



Roj: **STS 1490/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1490**

Id Cendoj: **28079120012018100192**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2018**

Nº de Recurso: **655/2017**

Nº de Resolución: **195/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 655/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 195/2018

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 24 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el **recurso** de **casación** por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por las representaciones procesales de D. Leonardo y D.^a Ofelia , contra la sentencia nº 34/2017 de fecha 7 de febrero de 2017 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ourense , en causa seguida contra D. Leonardo y D.^a Ofelia , por el delito de maltrato en el ámbito familiar, lesiones y asesinato en grado de tentativa. Los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, la parte recurrente D. Leonardo representado por la procuradora D.^a María Esperanza Higuera Ruiz, bajo la asistencia letrada de D.^a María Jesús Redondo Cáceres y, D.^a Ofelia representada por la procuradora D.^a Rocío Blanco Martínez, bajo la asistencia letrada de D. Nemesio Barxa Álvarez; como parte recurrida la XUNTA DE GALICIA y el SERVICIO GALLEGO DE SALUD representada/o por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción nº 1 de Ourense, instruyó sumario ordinario núm. 1139/2014 y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Ourense (Sección Segunda) PO Procedimiento Sumario Ordinario 4/2015 que, con fecha 7 de febrero de 2017, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados** :



<< Queda probado y así se declara:

PRIMERO.- El menor Luis Miguel nació el NUM000 del 2013 siendo hijo de la acusada Ofelia , fruto de una relación anterior de esta. Ofelia conoció en agosto del año 2013 a través de internet a Leonardo , iniciando una relación de afectividad que los llevó a convivir en compañía de los menores Luis Miguel (hijo de Ofelia) y Estefanía (hija de Leonardo) desde el mes de septiembre de ese mismo año. Durante aproximadamente dos meses (*sic*) (septiembre y octubre) convivieron en el domicilio del padre de Ofelia , Edemiro . Posteriormente se trasladaron al (*sic*) vivir al domicilio de Sandra , abuela de Ofelia , en donde permanecieron hasta el 24 de enero del 2014. En esa fecha Ofelia denunció una agresión sexual cometida por el compañero de su abuela, Mateo , sobre la menor Estefanía . Ello motivó que se trasladaran con sus respectivos hijos a vivir a la CALLE000 , ocupando el bajo de una vivienda propiedad de los padres de Leonardo .

Durante este periodo, computado desde el 24 de enero hasta el día de autos, 20 de marzo del 2014, Leonardo y Ofelia se ocupaban del cuidado conjunto de los hijos de ambos. En los meses de febrero y marzo del 2014, Ofelia realizó en horario de mañana un curso de formación en la Cruz Roja, quedando el menor Luis Miguel al exclusivo cuidado de Leonardo durante toda la mañana. Los días 24 a 28 de febrero, 3 a 7 de marzo y 10 a 12 de marzo Leonardo realizó cursos de formación en horario de 10 a 14 horas y 9.30 a 13.30 horas en la Cruz Roja. En estas ocasiones el menor era trasladado esa misma mañana al domicilio de la abuela de Ofelia , Sandra , a cuyo cuidado quedaba hasta la hora de comer, en que volvía a ser recogido por Leonardo y Ofelia .

El menor Luis Miguel había nacido con carácter prematuro, permaneciendo en la incubadora desde su nacimiento hasta el mes de junio del 2013. Desde esa fecha era sometido a controles pediátricos mensuales, a los que acudía con su madre, y en numerosas ocasiones con la pareja de su madre, Leonardo . El 18 de febrero del 2014 el menor acudió a una sesión de control en el Centro Hospitalario de Ourense al departamento de psicomotricidad, sin que por la psicomotricista Sra. Silvia notase ninguna anomalía física en Luis Miguel .

SEGUNDO.- Aprovechándose el acusado Leonardo de la escasa edad del menor y su incapacidad por ese motivo de ofrecer resistencia o defensa alguna, sometió al menor en el domicilio familiar a golpes y zarandeos violentos de forma reiterada, realizando tales acciones Leonardo , bien con ánimo de atentar contra la integridad física del menor, bien representándose que tales acciones iban a causar lesiones al bebé, pese a lo cual continuo realizando tales acciones, sin que la madre Ofelia realizara actuación alguna para evitar que tales golpes y zarandeos violentos y reiterados continuasen, a pesar de ser consciente, por las evidencias físicas, de que éstos se estaban produciendo y de que con ellos se estaban a (*sic*) causando lesiones al menor.

Como consecuencia de esos golpes y zarandeos violentos, el menor Luis Miguel sufrió, sin poderse determinar la fecha concreta de su ocurrencia, pero en su mayoría en el último mes anterior, y en todo caso con carácter previo al 20 de marzo del 2014 las siguientes lesiones óseas:

1. Fractura de los arcos dorsales 4-5-6 arcos costales en su vertiente anterior con mínimo desplazamiento del 5 arco costal e inicio de formación de callo óseo.
2. Fractura de tercio proximal de diáfisis de radio izquierdo con formación de callo óseo, ligero acortamiento.
3. Reacción perióstica de diáfisis cubital izquierda.
4. Fractura de tercio distal de radio derecho, con formación de callo óseo.
5. Reacción perióstica de diáfisis cubital derecha.
6. Fractura transversal de metafisis distal de fémur izquierdo con importante formación de callo oseoso y reacción periostica. Fractura en "esquina" de los ángulos metafisarios distales del fémur izquierdo.
7. Fractura metafisis proximal de tibia izquierda y formación de importante reacción periostica diafisaria.
8. Fractura del tercio medio metafisis de tibia derecha con reacción perióstica.
9. Fractura transversa metafisis distal de tibia y peroné derechos sin desplazamiento y escasa formación del callo óseo.

Estas lesiones requirieron para su sanidad además varias asistencias facultativas, tratamiento médico quirúrgico.

TERCERO.- El 20 de marzo del 2014 Ofelia se encontraba realizando en horario de mañana un curso de Caritas en la Cruz Roja, quedando el menor Luis Miguel al exclusivo cuidado de Leonardo . Ofelia abandonó el domicilio a las 7.50 de la mañana, acercándose a la cuna del menor y procediendo a darle un beso en la mejilla. El menor se encontraba durmiendo boca arriba sin ninguna apariencia de lesión. En el periodo que media entre las 7.50 y las 9.30 horas, Leonardo preso de la ira, a buen seguro ante los lloros del niño, bien por demandar alimento o por motivo de proceso catarral, cogió al menor y procedió a agitarlo



y a golpearlo fuertemente contra un (*sic*) superficie lisa, causándole un traumatismo craneoencefálico con fractura sin hundimiento de parietal posterior izquierdo con hematoma subdural interhemisférico y tienda cerebello izquierda, fronto parietal izquierdo y fosa temporal, que produjo en el menor una situación de estado estuporoso con la producción de una hemorragia subdural y edema que podría haberle causado la muerte si no fuese objeto de tratamiento médico.

CUARTO.- Leonardo al ser consciente de su acción, y al apreciar que Luis Miguel se encontraba en una situación de riesgo vital, procedió a reanimar al menor mediante una maniobra de masaje cardiaco que impartió con dos dedos sobre el pecho del menor, insuflando aire a través de su boca. A pesar de la gravedad que presentaba y pese a encontrarse en las proximidades del Centro Hospitalario de Ourense, Leonardo no procedió a llamar a una ambulancia, ni se dirigió al Centro Hospitalario sino que decidió con carácter previo recoger a Ofelia del lugar en el que se encontraba, y para ello la llamó por teléfono a las 9.35, indicándole que saliese del curso "que el menor se le iba". Leonardo entre las 8.30 en que dice haber practicado las maniobras de reanimación y las 9.35 en que recogió a Ofelia, vistió al menor, avisó a una vecina con quien dejó a su hija Estefanía, y empleando su vehículo particular se trasladó hasta la Cruz Roja, conduciendo el vehículo al tiempo que con una mano sujetaba los movimientos oscilantes del menor a quien había situado en la silla reglamentaria.

Sobre las 10.00 horas el menor Luis Miguel ingreso en el complejo hospitalario, siendo diagnosticado inicialmente de un episodio de muerte súbita, sin que por los acusados se hubiese manifestado la existencia de accidente, golpe o fractura alguna, limitándose a indicar que cuando Leonardo detuvo el vehículo en el acceso a urgencias, propinó un fuerte frenazo, lo que motivo un movimiento oscilante del menor sobre el pecho de la madre, quien lo tenía en brazos. Fue trasladado a la UCI, siendo monitorizado e instalada vía central, recibiendo inicialmente tratamiento de estabilización, sufriendo crisis convulsivas. El día 21 a través de un TAC le fue descubierta la fractura craneal. A las 48 horas presenta crisis tónicas de hemicuerpo derecho (crisis epilépticas) con hemiparexia izquierda que ceden con tratamiento anticomicial, necesario para evitar su fallecimiento.

QUINTO.- Como consecuencia de estos hechos el menor Luis Miguel sufrió lesiones que necesitaron para su curación de tratamiento médico quirúrgico, requiriendo para su sanidad de 15 días de hospitalización y 60 días de incapacidad impeditiva, no restándole secuelas.

El menor presentaba hematomas con distinto grado de evolución en tórax, cara, parte posterior del pabellón auricular, mentón y frente, los cuales resultaban visibles a simple vista. Así se apreciaron hematomas lineales en región frontal de aproximadamente 2x0,5 cm: hematomas digitiformes de 2x2 cm submaxilares simétricos. Hematomas puntiformes de 0,5x0,5 cm en región antero-superior del tórax. Zona equimótica lineal en pabellón auricular derecho. Petequias males bilaterales. Hemorragia subconjuntival izquierda.

Presentaba también hemorragias retíneas bilaterales ocasionadas por la presión torácica provocada sobre el mismo.

El menor permaneció en el complejo hospitalario de Ourense hasta el día 8 de abril del 2014. Los gastos derivados de su asistencia hospitalaria ascendieron a la cantidad de 24.744,95 euros >> (*sic*).

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Ourense, Sección Segunda, dictó sentencia núm. 34/2017 de fecha 7 de febrero de 2017 con el siguiente **pronunciamiento** :

<< FALLAMOS: Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a D. Leonardo como autor de un delito de Maltrato habitual en el ámbito familiar previsto y penado en el art. 173.2 C.P., ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año y 10 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena. Imponemos la privación del derecho a la tenencia o porte de armas por 5 años.

Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a D.^a Ofelia como autora por comisión por omisión de un delito de Maltrato habitual en el ámbito familiar previsto y penado en el art. 173.2 C.P., ya definido, concurriendo la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de 1 año y 10 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena. Imponemos, además, la privación del derecho a la tenencia o porte de armas por 5 años.

Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a D. Leonardo como autor de un delito de lesiones previsto y penado en los art. 147.1 C.P y 148.3 C.P., ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 4 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena. Imponemos al amparo de lo dispuesto en el art. 57 apdo. 3 del C.P. prohibición de acercamiento al menor Luis Miguel o al lugar en que se encuentre durante 4 años.



Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a D.^a Ofelia como autora de un delito de lesiones por comisión con omisión previsto y penado en los art. 147.1 C.P y 148.3 C.P., ya definido, concurriendo la circunstancia modificativas de la responsabilidad criminal de parentesco, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión. Imponemos al amparo de lo dispuesto en el art. 57 apdo. 3 del C.P. prohibición de acercamiento al menor Luis Miguel o al lugar en que se encuentre durante 4 años.

Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a D. Leonardo como autor de un delito de lesiones previsto y penado en los art. 147.1 C.P y 148.2 y 3 C.P., ya definido, por apreciación de la excusa absolutoria incompleta de desistimiento activo en tentativa acabada de asesinato cualificado por la alevosía, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 4 años de prisión. Imponemos al amparo de lo dispuesto en el art. 57 apdo. 3 del C.P. prohibición de acercamiento al menor Luis Miguel o al lugar en que se encuentre durante 4 años.

Que debemos **ABSOLVER** y **ABSOLVEMOS** de toda responsabilidad criminal a D.^a Ofelia por el delito de asesinato en grado de tentativa del que era acusada, declarando la 1/6 de las costas de oficio.

Se impone a ambos acusados, Leonardo y Ofelia, el abono en forma conjunta y solidaria de la cantidad de 12.000 euros a la representación legal del menor Luis Miguel. Leonardo abonará además en forma exclusiva la cantidad de 6.000 euros al representante legal del menor Luis Miguel.

Se impone a Leonardo y a Ofelia el abono al Sergas de la cantidad de 24.744,95 euros originada por los gastos médicos al menor. Abonando Leonardo las 2/3 de dicha cantidad, correspondiendo el abono de 1/3 a Ofelia.

Se impone a Leonardo las 3/6 partes de las costas causadas en este procedimiento. Se impone a Ofelia las 2/6 partes de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, será de abono al acusado todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.

Notifíquese esta resolución a las partes conforme a lo establecido en el Art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO DIAS siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E.Cr.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos>>.

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

CUARTO.- La representación legal del recurrente D. Leonardo, basa su recurso en los siguientes **motivos de casación**:

Motivo primero.- Infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24 de la CE que establece el principio de presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías.

Motivo segundo.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida de los arts. 173, 147 y 148 del CP.

QUINTO.- La representación legal de la recurrente D.^a Ofelia, basa su recurso en los siguientes **motivos de casación**:

Motivo primero.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 de la LECrim, al haberse denegado la diligencia de prueba propuesta consistente en el informe psicológico de Ofelia.

Motivo segundo.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.2 de la LECrim, al no constar en la sentencia de hechos que resultaron probados y servían de defensa a la recurrente.

Motivo tercero.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por la indebida aplicación de la agravante de parentesco.

Motivo cuarto.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por infracción de precepto constitucional, al amparo de los arts. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 24.2 de la CE, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.



SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 13 de junio de 2017, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, apoyó el motivo 3º del recurso de Ofelia e interesó la inadmisión del resto de los motivos del recurso formulado y, subsidiariamente, su desestimación.

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 7 de marzo de 2018 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 4 de abril de 2018 prolongándose la misma hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) RECURSO DE Leonardo

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar previsto y penado en el art. 173.2 CP y como autor de un delito de lesiones de los art. 147.1 CP y 148.3 CP . También fue declarado autor de un delito de lesiones tipificado en los art. 147.1 CP y 148.2 y 3 CP , por apreciación « *de la excusa absolutoria incompleta de desistimiento activo en tentativa acabada de asesinato cualificado por la alevosía* ».

El recurso que formula contra dicha resolución se articula en dos motivos. El primero se ampara en el art. 5.4 de la LOPJ , denunciado la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías; el segundo, en el art. 849.1 LECrim , denunciándose la infracción de los arts 173 , 147 y 148 del Código Penal .

SEGUNDO.- Alega el recurrente en el primer motivo la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

1 .- A su juicio, no existe prueba de cargo suficiente en su contra. Ninguna de las practicadas permite demostrar que lesionara o maltratara al hijo de su pareja. Tampoco han sido valoradas conforme a las reglas de la experiencia y de la lógica, constituyendo más bien auténticas presunciones en contra del reo, cuando no razonamientos arbitrarios.

Se alega que carece de toda lógica que una persona que maltrata o lesiona a un menor, sea hijo suyo o hijo de su pareja, contribuya a sus cuidados diarios y le lleve junto a su madre a los médicos que controlan su evolución. Si realmente hubiera habido intención de ocasionarle daño, resulta incomprensible que contribuyera a su reanimación y le llevara a un centro médico de urgencias para saber qué le había ocurrido, máxime si, en el primer momento, el informe inicial del hospital diagnosticó al menor un episodio de muerte súbita.

Se destaca asimismo que en todas las declaraciones prestadas, tanto en instrucción como en el plenario por la coimputada Ofelia , ésta precisó que en ningún momento le vio realizar acto violento sobre el menor; algo que él, por otro lado, ha negado en todo momento.

2 . Hemos reiterado en numerosísimos precedentes (STS 700/2016, 9 de septiembre , entre otras muchas) que la reivindicación casacional del derecho constitucional a la presunción de inocencia no se identifica con el derecho a ofrecer a la consideración de esta Sala una valoración alternativa a la que ha suscrito el Tribunal de instancia. Sólo nos incumbe ponderar si el cuerpo probatorio sobre el que se ha fundamentado la apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el plenario (art. 741 de la LECrim) es lícito, de signo inequívocamente incriminatorio y, además, ha sido valorado de forma lógica, racional, conforme a las máximas de experiencia.

En efecto, nuestro papel se limita a constatar la existencia, la licitud y la suficiencia de la prueba de cargo invocada por los Jueces a cuya presencia se han desarrollado las pruebas. Sólo nos queda verificar que el proceso intelectual que ha llevado a la afirmación de la autoría del recurrente no adolece de ninguna grieta estructural que convierta lo que debiera ser un discurso coherente, ajustado a las reglas de la lógica, en una decisión puramente intuitiva, ajena al canon de racionalidad que ha de presidir toda valoración de la actividad probatoria (STS 134/2016, 24 febrero).

De conformidad con la doctrina expuesta, el motivo debe ser desestimado.

3 .- La sentencia recurrida ha contado con prueba de cargo suficiente para la condena y ha sido valorada minuciosamente, hasta alcanzar unas conclusiones perfectamente lógicas, racionales y conformes con las máximas de la experiencia.



3 . 1 . El órgano *a quo* , en primer lugar, describe pormenorizadamente las lesiones que presentaba el menor, que incluían: fracturas óseas (hasta un total de nueve; entre ellas, fractura de los huesos cúbito y radio de ambos antebrazos, parrilla dorsal y peroné), hemorragias retinianas bilaterales (diagnosticadas al efectuar un fondo de ojo) y hematomas (de distinto grado de evolución en tórax, cara, pabellones auriculares, frente y mentón). Estas lesiones resultaron evidenciadas a través de la abundante documentación médica unida a autos, los informes periciales practicados y las declaraciones prestadas por los autores de tales informes y por otros facultativos que atendieron al menor.

El análisis detallado de estas pruebas, particularmente, los informes médicos forenses, la pericial médica del doctor Agapito -traumatólogo infantil, cuyo testimonio es calificado por el tribunal como contundente- y las declaraciones de las también facultativas doctoras Custodia y Rebeca -que atendieron al menor cuando acudió al centro hospitalario el día 20 de marzo de 2014-, permiten estimar acreditado, como lo proclama el órgano *a quo* , que las lesiones padecidas por el menor no tenían un origen accidental, sino que fueron causadas por golpes o zarandeos. El menor presentaba los que los especialistas denominan un cuadro de « *niño sacudido, maltratado* ». Descarta expresamente el tribunal de instancia que las lesiones descritas, singularmente las fracturas óseas, pudieran tener su origen en el hecho de que el menor introdujera sus extremidades en los barrotes de la cuna, algo que, según se destaca en la resolución recurrida, descartaron los agentes policiales que la inspeccionaron.

Asimismo, las lesiones declaradas probadas se datan, en su mayoría, entre febrero y marzo de 2014. Para considerar acreditado este extremo ha valorado el órgano *a quo* , de nuevo, los distintos informes médicos obrantes en las actuaciones, particularmente, los elaborados por los médicos forenses, que fijan ese período temporal atendiendo al estado evolutivo de las mismas y al grado de formación de callo óseo.

Además del conjunto de lesiones descritas con anterioridad y ocurridas entre los meses de febrero y marzo de 2014, el menor sufrió, el día 20 de marzo de ese mismo año, un traumatismo craneoencefálico con fractura sin hundimiento de parietal posterior izquierdo con hematoma subdural interhemisférico y tienda cerebelo izquierda, fronto parietal izquierdo y fosa temporal, que le produjo una situación de estado estuporoso con la producción de una hemorragia subdural y edema que, según se declara probado, podría haberle causado la muerte si no hubiese sido objeto de tratamiento médico.

Sobre la existencia de esta lesión y que la misma se produjo el 20 de marzo de 2014, tampoco se plantea duda alguna a la vista de los diversos informes médicos obrantes en la causa -reproducidos en el acto del juicio oral- y de la testifical de los facultativos que le atendieron ese día cuando el recurrente y la también condenada y recurrente, Ofelia -madre del menor- le llevaron al hospital. Ese día el menor fue ingresado en la UCI pediátrica, sobre las 10.00 horas, evidenciando los exámenes a los que fue sometido el estado en el que se encontraba.

El traumatismo craneoencefálico que presentaba el menor el día 20 de marzo, según concluyeron los médicos forenses, se debió al hecho de haberle golpeado con una superficie roma. Esta conclusión fue asimismo corroborada por la doctora Custodia , que declaró, como recoge la sentencia, que la fractura craneal procedía de un golpe de impacto propinado con cierta energía.

Asimismo ese traumatismo se produjo esa misma mañana. Así lo revela la prueba practicada, particularmente las manifestaciones que sobre este extremo realizaron los médicos forenses y la radióloga que examinó el hematoma subdural que generó. El órgano *a quo* valora con detalle esta cuestión, aporta sólidos argumentos que apoyan su conclusión y descarta que el menor ya presentara el traumatismo en cuestión cuando su madre abandonó la vivienda esa mañana para ir a un curso de formación.

3 . 2 . El recurrente no impugna en su recurso la realidad de las lesiones que han sido descritas, pero cuestiona en el desarrollo del motivo segundo, sin grandes esfuerzos argumentales, su data y el mecanismo de producción. Sin embargo, la prueba practicada al respecto, particularmente la de naturaleza médica, es abundante y detallada y permite estimar acreditado que las lesiones que presentaba el menor se debían a una situación de maltrato continuado.

Lo que en realidad cuestiona el recurrente es que él fuera la persona que golpeará al menor, conforme a lo declarado probado por el órgano *a quo*.

La sentencia cuestionada, sin embargo, construye el juicio de autoría a partir de fundados indicios incriminatorios. Y lo hace con arreglo al canon constitucional de valoración probatoria.

Las SSTC 146/2014, 22 de septiembre y 133/2014, 22 de julio precisan que el Tribunal Constitucional , en la STC 126/2011, 18 de julio , recordando lo establecido en la STC 109/2009, 11 de mayo ya afirmaba, con cita de la STC 174/1985, de 17 de diciembre , que «... *a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar*



plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (FJ 2), "en unacompreñsion razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento 'cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4)» (FJ 23)».

De conformidad con esta doctrina, los elementos valorados por el órgano a quo han sido los siguientes.

En primer lugar, se analiza lo ocurrido el día 20 de marzo de 2014, cuando el menor sufrió el traumatismo craneoencefálico ya descrito.

El recurrente estaba a su cuidado esa mañana, lo que no se discute. Ya hemos hecho referencia a cómo la prueba practicada acredita que el traumatismo se produjo precisamente en ese intervalo de tiempo, especialmente, a la vista de las manifestaciones que sobre este extremo realizaron los médicos forenses y la radióloga que examinó el hematoma subdural generado por dicho traumatismo. El órgano a quo examina con detalle esta cuestión y señala argumentos lógicos y razonados que apoyan esta conclusión, que permite descartar que el menor ya presentara el traumatismo en cuestión cuando su madre abandonó la vivienda esa mañana para ir a un curso de formación.

No halló el órgano a quo, por otro lado, explicación alguna que pudiera justificar que el menor presentara una lesión tan grave. Según recoge la sentencia recurrida, el recurrente manifestó que se encontró al niño boca abajo, contra la esquina de la cuna.

En el recurso presentado no se realiza alegación alguna sobre cómo pudo golpearse el menor, con la intensidad suficiente para generar el traumatismo craneoencefálico que presentaba. Tampoco se contienen alegaciones que permitan cuestionar las conclusiones alcanzadas por los peritos.

No realiza el recurrente ninguna consideración sobre lo ocurrido hasta que el menor llegó al hospital ese día, lo que la sentencia cuestionada describe con detalle y ha sido valorado por el órgano a quo como un indicio de su responsabilidad y de la otra recurrente.

En efecto, como expresa la sentencia de instancia, no se explica por qué el recurrente, si el golpe fue accidental y el menor estaba, según sus propias palabras, « como un trapo », « como un fantasma por delante », no lo traslada al servicio de urgencias -que se hallaba, según la sentencia, en las inmediaciones de su domicilio- o llama a una ambulancia. Por el contrario, le viste, le introduce en su vehículo particular y se dirige a recoger a la madre del menor al lugar donde se encontraba realizando un curso. Destaca la sentencia que el propio recurrente sostiene que comenzó a reanimar al menor sobre las 8.30 horas, después llama a Ofelia para decirle que va a recogerla porque « el menor se le iba » y desde el lugar donde estaba esta última -que obligó al recurrente, según recoge la sentencia, a recorrer la ciudad de Ourense en sentido contrario-, ambos se dirigen al centro hospitalario, donde el menor ingresa sobre las 10.00 horas. Allí, según declararon los testigos, se muestran nerviosos y agresivos cuando se les pregunta sobre las lesiones que presentaba el menor, que atribuyen a una frenada busca del vehículo que conducía el recurrente. Esta explicación, según lo ya expuesto, ha sido descartada por los informes médicos. Cabe reiterar que estos informes atribuyen el traumatismo craneoencefálico a un golpe que, según declaró la doctora Custodia, tuvo que ser propinado con « alta energía ». Este golpe, conforme admitieron los forenses, debió de ser igual al que originaría una caída de una superficie de tres metros.

Pero es que, según hemos expuesto con anterioridad, el menor no solo presentaba este traumatismo, ocurrido el día 20 de marzo de 2014 cuando se hallaba al cuidado del recurrente, sino que los exámenes que se le practicaron pusieron de manifiesto que presentaba múltiples lesiones propias del « niño sacudido, maltratado », según declararon en el plenario los forenses.

Las hemorragias retinianas bilaterales -descubiertas al menor al practicarle un fondo de ojo- son, según declararon los médicos forenses y destaca el órgano *a quo*, propias de niños maltratados, apareciendo en minutos u horas sin obedecer a un traumatismo directo. También las doctoras Custodia y Rebeca conectaron estas lesiones con una situación de maltrato.

En cuanto a las lesiones óseas -hasta un total de nueve fracturas-, se datan por los médicos forenses, como también hemos destacado con anterioridad, entre el 18 de febrero y el 20 de marzo.

Durante este período de tiempo, en el que, según los informes forenses, sufrió las fracturas óseas, el menor estaba, la mayoría de las mañanas, al cuidado del recurrente. Así lo infiere el órgano *a quo* después de valorar la documentación presentada en autos relativa a los cursos de formación que realizaban tanto él como la madre del menor y que pone de manifiesto que, durante el citado lapso temporal, esta última estaba realizando un curso de formación en horario de mañana. Sólo cuando el recurrente tenía, en ese mismo horario, otro curso de formación -lo que ocurrió los días 24 a 28 de febrero, 3 a 7 marzo y 10 a 12 de marzo- el menor se quedaba al cuidado de Sandra, abuela de Ofelia.

La madre del menor relató asimismo varios episodios en los que, habiendo estado el menor al cuidado del recurrente, aquel presentaba algún moratón u hematoma. También que le llevaron al pediatra el día 17 de marzo porque presentaba un cuadro de tos, apreciándosele un hinchazón en la nariz y un ojo enrojecido.

Dos elementos más valora el tribunal contra el recurrente: el testimonio de la doctora Custodia, que destacó la forma en la que el menor reaccionaba en la UCI ante la presencia de los hombres; y los episodios de ira que, según relató y describió Ofelia, sufría el recurrente, que fue denunciado por ella por malos tratos cuando terminó su relación.

A la vista de lo expuesto, cabe concluir que el cuerpo indiciario valorado por el tribunal de instancia es suficiente para concluir, de forma lógica y racional y conforme a las máximas de la experiencia, que era el recurrente quien maltrataba habitualmente al menor.

Las pruebas médicas ponen de manifiesto que el traumatismo craneoencefálico que sufrió el menor el día 20 no fue accidental sino que tuvo su origen en un golpe recibido con « *gran energía* ». Cuando se produjo, el menor estaba al cuidado del recurrente que, al trasladarlo al hospital, aportó una versión sobre lo ocurrido que nada tiene que ver con la realidad que evidenciaron las pruebas médicas -al margen de cuál fuera el diagnóstico inicial- y que solo puede ser entendida como un intento de ocultar el verdadero origen de la lesión. El ingreso en el hospital del menor pone de manifiesto asimismo que éste ha padecido múltiples fracturas y lesiones anteriores, típicas del niño « *maltrato o zarandeado* », siendo significativo que unas y otras se datan en un período en el que el menor pasaba la mayoría de las mañanas con el recurrente.

Como hemos adelantado, el juicio de autoría alcanzado por el órgano *a quo* a partir de los indicios expuestos respeta el canon constitucional de valoración probatoria.

El hecho de que el recurrente haya negado reiteradamente los hechos o que la coimputada declarara que no le vio nunca golpear al menor no impide alcanzar la conclusión expuesta, apoyada en indicios sólidos y suficientes. Tampoco aporta nada sobre el particular la alegación referida a que el recurrente solía acudir junto a la madre a alguna de las consultas médicas del menor. Por otro lado, el hecho mismo de que acudieran con él a urgencias el día 20 de marzo no implica que no cometiera los hechos que se le imputan. Es más, su comportamiento ese día, tal como hemos explicado con anterioridad, apoya precisamente la versión contraria.

Es cierto, por otro lado, que la sentencia ha declarado probado que el recurrente, el día 20 de marzo de 2014, al ser consciente de lo que había ocurrido, y antes de acudir al centro hospitalario, procedió a reanimar al menor mediante una maniobra de masaje cardíaco que impartió con dos dedos sobre su pecho, insuflando aire a través de la boca, trasladándole finalmente al hospital. Pero ello no convierte en ilógica la conclusión del Tribunal ni fundamenta la versión exculpatoria del recurrente. Por esta razón el tribunal ha excluido la condena por tentativa de asesinato que, por los hechos ocurridos el día 20 de marzo de 2014, instaban las acusaciones, apreciando la existencia de un desistimiento activo - art. 16.2 CP -.

En definitiva, el análisis de la prueba indiciaria llevado a cabo por los jueces de instancia despeja cualquier duda acerca de la autoría del recurrente. En la STC 146/2014, 22 de septiembre se recuerda que: « *han de rechazarse las conclusiones obtenidas a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional. Con reiteración ha advertido este Tribunal (por todas STC 126/2011, de 18 de julio) que, cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia «nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de*



desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria ».

En consecuencia, el motivo primero de recurso de Leonardo se desestima. No ha existido la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, pues se ha practicado prueba de cargo lícita y suficiente para su condena. Esta prueba, por otro lado, ha sido valorada detalladamente por el órgano *a quo*, descartándose así cualquier infracción del derecho a la tutela judicial efectiva originada por algún déficit en dicha motivación (art. 885.1 LECrim).

SEGUNDO.- El recurrente ampara el segundo motivo de su recurso en el art. 849.1 LECrim, denunciando la infracción de los arts. 173, 147 y 148 CP.

1.- Se reitera la ausencia de prueba de cargo, alegando que ha quedado probado que tenía buena relación con el menor y que no era él la única persona que, durante el período en cuestión, lo tenía a su cuidado.

Niega asimismo la concurrencia del tipo subjetivo en los delitos por los que ha sido condenado, tanto el *animus laedendi* como el *animus necandi*. Reitera que no se ha valorado por el órgano *a quo* que él siempre ha negado ser autor de los hechos, que no han quedado suficientemente acreditados.

2. Partiendo de los hechos declarados probados, que han de ser respetados por exigencia del cauce casacional elegido, el segundo motivo del recurso ha de ser desestimado.

2. 1. En primer lugar, nos remitimos a las consideraciones expuestas en el fundamento anterior respecto a la suficiencia de la prueba practicada para concluir que, tal como se declara probado por el órgano *a quo*, fue el recurrente quien golpeó y zarandeó al menor durante los meses de febrero a marzo de 2014, causándole las múltiples fracturas y lesiones que se describen en el *factum* de la resolución recurrida. Ante tales hechos, la racionalidad de la inferencia que realiza el Tribunal *a quo*, relativa a que el recurrente actuó dolosamente, no admite dudas y se deriva con claridad de aquéllos.

De la misma manera, la inferencia referida a que el día 20 de marzo de 2014 el acusado Leonardo actuaba impulsado por el *animus necandi* -cuando menos a título de dolo eventual- es ajustada a derecho y a la jurisprudencia de esta Sala. De nuevo esta inferencia se deriva con claridad de los hechos declarados probados, según los cuales el recurrente golpeó fuertemente al menor, de once meses, con una superficie lisa, causándole un traumatismo craneoencefálico con fractura sin hundimiento de parietal posterior izquierdo con hematoma subdural interhemisférico y tienda cerebelo izquierda, fronto parietal izquierdo y fosa temporal, que le produjo una situación de estado estuporoso con la producción de una hemorragia subdural y edema que, según se declara probado, podría haberle causado la muerte si no hubiese sido objeto de tratamiento médico.

La intensidad del golpe y la parte del cuerpo a la que se dirige, tratándose además de una víctima que aún no alcanzaba el año de edad, son indicios claros de la concurrencia del dolo de matar en el recurrente que, conociendo el riesgo que generaba con su acción, cuando menos, asumió la probabilidad de que se pudiera producir el resultado muerte.

En consecuencia, el motivo segundo del recurso se desestima (arts. 885.1 y 884.3 LECrim).

B) RECURSO DE Ofelia

TERCERO.- La recurrente ha sido condenada como autora, en comisión por omisión, de un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del art. 173.2 CP y como autora, en la misma condición, de un delito de lesiones de los arts. 147.1 y 148.3 CP, absolviéndola del delito de asesinato en grado de tentativa del que venía siendo acusada.

Su recurso se articula en cuatro motivos: quebrantamiento de forma del art. 850.1 de la LECrim, por denegación de diligencia de prueba; quebrantamiento de forma del art. 851.2 LECrim, por no consignar la sentencia dictada hechos que resultaron probados y que apoyaban su defensa; infracción de ley, ex art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de la agravante de parentesco; y vulneración del derecho a la presunción de inocencia, de los arts. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ.

CUARTO.- La recurrente ampara los dos primeros motivos de su recurso en quebrantamientos de forma que, dada su naturaleza, examinaremos conjuntamente.



1 . Se alega, en primer lugar, la denegación indebida de una diligencia de prueba, a saber, un informe psiquiátrico sobre la recurrente, que instó tanto en instrucción como al inicio del juicio oral, siéndole denegada su práctica, lo que determinó que formulara la oportuna protesta.

Para la recurrente esta prueba es de singular importancia, pues habría permitido aportar datos que habrían resultado muy relevantes para decidir algunos aspectos, entre ellos los relacionados con su personalidad.

Respecto al quebrantamiento de forma que se predica de los hechos probados, se alega que el órgano *a quo* no se ha pronunciado sobre las pruebas favorables a la tesis de la defensa, que ponen de manifiesto la buena relación que tenía con el menor, que la recurrente acudía regularmente con éste a sus consultas médicas o que se preocupaba por la salud de su hijo. Asimismo, con respecto al hecho concreto reseñado por el tribunal de instancia de que el menor arrastraba una pierna, se alega que, como se deriva de los informes del SERGAS, se estaban realizando exámenes por si padecía un problema congénito de displasia, por lo que este dato no puede ser valorado en su contra.

Los dos motivos objeto de examen han de ser desestimados.

2 .- En cuanto al primero de ellos, ha declarado reiteradamente esta Sala (STS 602/2015, de 13 octubre , con cita de otras muchas) que este motivo de casación no trata de resolver denegaciones formales de prueba, sino que es preciso que tal denegación haya producido indefensión, de manera que el motivo exige « *demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas, y de otro lado debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia* ».

Ninguno de los presupuestos expuestos concurre en el caso de autos. La recurrente no argumenta qué aspecto o dato concreto sobre ella podría poner de manifiesto la pericial instada y qué influencia podría tener en el fallo. Todo ello sin perjuicio de señalar que no consta que se haya alegado la concurrencia de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal amparada en alguna aportación fáctica que se pudiera reflejar en la pericial en cuestión.

Las meras conjeturas sobre lo que dicho informe podría haber contribuido al esclarecimiento de los hechos es, según lo expuesto, insuficiente a los efectos pretendidos.

El motivo segundo, en el que se denuncia un quebrantamiento de forma amparado en el art. 851.2 LECrim , también ha de ser desestimado. Es patente que la sentencia detalla cuáles son los hechos que han resultado probados, y lo hace con claridad y precisión. Cuestión distinta es que la recurrente no comparta los mismos o considere, como es el caso, que no se ha valorado en su descargo alguna circunstancia que debería tener reflejo en el citado *factum*, pero ello es ajeno al cauce casacional elegido y está íntimamente relacionado con la suficiencia de la prueba practicada y el respeto a su derecho a la presunción de inocencia.

En consecuencia, los motivos primero y segundo del recurso de Ofelia se desestiman (art. 885.1 LECrim).

QUINTO.- El cuarto motivo del recurso alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE).

1 .- A juicio de la defensa, no existe prueba alguna de que tuviese conocimiento de que su hijo sufría malos tratos, habiendo sido considerada culpable con base a « *juicios de inferencia preconstituidos* ». Según la recurrente, ni los médicos ni otros familiares apreciaron la existencia de lesiones por lo que no se puede pretender que ella lo hiciera, reiterando que el dato de que el menor arrastrara una pierna no es relevante porque estaba siendo sometido a estudios radiológicos por un problema congénito de displasia en la cadera. Cuando la recurrente fue informada en el hospital de la gravedad del menor -se aduce- tuvo que ser atendida por un psiquiatra, que declaró en juicio que detectó en ella una gran situación de angustia y ningún sentimiento de culpabilidad. Niega asimismo que ese mismo día se concertara con el otro recurrente para construir una coartada.

2 . Este motivo del recurso ha de ser parcialmente estimado con el alcance que a continuación se expondrá.

2 . 1 . La recurrente ha sido condenada como autora, en comisión por omisión, de un delito de malos tratos habituales del art. 173.2 del CP y como autora, en la misma condición, de un delito de lesiones de los arts. 147 y 148.3 del mismo texto punitivo.

Para la sentencia de instancia, como madre del menor y por ello en posición de garante, la acusada no participó en los actos que llevó a cabo el otro recurrente, pero sí conocía los malos tratos que este infligía al menor y aun así no realizó ninguna acción destinada a su cese y evitación. Según el órgano *a quo* , el menor presentaba un conjunto de síntomas visibles y reconocibles y, como tales, notorios para « *cualquier persona normal* », algo

que, según la sentencia de instancia, acrecentaba «la percepción de que eran reconocibles y conocidos por quien lo cuidaba desde su nacimiento, la acusada Ofelia ».

Tales síntomas, para el tribunal de instancia, eran los siguientes:

1) Hematomas externos. Destaca la sentencia cuestionada que el menor presentaba numerosos hematomas, los cuales pudo apreciar el propio tribunal *a quo* a la vista de las fotografías que se acompañan con el informe médico forense. Estos hematomas eran « *apreciables por cualquiera* », según declararon los doctores que examinaron al menor en el hospital el día 20 de marzo.

Subraya el órgano *a quo* que cuando uno de estos facultativos, concretamente la doctora Custodia , preguntó a los acusados a qué se debían tales hematomas, respondieron que el menor « *era inquieto y se golpeaba con los barrotes de la cuna* ».

2) Repercusión física de las lesiones. Apunta el órgano *a quo* que, según las declaraciones de la doctora Custodia , las distintas lesiones óseas que presentaba el menor dificultaban su movimiento, ocasionando dolor en cada uno de los mismos, que debía reflejarse en llanto. Constituye el dolor, dice la sentencia recurrida, « *y su transmutación en llanto, el segundo de los elementos que hacía evidente a sus cuidadores la situación de malos tratos* ».

Preguntados los acusados sobre el particular, la recurrente manifestó, según recoge la sentencia de instancia, que el menor « *se quejaba al dormir y que pensaba que era por los dientes* », señalando Leonardo « *que el niño estaba normal* ».

La doctora Custodia añadió que durante la estancia del menor en la UCI reaccionaba con llanto a las diversas lesiones que padecía, sosteniendo que su situación no era la que relataban los padres. En esa unidad, declaró, « *lloraba, presentaba cambios de carácter y ofrecía respuesta a estímulos* ».

El traumatólogo doctor Agapito señaló, según la resolución recurrida, que alguna lesión pudiera pasar desapercibida, pero es evidente -como destaca el órgano *a quo*- que ello no es predicable del cúmulo de graves traumatismos que presentaba.

3) Omisión de las lesiones en las visitas médicas. En el contexto descrito, adquiere especial relevancia para el órgano *a quo* , la visita médica que los acusados realizaron al ambulatorio de A Cuña el día 17 de marzo, por un cuadro de bronquitis. Entonces ya presentaba múltiples fracturas y hematomas en distinto grado evolutivo, sin que en ningún momento se le refiriese al facultativo ni el excesivo llanto que padecía ni, según el órgano *a quo* , la presencia de una notoria cojera.

El padre de Fermín , que había visto al niño el sábado del fin de semana anterior, indicó en su declaración « *que arrastraba una pierna* », lo que también había sido advertido por aquél, según su propia declaración.

4) Evidencias externas. El menor presentaba otras evidencias externas de la situación que estaba sufriendo. La doctora Custodia relató que presentaba « *una deformidad en uno de los antebrazos* » que era apreciable externamente.

La propia recurrente, según el órgano *a quo* , reconoció que « *al cambiar el pañal le notó molestias* ». Era ella la encargada de « *darle de comer y vestir al niño* » como reconoce Fermín , interviniendo los dos acusados en el baño del menor.

5) El comportamiento de los acusados el día 20 de marzo de 2014, que pone de manifiesto que existía un acuerdo entre ambos para justificar las lesiones que presentaba el menor.

Según relata el otro acusado, cuando aprecia la situación de semi-incoscienza del menor, y siendo consciente del riesgo vital que a este afectaba, no solicita la intervención de los profesionales médicos, ni traslada al menor directamente al servicio de urgencias, a pesar de la escasa distancia que existía entre su domicilio y el centro médico, sino que decide recoger a la recurrente, a quien llama y trasmite el escueto mensaje « *el niño se me va* ». Entonces la recurrente, que indicó en su declaración que dejó al niño sin apariencia física de padecer lesión alguna, se limita -según declara el órgano *a quo*- a preguntar levemente qué le pasaba al menor y a abandonar el curso que realizaba para acompañarlo al centro hospitalario.

Una vez allí, y a preguntas de los médicos sobre la causa que había originado las fracturas que presenta, ambos relatan conjuntamente un episodio accidental, motivado por la frenada brusca del vehículo que conducía Fermín al llegar a urgencias. La doctora Rebeca relata expresamente que cuando fueron requeridos para que aportaran una justificación a las numerosas fracturas que presentaba el menor « *se mostraron nerviosos y agresivos* ».



2.2. El conjunto de síntomas descritos y analizados por el órgano *a quo* de la forma indicada son indicios suficientes para inferir, de una forma lógica y racional, que la recurrente conocía que su pareja estaba maltratando a su hijo y aun así no realizó ninguna acción para impedirlo; algo que le era exigible sin duda dada su incontrovertida posición de garante.

En efecto, los síntomas descritos, como los hematomas -apreciables a simple vista-, el dolor al movimiento y el llanto, no pudieron pasar desapercibidos a la recurrente, que se ocupaba diariamente del cuidado de su hijo. Tampoco la deformidad que, según la doctora Custodia, presentaba el niño en unos de sus antebrazos. De hecho, la propia recurrente reconoce que advirtió tales síntomas, aportando al respecto unas explicaciones -a las que ya hemos aludido- que no resultan verosímiles, a la vista del cuadro de síntomas que hemos descrito. En el mismo sentido -como también destaca el órgano *a quo*-, el hecho mismo de que no pusiera en conocimiento de algún facultativo la existencia de los hematomas en distinto grado evolutivo o el llanto reiterado que el menor debía experimentar, dadas las lesiones que padecía, refuerzan la convicción de que la recurrente conocía que su pareja maltrataba a su hijo o, cuando menos, conocía la alta probabilidad de que esto estuviera ocurriendo y, pese a todo, no actuó como le era exigible dada su posición de garante.

En este marco es en el que ha de situarse, precisamente, su comportamiento el día 20 de marzo. Tal como hemos expresado, ese día ante la llamada del otro acusado -quien le dice « *que el niño se le va* »-, se limita a preguntar qué le pasaba y a abandonar el curso que realizaba para acompañarlo al centro hospitalario. Una vez allí, y a preguntas de los médicos sobre la causa que había originado las lesiones que presenta el menor, relatan conjuntamente un episodio accidental, motivado por la frenada brusca del vehículo que conducía Fermín al llegar a urgencias. La doctora Rebeca relata que cuando fueron requeridos para que aportaran una justificación a las numerosas fracturas que presentaba el menor « *se mostraron nerviosos y agresivos* ».

En definitiva, al margen de calificativos sobre cómo era la relación de la recurrente con su hijo o de que ésta le llevara o no al médico con regularidad -aspectos sobre los que se incide en el recurso- existen indicios sólidos y suficientes para concluir que la misma conocía que su hijo estaba siendo maltratado por su pareja y que aun así no hizo nada para evitarlo.

El hecho sobre el que se insiste en el recurso, referido a que otras personas que tuvieron contacto con el menor no se dieron cuenta de lo que estaba ocurriendo, no impide concluir que la recurrente, con base en los indicios ya expuestos, sí lo hizo. Resulta evidente, por otro lado, que su contacto con el menor y el conocimiento de su situación no son comparables a los de otras personas.

Del mismo modo, su reacción cuando el menor fue hospitalizado el día 20 de marzo, nada aporta al respecto. Cabe reiterar que cuando los recurrentes fueron preguntados en el hospital sobre las lesiones que presentaba la víctima, ofrecieron una explicación que, como concluye el órgano *a quo*, fue « *construida ad hoc* ». Sólo por el intento de ocultar el maltrato que sufría el menor puede explicarse este comportamiento.

Insiste la recurrente en el hecho de que no se puede valorar en su contra que el menor arrastrara una pierna porque, precisamente, estaba siendo sometido a estudios radiológicos por un problema congénito de displasia en la cadera. De nuevo este extremo carece de la relevancia pretendida si tenemos en cuenta que los signos reveladores de la situación de maltrato a la que estaban siendo sometido el menor van, según lo expuesto, mucho más allá de este detalle concreto.

En conclusión, se ha practicado prueba de cargo suficiente para la condena de la recurrente como autora, en comisión por omisión, de un delito de maltrato habitual previsto y penado en el art. 173.2 del CP. Ostentaba una posición de garante derivada de su condición de madre del menor; tenía capacidad para actuar y no lo hizo, contribuyendo con ello de forma esencial a la producción del resultado; y, todo ello, colmando el tipo subjetivo del delito en comisión por omisión (STS 482/2017, 28 de junio, entre otras muchas)-, conocía las circunstancias que generaban su deber de actuar y con ello la amenaza de producción del resultado.

La posibilidad de que el delito de violencia habitual mencionado sea cometido en comisión por omisión ha sido admitida reiteradamente en numerosos precedentes de esta misma Sala. Véase entre otras muchas, las STSS 870/2014, 18 de diciembre y 59/2013, de 28 de mayo.

2.3. No alcanzamos, sin embargo, idéntica conclusión respecto del delito de lesiones en comisión por omisión por el que la recurrente también ha sido condenada.

El órgano *a quo* subsume en este delito las distintas fracturas óseas que presentaba el menor y considera responsable del mismo a la recurrente, en comisión por omisión, puesto que la declara, « *conocedora del estado físico del menor, a través de sus numerosas evidencias, no desarrolló actuación alguna para impedir las* ».

La condena de la recurrente por este delito exige, como en el caso del delito anterior, que tuviera conocimiento de las circunstancias que generaban su deber de actuar, en este supuesto, la presencia en el menor de las



fracturas óseas ya citadas. Estas consecuencias lesivas son las que el tribunal *a quo* subsume en el tipo de lesiones por el que ha condenado a los recurrentes que, como tal, es autónomo del delito de maltrato habitual. El dolo en el delito de lesiones, por otro lado, según una jurisprudencia reiterada de esta Sala, debe implicar cuando menos la representación de que la acción ejecutada puede generar el resultado lesivo finalmente producido.

Pues bien, el análisis de la prueba que se realiza en la sentencia de instancia no permite alcanzar la certeza suficiente sobre este extremo. Particularmente, el análisis de los distintos informes médicos no revela con la certeza suficiente que « fuera evidente para cualquiera » y, en particular, para la recurrente, que el menor presentaba las fracturas óseas ya reiteradas. Los síntomas externos del menor, por su entidad y naturaleza, sí revelaban una situación de maltrato habitual, pero no el alcance y gravedad de las consecuencias lesivas que se estaban produciendo. El propio órgano *a quo* pone de manifiesto, a la hora de expresar las dificultades para datar las fracturas óseas, la circunstancia de que estamos ante un menor de corta edad, en período de lactancia y sometido a un proceso de rápido crecimiento. También refiere la imposibilidad fáctica de establecer una plena distinción causal, temporalmente reseñable, entre las distintas lesiones, que es lo que le conduce a condenar al otro recurrente por un único delito de lesiones a pesar de la presencia de diversas fracturas.

Otras dos circunstancias han de ser destacadas: el pediatra que visitó al menor el día 17 de marzo no apreció la existencia de las fracturas y ello a pesar de que, según los informes médicos, el menor presentaba una deformidad en un antebrazo; y el traumatólogo doctor Agapito señaló, según la sentencia de instancia, que alguna lesión pudiera pasar desapercibida.

Por otro lado, el hecho de que la recurrente aportara una explicación inverosímil sobre el estado del menor cuando fue preguntada al respecto en el hospital, permite corroborar que conocía que su pareja maltrataba al menor, pero no que este maltrato estuviera generando las consecuencias lesivas descritas.

En definitiva, no se ha practicado prueba de cargo suficiente para condenar a la recurrente por un delito de lesiones, en comisión por omisión, de los art. 147 y 148.3 del CP. Y a la vista de los términos en los que se ha planteado el debate, así como de las limitaciones asociadas a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación -de modo singular, en lo que atañe a la modificación del tipo subjetivo-, esta Sala no va a adentrarse en consideraciones especulativas acerca de la hipotética viabilidad de una imputación de los hechos a título de imprudencia.

En consecuencia, estimándose parcialmente el motivo cuarto de su recurso, Ofelia debe ser absuelta del delito de lesiones ya citado.

SEXTO.- El tercer motivo del recurso de Ofelia, que es el que resta por examinar, se ampara en el art. 849.1 de la LECrim, denunciando la indebida aplicación de la agravante de parentesco.

1. Según el recurso, si se ha valorado el parentesco como generador de la posición de garante no se puede tener en cuenta de nuevo para aplicar la agravante del art. 23 CP.

Se alega asimismo que existe una diferencia entre las penas que se establecen para la recurrente en el FJ 8º y aquellas que se reflejan en el fallo.

2. En cuanto a la alegación relativa a la indebida aplicación de la agravante de parentesco, el motivo, que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal, ha de ser estimado.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Sala -cfr. SSTS 870/2014, 18 de diciembre; 64/2012, 27 de enero; 988/2006, 10 de octubre y 20/2001, 22 de enero-, se excluye la aplicación de la agravante de parentesco cuando se trata de un delito cometido por omisión, si 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 un hijo. Son precisamente estos deberes derivados de la relación parental los que, como infracción de un especial deber jurídico del autor, conforme a lo expresamente prevenido por el art. 11 del Código Penal, determinan la posición de garante y justifican la condena como autora por omisión. De ahí que la aplicación de la agravante de parentesco, derivada de esta misma relación parental, implicaría su doble valoración en perjuicio del reo, vulnerando así el principio *non bis in idem*.

En cuanto a las alegaciones relativas a la pena que ha sido impuesta a la recurrente por el delito de lesiones, conviene precisar que la inclusión en el primer párrafo del apartado ii) del fundamento jurídico octavo, de la expresión « imponiéndose una pena de 1 año y 10 meses », es un mero error material. No hay duda que la pena impuesta a la recurrente por este delito es de 4 años de prisión.

En definitiva, ha de estimarse el motivo examinado, dejando sin efecto la agravante citada, con la consiguiente nueva individualización de la pena que se hará en la segunda sentencia.



FALLO

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

1 º) Declarar la DESESTIMACIÓN ÍNTEGRA del recurso de casación formalizado por la representación de D. Leonardo y la **ESTIMACIÓN PARCIAL** del recurso de casación formalizado por la representación de D.ª Ofelia , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Orense, Sección 2ª, de fecha 7 de Febrero de 2017 , la que **casamos y anulamos parcialmente** siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

2 º) Comunicar esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 655/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Silvia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 24 de abril de 2018.

Esta sala ha visto **recurso de casación** por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por las representaciones procesales de D. Leonardo y D.ª Ofelia , contra la sentencia nº 34/2017 de fecha 7 de febrero de 2017 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ourense , en causa seguida contra D. Leonardo y D.ª Ofelia , por el delito de maltrato en el ámbito familiar, lesiones y asesinato en grado de tentativa. La sentencia recurrida ha sido **casada y anulada** , por lo que los Excmos. Sres. Magistrados de esta Sala anotados al margen y bajo la misma Presidencia, proceden a dictar en el día de la fecha esta segunda sentencia, con arreglo a los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida en lo que no resulten contradichos por los argumentos expuestos en esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por las razones expuestas en el fundamento de derecho quinto de esta resolución se absuelve a Ofelia del delito de lesiones de los arts. 147 y 148.3 CP por el que había sido condenada.

SEGUNDO.- Con base en el FJ 6º de esta resolución, se deja sin efecto la agravante de parentesco respecto al delito de maltrato habitual del art. 173.2 CP por el que Ofelia ha sido condenada.



En consecuencia, se procede a una nueva individualización de la pena, que se determina, en un año y seis meses de prisión, en atención a las circunstancias concurrentes, ya detalladas a lo largo de esta resolución.

TERCERO.- Absuelta Ofelia del delito de lesiones por el que había sido condenada, en el ámbito de la responsabilidad civil, su condena conjunta y solidaria con el otro condenado por los daños morales causados al menor alcanzará solo hasta los 6.000 euros, debiendo el otro condenado hacer frente al resto de la indemnización fijada en la sentencia.

No se modifica, sin embargo, el pronunciamiento relativo al abono al SERGAS de los gastos médicos, entendiéndose que la recurrente debe seguir afrontando el pago de 1/3 de los generados por el ingreso hospitalario del menor, al mantenerse su condena por el delito de maltrato habitual (en comisión por omisión).

CUARTO.- En cuanto a las costas de la instancia, la recurrente deberá abonar una sexta parte de las ocasionadas.

FALLO

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

1º) **Absolver** a D.^a Ofelia del delito de lesiones de los arts. 147 y 148.3 CP por el que había sido condenada, con todos los pronunciamientos favorables.

2º) **Condenar** a D.^a Ofelia por el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del art. 173.2 CP, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, manteniéndose el resto de los pronunciamientos, con la excepción del relativo a la responsabilidad civil que se modifica en el sentido de que su condena conjunta y solidaria con el otro condenado por los daños morales causados al menor alcanzará solo hasta los 6.000 euros.

3º) Asimismo deberá hacer frente a una sexta parte de las costas procesales causadas en la instancia.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro Vicente Magro Servet