

Roj: STS 5481/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5481

Id Cendoj: 28079120012014100853

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1083/2014

Nº de Resolución: 870/2014

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: ANDRES PALOMO DEL ARCO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación procesal de Margarita contra sentencia de fecha 7 de abril de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Sexta que le condenó por un delito de malos tratos y lesiones, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando la recurrente Margarita representada por el Procurador D. Ignacio Batllo Ripoll.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Arona se instruyó Procedimiento Sumario Ordinario núm. 1/2011 contra Margarita por un delito de maltrato habitual y lesiones, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Sexta (Rollo 38/2013) que con fecha 7 de abril de 2014 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

" Margarita , nacida el día NUM000 de 1.987, mayor de edad y sin antecedentes penales, residía, desde su nacimiento, con su hija Tarsila , nacida el día NUM001 de 2.003 en la C/ DIRECCION000 Nº NUM002 , NUM003 piso en Valle de San Lorenzo (Arona) haciéndolo también junto con ellas la pareja sentimental de aquella Sebastián a partir del mes de febrero de 2005.

La procesada, incumplimiento con sus obligaciones de protección a Tarsila , si bien no consta acreditado que agrediera directa y materialmente a ésta, permitió que la niña lo fuera cuando se encontraba al cuidado de otra persona en el domicilio familiar.

Como consecuencia de estas agresiones, el 6 de noviembre de 2.005, Tarsila fue ingresada, en primer lugar en el hospital Hospiten Sur y posteriormente en el Hospital Universitario de Canarias, en la exploración física presentó estado irritable, múltiples hematomas en diferentes estados de evolución. En la cabeza hematoma reciente con tumefacción en zona frontal derecha. En ambas mejillas presenta hematomas consistentes en marca circular rosácea con impronta de dientes. En el abdomen presentaba hematoma evolucionado a nivel infraumbilical. Hematomas evolucionados en la nalga derecha. A nivel de apófisis espinosas de zona lumbar presentaba hematoma evolucionado. En el pie derecho lesión costrosa puntiforme. En la mano derecha lesiones lineales erosivas en dedos. En el ojo izquierdo presentaba hemorragia conjuntival puntiforme en el borde inferior del iris. Movimientos oculares conservados, con tendencia a la desviación de la cabeza y la mirada hacia la izquierda. La extremidad superior derecha presentaba pérdida de fuerza, y en la pierna derecha III/IV con babinski negativo. Glalgow 14/14. Presentaba además lesiones intraoculares en ambos ojos y hematoma subdural, propias del niño zarandeado. Tras realizarle pruebas específicas el día 8 de noviembre de 2.005 (resonancia magnética de la columna cervical y del cráneo) Tarsila presentaba una pequeña lámina hemática subdural en la línea media y rodeando el hemisferio izquierdo. Hematoma en el músculo masetero derecho. El día 11 de noviembre de 2.005 se le realizó gammagrafía ósea en la que se evidenció que tenía fractura en la rama ascendente mandibular derecha cercana a la articulación. Fractura en el asa de cubo (cartilado [sic] de crecimiento) en huesos del tarso y en la metáfisis distal tibial de la pierna

derecha, fractura de la articulación sacroilíaca izquierda, así como en la articulación de la cadera derecha, fracturas costales en la parrilla izquierda de mayor o menor intensidad que afectan al 6, 7, 4, 3 y 2 arcos costales. Fracturas en el tercio medio diafisario del cúbito derecho e izquierdo, de menor intensidad en el tercio medio del radio izquierdo así como en la falange proximal del cuarto dedo de la mano derecha y falanges distales del 1º y 5º dedos del pie derecho y en 1º dedo del pie izquierdo. Fractura de cóndilo mandibular.

Las lesiones a nivel cerebral (hematoma subdural) eran compatibles con golpes directos o por sacudida, lo que también le produjo desgarros o roturas en los vasos del globo ocular, causándoles hemorragias retinianas bilaterales que se objetivaron en el estudio que se le realizó en el fondo de ambos ojos.

Tarsila permaneció ingresa un total de 124 días y precisó para su curación tratamiento médico consistente en exploración física, observación, realización de pruebas complementarias y diagnósticas, como son TAC craneal, estudio del fondo de los dos ojos, resonancia magnética, tratamiento rehabilitador durante los días de hospitalización, y tras ser dada de alta, precisó posteriores visitas periódicas de revisión, quedando como secuelas objetivadas; hemiparesia derecha, disminución de fuerza y del arco de movimiento en la mitad derecha del cuerpo. Mano derecha caída, en comparación con la izquierda. Caminar arrastrando ligeramente el pie derecho, precisando zapatos ortopédicos (cazoleta-cuña).

En el examen psicológico que se le realizó a Tarsila en el mes de marzo de 2.008, no presentada indicios de secuelas síquicas [sic] ni ofrecía signos de proyecciones emocionales desadaptadas, estando perfectamente integrada en la familia materna que ejerce la guarda.

Por su parte, la acusada, al tiempo de realizar estos hechos, presentaba una incapacidad para expresar sus sentimientos, propensa a bloquearse, tristeza, sentimientos de inutilidad. Conducta interpersonal indiferente y desvinculada y con mínimos intereses humanos. Es fría y monótona, pero no presenta una personalidad patológica ni síndromes clínicos de tipo neurótico ni de naturaleza sicótica [sic].

Por Auto de fecha 22 de febrero de 2.006, se acordó la suspensión de la patria potestad de la acusada respecto a su hija Tarsila, constituyéndose la guarda con una de las tías maternas. Por Auto de fecha 12 de enero de 2.008, dictado por el Juzgado de Violencia sobre la mujer, se le otorgó la guarda de la niña a su tía Matilde, con la que continúa".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Debemos condenar y condenamos a Margarita como criminalmente responsable de un delito de malos tratos habituales físicos del art. 173. 2º y 3º del CP en concurso con un delito de lesiones del art. 147 y 148. 2º del Código Penal concurriendo en ambos delitos la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas y en el segundo la agravante mixta de parentesco a las penas de: por el primero de los delitos **12 meses de prisión**, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena y privación del derecho de tenencia y porte de armas por 3 años, por el segundo de ellos **12 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena**, así como al pago de las costas procesales.

Margarita indemnizará a Tarsila, a través de su representante legal, en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, en los términos señalados en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Margarita, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado por este Tribunal el correspondiente Rollo, la representación de la recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN** :

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la LECrim, en relación con el art. 5.4º de la LOPJ, por entender que la Sentencia objeto del presente recurso vulnera el principio de presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 de la CE.

Segundo.- Por infracción de ley y de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 849.1 y 852 de la LECrim, por entender que la Sentencia objeto del presente recurso vulnera el principio de legalidad y tipicidad penal, consagrados en los artículos 25.1 de la CE y 1.1 del CP, en relación con lo dispuesto en los artículos 173.2º, 147.1º y 11 del mismo cuerpo legal.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECrim, por entender que la Sentencia recurrida infringe lo preceptuado en el artículo 23 del vigente CP.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECrim, por entender que la Sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el art. 21.7ª del CP, y el principio de proporcionalidad y adecuación en la aplicación de las penas, previsto en el art. 66 del mismo cuerpo legal.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la LECrim, por entender que la Sentencia recurrida infringe lo preceptuado en el artículo 116 y 123 del vigente CP.

QUINTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal impugnó los motivos aducidos, excepto el tercero y cuarto, respecto a los cuales muestra su apoyo, adhiriéndose a los mismos; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 11 de diciembre de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Recurre en casación la representación procesal de Margarita, condenada en la instancia por un delito de lesiones de los arts. 147 y 148.3º y por un delito de malos tratos habituales del art. 172.2 y 3, en ambos casos en comisión por omisión, sobre la persona de su hija Tarsila de dos años de edad.

El primer motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, el derecho a la presunción de inocencia. Alega que cuando iba a trabajar dejaba la niña al cuidado de su pareja, Sebastián, con el que cortó la convivencia que mantenía desde varios meses antes, cuando acaeció el incidente que desencadena estas diligencias, el 6 de noviembre de 2005; que llevaba a la niña al pediatra, quien testificó que no detectó malos tratos; que igualmente la vecina declaró que no presencié ni sospechó malos tratos, sólo algún morado como el de sus propios hijos; así como, que en el mes de Agosto, trabajadoras de Servicios Sociales se personaron en el domicilio consecuencia de una denuncia de las hermanas de la recurrente y en su informe manifestaron que no detectaron indicios de un posible maltrato.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

- a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;
- b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas,
- c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y
- d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos. Si bien, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

En autos, el recurrente no cuestiona los reiterados resultados lesivos de la menor, lo que niega es el conocimiento o sospecha de que fuera objetos de malos tratos.

Efectivamente, el dolo en los delitos omisión, concurre 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; y además al tratarse de omisión impropia, el conocimiento del omitente debe abarcar también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado; obligación legal derivada de la responsabilidad parental, inherente a su condición de madre, tampoco discutida.

El conocimiento de la situación de hecho, por parte de la recurrente, los malos tratos de que era objeto la menor, la Audiencia Provincial lo infiere de:

a) El informe de los Doctores Forenses, que concluyen la existencia de múltiples lesiones en diversas partes del cuerpo, provocadas por mecanismos diferentes: golpes, mordiscos, zarandeos.

b) Lesiones en su mayoría consecuencia de agresiones directas.

c) Perfectamente visibles, las mordeduras, o las que cursaban con hematomas.

d) Lesiones que fueron originadas en diversas datas.

Mientras que tanto la declaración de la vecina, que admite sin embargo la existencia de constantes lloros o del pediatra, que la última vez que examinó a la menor fue en junio de ese año, en nada impiden la anterior conclusión. Tampoco el informe de los Servicios Sociales, referido al mes de agosto. En dos o tres meses, pudieron infligirse los malos tratos que tal cúmulo de lesiones originaron.

Junto a este acervo, obra además, la propia declaración judicial de la recurrente en instrucción, debidamente asistida de Letrado, donde exterioriza las sospechas que tenía de su pareja, ante las continuas lesiones de la niña, pese a las explicaciones de aquel, sobre todo tipo de caídas: "...cuando llegaba a casa veía que la niña tenía un morado diferente, que le preguntaba (a su pareja) y le decía que la niña se caía, que el no la pegaba, que la niña tenía golpes en la cara que no eran normales, que ella había tomado la decisión de dejar la relación; que no llevó a la niña al médico por estos golpes.."; "...que veía los daños en la niña...que en estos dos últimos meses sospechó que podía ser él (su compañero) el que dañara a la niña".

Luego existe prueba suficiente del conocimiento que tenía de la situación de hecho, las lesiones reiteradas que presentaba la niña tras dejarla a cargo de su compañero, que además se trataba de un menor de edad, lo que generaba el deber de actuar e impedir que continuara como guardador de la menor y pese a ello, le seguía confiando su custodia. El motivo se desestima.

SEGUNDO. - En el segundo motivo, también por infracción constitucional, afirma la existencia de vulneración del principio de legalidad y tipicidad penal, de los arts 25.1 CE y 1.1 CP, en relación con los arts. 173.2 y 147, por cuanto en su variante de comisión por omisión no se hallaba legalmente tipificado, más allá de la previsión genérica del artículo 11 CP, que entiende insuficiente.

El motivo debe ser necesariamente desestimado. Tanto desde perspectivas lingüísticas, como normativas, las acciones descritas en el artículo 147 ("causare a otro una lesión") y en el artículo 173 ("habitualmente ejerza violencia física o psíquica"), abarcan tanto en su desvalor, la comisión activa casual, como las comisiones omisivas, sin que precisen de «cláusula de extensión de la punibilidad» alguna.

"Causar" en el diccionario de la RAE, tiene por primera acepción «producir la causa su efecto» pero por segunda, «ser causa, razón y motivo de que suceda una cosa». Esta segunda acepción, razón o motivo de que suceda una cosa, es lo que se quiere expresar cuando se imputa un suceso a una conducta omisiva: explicar el suceso como consecuencia de la omisión; predicable no solo de la expresión causar, sino también de términos como ocasionar, infligir, irrogar e inclusive "ejercer": realizar sobre alguien o algo una acción; siendo precisamente el tercer significado de "acción", efecto que causa un agente sobre algo. Así de quien deja a un menor de corta edad en habitación cerrada y cuando vuelve al cabo de varios días, lo halla muerto de inanición, se dice con propiedad, en el lenguaje habitual, que ha matado al menor. En el ordenamiento español, existe algún ejemplo relevante e inequívoco de esta acepción de causar, cual es el artículo 1902 del Código Civil, que inicia su redacción con la locución: "el que por acción u omisión causare un daño a otro".

Así, estas conductas tipificadas se encontraban tanto bajo la vigencia del anterior Código Penal como del actual abarcadas por la descripción típica; sin que la cláusula del artículo 11, integre causa habilitante de tipificación, aunque dado que no todo uso del habitual del lenguaje, determina una correspondencia típica ("la mató su hijo a disgustos"), vino a introducir restricciones a la admisibilidad genérica de la omisión impropia, introduciendo la exigencia de una verdadera equivalencia entre la no evitación y la causación; y así la sentencia de esta Sala núm. 1538/2000, de 9 de octubre, indicaba: "aunque en la ley anterior no se regulaba la comisión por omisión o, lo que es igual, la tipicidad omisiva que equivale a la comisión activa del delito, puesto que, pese

al silencio legal, la jurisprudencia venía admitiendo pacíficamente esta forma de tipicidad al menos desde la sentencia de 10 de abril de 1981 . Incluso puede decirse que la reciente regulación de la comisión por omisión, al exigir determinados requisitos para la integración de este tipo de participación, ha inaugurado una etapa más favorable para el destinatario de la norma, no sólo porque la relativa imprecisión de la doctrina ha sido sustituida por la claridad de un precepto -aunque el mismo esté naturalmente necesitado de interpretación- sino porque aquellos requisitos han expulsado de esta tipicidad todos los supuestos en que los mismos no concurren".

Es decir, el artículo 11 no integra una cláusula genérica en virtud de la cual quepa sancionar la comisión omisiva; innecesario, por cuanto resulta abarcado por el propio verbo típico, sino que lo presupone, pero precisa que en los delitos que consistan en la producción de un resultado, la comisión omisiva sólo podrá aceptarse cuando concurren los siguientes requisitos: equivalencia según el sentido del texto de la ley e infracción de un deber especial del autor legal, contractual o derivado de injerencia; de modo que integra una restricción tipológica adicional.

La Jurisprudencia de esta Sala ha sido constante, en la admisión de los delitos de lesiones y malos tratos habituales en comisión por omisión; así las sentencias de esta Sala núm. 407/2014, de 13 de mayo ; 459/2013, de 28 de mayo ; 64/2012, de 27 de enero ; 1274/2011, de 29 de noviembre .

En esta última se recopilan otras anteriores: "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 de junio de 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 de octubre de 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)".

Además, penados diferenciadamente, pues como precisa la STS núm. 320/2005, de 10 de marzo : "la coexistencia autónoma entre el delito de lesiones y el tipificado en el art. 153 CP está admitida también por este Tribunal Supremo, atendiendo, sobre todo, a los distintos bienes jurídicos tutelados, como así se declara en la STS de 24 de marzo de 2003 invocada por la recurrida, ya que "el delito de maltrato familiar o violencia doméstica tipificado en el art. 153 del CP constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan, según el acertado criterio del nuevo CP de 1995. Precisamente por ello es dudoso que también fuera acertada su ubicación sistemática en el Título III del Libro II, que tiene por rúbrica "De las lesiones", porque el bien jurídico protegido por el art. 153 CP , trasciende y se extiende, como ha destacado esta Sala en varias ocasiones, más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad -art. 10-, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -art. 15-, y en el derecho a la seguridad -art 17-, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39 (En este sentido SS 927/2000 de 24 de junio y 662/2002 de 18 de abril). Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia".

Consecuentemente el motivo se desestima.

TERCERO. - El tercer motivo, lo formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1, por aplicación indebida del artículo 23 CP como agravante en el delito de lesiones.

Argumenta que dado que las lesiones han sido apreciadas en su modalidad de comisión por omisión, derivado de la obligación de evitar el resultado por su condición de madre de la menor, el tipo delictivo ya integra como necesaria la circunstancia de parentesco entre la recurrente y la víctima, de modo que su estimación conculca el principio de non bis in idem.

El motivo debe ser estimado. La jurisprudencia de esta Sala, así lo ha estimado en sentencias núm. 20/2001, de 22 de enero ; 988/2006, de 10 de octubre ó 64/2012, de 27 de enero : "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."

CUARTO. - En el cuarto motivo, también por infracción de ley, se alega indebida inaplicación de una circunstancia analógica, derivada de la edad y circunstancias personales y económicas de la misma. Argumenta que fue madre soltera muy joven, con solo 16 años de edad, que no recibía ayuda económica del padre de la menor para su alimentación y sustento, tenía 18 años cuando ocurrieron los hechos y la necesidad de salir a trabajar para mantenerse ella y su hija, no teniendo a nadie a quien dejar la menor optó entonces por su pareja, única persona que se prestó a ello y en quien entonces tenía confianza, por su relación sentimental, en que se ocuparía debidamente del cuidado de su hija en su ausencia, no sospechando que podía maltratarla.

El motivo debe ser desestimado; de la narración de hechos probados sólo resulta su edad y prematura maternidad, pero en absoluto que desconociera las agresiones de que era objeto la menor, ni que careciera de otras personas que se hicieran cargo de la menor; y por el contrario, resulta que sus hermanas, alertadas por el estado de la niña procuraban su custodia y como se narra en el primer motivo de este recurso, tramitaron denuncia ante los servicios sociales ya en agosto.

QUINTO. - El quinto motivo, también por infracción de ley, en este caso la indebida aplicación, los arts.109 y 123 CP , parte de la premisa del éxito del primero o del segundo de los motivos formulados y la consecuente absolución de la recurrente; pero dado el resultado contrario el motivo carece de objeto y la recurrente deberá seguir pechando con la responsabilidad civil declarada y las costas impuestas en la sentencia de instancia.

SEXTO. - Al estimarse parcialmente el recurso, conforme al art. 901 LECr ., las costas originadas por el mismo, deben ser declaradas de oficio.

III. FALLO

Debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formulado por el representante procesal de Margarita , contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife con fecha 7 de abril de 2014 , la que casamos y anulamos parcialmente en lo relativo a la estimación de la agravante de parentesco en el delito de lesiones, que dejamos sin efecto y procedemos a continuación a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Lurca Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm 1 de Arona, Procedimiento Sumario Ordinario núm. 1/2011, y seguida ante la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Rollo núm. 38/2013 , por delito de malos tratos y lesiones, contra Margarita , cuyas circunstancias personales ya constan y en cuya causa dictó sentencia la mencionada Audiencia con fecha siete de abril de dos mil catorce , que ha sido casada y anulada parcialmente 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. Andres Palomo Del Arco** , hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con el fundamento jurídico tercero de nuestra precedente sentencia casacional, no debe apreciarse por imperativo de principio non bis in idem la agravante de parentesco en el delito de lesiones en comisión por omisión, al ser precisamente esta relación de parentesco la que determinaba el deber legal de evitar el resultado; en cuya consecuencia, la pena a imponer, dada la intensidad de la atenuación que determinó que la propia Audiencia bajara la pena en dos grados, parece adecuado imponer la pena de diez meses de prisión, pues pese a sus circunstancias personales, descritas en el fundamento cuarto, los hechos fueron de extrema gravedad, tanto por el número como por la entidad de las lesiones que sufrió la menor.

III. FALLO

Dejamos sin efecto la agravante mixta de parentesco apreciada a la recurrente Margarita , en el delito de lesiones de los artículos 147 y 148.3, por lo que la pena que por ese delito le fue impuesta de doce meses de prisión se sustituye por la pena de DIEZ MESES DE PRISIÓN; manteniendo y ratificando los restantes pronunciamientos de la sentencia anulada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Tourn Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Larca Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco

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