DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE A LOS RECURSOS DE CASACION por infracción de ley interpuestos por los acusados **Victoria y Vidal**, contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 8 de noviembre de 2010, que les condenó por delitos de malos tratos y homicidio, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas. Y remitase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo



SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil doce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 3 del DIRECCION012 con el número 2/2007 y seguida ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de las Palmas por delitos de homicidio y maltrato habitual y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 8 de noviembre del 2010, 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. Carlos Granados Perez.

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hechos de la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se aceptan y reproducen los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida a excepción del quinto, en lo que concierne a la agravante de parentesco apreciada en el delito de homicidio, que se sustituye por el fundamento jurídico segundo de la sentencia de casación, en relación al recurso interpuesto por el acusado Vidal .

Al no apreciarse la agravante mixta de parentesco en el delito de homicidio, procede modificar la pena que por ese delito le fue impuesta a los acusados de quince años de prisión que se sustituye por una pena, a cada uno de ellos, de doce años y medio de prisión, manteniendo el mismo criterio expresado por la sentencia de instancia para individualizar la pena, una vez eliminada esa agravante.

III. FALLO

Manteniendo y ratificando los restantes pronunciamientos de la sentencia anulada, procede dejar sin efecto la agravante mixta de parentesco apreciada en los acusados Victoria y Vidal , en el delito de homicidio, por lo que la pena que por ese delito le fue impuesta a los acusados de quince años de prisión se sustituye por una pena, a cada uno de ellos, de **DOCE AÑOS Y MEDIO DE PRISIÓN**.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Alberto Jorge Barreiro Diego Ramos Gancedo

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