

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 1061/2009 de 26 octubre

RESUMEN

La comisión por omisión en los delitos de violencia doméstica.

I. ANTECEDENTES

1º

El Juzgado de Instrucción nº 6 de Cerdanyola del Vallés, instruyó sumario nº 2/2006, y una vez concluso fue elevado la Audiencia Provincial de Barcelona que, con fecha 14-1-09, dictó sentencia con el siguiente Fallo:

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Jesús en concepto de autor de un delito de:

- Un delito contra la integridad moral previsto y penado en el art. 173.1 del CP con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco del art. 23 del CP [...]

- Un delito contra la integridad moral previsto y penado en el art. 173.1 del CP con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco del art. 23 del CP [...]

- Un delito de lesiones previsto y penado en el art. 149 del CP con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco del art. 23 del CP y la agravante de alevosía del art. 22.1º del CP [...]

- Un delito de malos tratos habituales previsto y penado en el art. 173 del CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada Guadalupe en concepto de autora de un delito de:

- Un delito contra la integridad moral previsto y penado en el art. 173.1 del CP en calidad de cómplice del art. 29 del CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

- Un delito de lesiones previsto y penado en el art. 148.3º del CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

- Un delito de lesiones previsto y penado en el art. 149 del CP con la concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía del art. 22.1º del CP [...]

- Un delito de malos tratos habituales previsto y penado en el art. 173 del CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal [...]

2º

En la citada sentencia se declararon probados los siguientes Hechos:

"Probado y así se declara que la procesada Guadalupe mayor de edad y sin antecedentes penales en el mes de noviembre de 2005 va a iniciar una relación sentimental con el también acusado Jesús mayor de edad y sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, comenzando a convivir juntos en el mes de diciembre de 2005, en el domicilio sito en la CALLE000 nº NUM000 NUM001 NUM001 de la localidad de Montcada i Reixach (Barcelona) junto con la hija de la acusada María Luisa nacida en fecha 21 de enero de 2001.

A) En fecha 18 de diciembre de 2005 la menor María Luisa fue ingresada en el Hospital Materno Infantil Vall d'Hebrón de Barcelona en donde fue diagnosticada de las siguientes patologías: fractura diafisaria de húmero derecho que precisó para su curación de tratamiento quirúrgico consistente en osteosíntesis mediante enclavado flexible con agujas TENT. A la gammagrafía ósea se detectó hipercaptación húmero derecho, cresta ilíaca derecha y arco costal 11 izquierdo compatibles con procesos agudos o recientes. Equimosis múltiples en la espalda. Equimosis en cara y arañazos en cuello.

En fecha 5 de febrero de 2007 se practicó nueva intervención quirúrgica para la retirada de material de osteosíntesis de fractura de húmero derecho.

Todas estas lesiones fueron causadas por el procesado Jesús por las agresiones que éste movido por la intención de menoscabar la integridad física de la menor María Luisa dirigía a ésta, agresiones de las que era perfectamente conocedora la acusada Alicia (sic) al advertir las heridas que presentaba la menor y la situación en que se encontraba y pese a ello no adoptó decisión alguna para evitar el comportamiento del procesado poniendo con ello en grave peligro la integridad física de su hija menor de edad.

B) Igualmente ha quedado probado que en fechas no determinadas pero en todo caso comprendidas entre diciembre de 2005 en que el procesado Jesús y la procesada Guadalupe iniciaron la convivencia en común en el domicilio sito en la CALLE000 nº NUM000 NUM001 NUM001 de la localidad de Montcada i Reixach (Barcelona) y el día 4 de marzo de 2006; el procesado en al menos dos ocasiones y movido por la intención de atentar contra la dignidad de la menor María Luisa hija de su compañera sentimental, la ató fuertemente con un cinturón de albornoz a una de las sillas del comedor poniéndole los brazos por detrás del respaldo, y dado que a María Luisa no le entraba la comida y la vomitaba al suelo, el acusado con una cuchara recogía sus vómitos y se los metía de nuevo en la boca hasta que conseguía que se los tragara. Igualmente al menos hasta en dos ocasiones el procesado con la intención de atentar contra la dignidad de la menor María Luisa y para obligarla a beber agua le tapaba la boca con un precinto o esparadrapo al que hacía un pequeño orificio en el que introducía una jeringuilla obligándola así a beber agua.

De todas estas acciones era perfectamente conocedora la acusada Alicia (sic) y pese a ello no adoptó decisión alguna para evitar el comportamiento vejatorio del procesado sobre su hija menor de edad.

C) Igualmente ha quedado probado que en hora no determinada de la tarde-noche del día 4 de marzo de 2006, ambos procesados se encontraban en el domicilio familiar sito en la CALLE000 nº NUM000 NUM001 NUM001 de la localidad de Montcada i Reixach junto con las menores María Luisa y Maite (hija del procesado). Los procesados decidieron acudir esa noche a las fiestas que se celebraban en la localidad de

Santa Perpetua de Mogoda y como fuese que la menor María Luisa no quería ir, salieron del piso los procesados y la menor Maite, dejando sola en el interior del piso a la menor María Luisa. Una vez fuera del piso el procesado Jesús le dijo a la procesada Crescencia que fuera bajando con Maite y que le esperaran en el portal, que él entraría a buscar a María Luisa, a lo cual accedió aún sabiendo que el procesado cuando se encontraba a solas con su hija sometía a ésta a todo tipo de agresiones y vejaciones como las hay descritas en los apartados anteriores. Una vez de nuevo el procesado en el interior del piso y movido como en ocasiones anteriores con la intención de atentar contra la integridad física de la menor, zarandeó brutalmente y con tal violencia a María Luisa que le provocó un hematoma subdural localizado fundamentalmente en el hemisferio izquierdo. Dado que la procesada y Maite estaban esperando al procesado en el portal del inmueble durante unos 10 minutos y al ver que no bajaba Jesús con María Luisa, decidieron subir a ver qué pasaba y cuando lo hacían por las escaleras se encontraron con Jesús que portaba en los brazos a María Luisa que estaba inconsciente. Inmediatamente los procesados trasladaron a María Luisa al Centro de Atención Primaria (CAP) de Montcada i Reixach en donde al observar que la menor se encontraba en coma la trasladaron en ambulancia al hospital materno infantil de Vall d'Hebrón de Barcelona en donde al ingreso se realiza TAC craneal que evidencia hematoma subdural izquierdo con edema cerebral importante.

Como consecuencia de dicha agresión, María Luisa sufrió lesiones consistentes en hematoma subdural masivo, que produjo un estado de coma, hipertensión endocraneal, edema cerebral [...]

A causa de dicho traumatismo la menor María Luisa precisó ingreso hospitalario [...]

Igualmente en fecha 4.3.2006 cuando la menor María Luisa fue asistida en el hospital Vall d'Hebrón fue diagnosticada de importantes hematomas por todo el cuerpo en diferentes estados evolutivos [...] Todas estas lesiones fueron causadas por el procesado en las diversas agresiones que éste profería a la menor; agresiones de las que era perfectamente conocedora la acusada Alicia al advertir las heridas que presentaba la menor y la situación en que se encontraba y pese a ello no adoptó decisión alguna para evitar el comportamiento del procesado poniendo con ello en grave peligro la integridad física de su hija menor de edad.

Como consecuencia de tales lesiones la menor María Luisa presenta en la actualidad las siguientes secuelas:

- Deterioro de las funciones cerebrales superiores integradas, acreditado MUY GRAVE [...]

- Precisa silla de ruedas para desplazamientos. Mantiene la sedestación, puede ponerse en pie con ayuda de aparatos y de tercera persona pero no puede desplazarse. [...]

- Afasia o trastorno del lenguaje verbal y escrito, [...]

- Pérdida total de autonomía personal con necesidad de ayuda de terceras personas para la supervivencia y todas las actividades de la vida diaria. [...]

Todas estas lesiones fueron causadas por el procesado Jesús por las agresiones que éste movido por la intención de menoscabar la integridad física de la menor María Luisa dirigía a ésta, agresiones de las que era perfectamente conocedora la acusada Alicia al advertir las heridas que presentaba la menor y la situación en que se encontraba - dejándola a solas con el procesado, sabiendo que éste aprovechaba tales ocasiones para agredirla y vejlarla- y pese a ello no adoptó decisión alguna para evitar el comportamiento del procesado poniendo con ello en grave peligro la integridad física de su hija menor de edad.

D) No ha quedado igualmente probado que desde noviembre de 2005 en que la procesada inicia su relación sentimental con el procesado, y posteriormente desde diciembre de 2005 hasta marzo de 2006 período durante el cual conviven juntos en el domicilio sito en la CALLE000 n° NUM000 NUM001 NUM001 de la localidad de Montcada i Reixach (Barcelona) junto con la hija de la procesada, María Luisa nacida en fecha 21 de enero de 2001, ambos procesados crearon con respecto a María Luisa un clima de sistemática maltrato tanto físico como vejatorio y que se concreta en los actos de violencia descritos en los apartados anteriores.

D) No ha quedado probado que el estado de caquexia de la menor María Luisa diagnosticado en fecha 4 de marzo de 2006 hubiere sido provocado por la desnutrición y falta de cuidados por parte de los procesados" [...]

4º

Notificada la sentencia a las partes, los acusados prepararon recurso de casación por infracción de ley, y de preceptos constitucionales [...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

RECURSO DE DÑA. Guadalupe :

[...]

OCTAVO

Como segundo motivo se articula, al amparo del artículo 849.1 LECr. infracción de precepto legal, por indebida aplicación del art. 29 CP .

1. La recurrente discute la complicidad por la que ha sido condenada respecto del delito de trato degradante del art. 173.1 CP, señalando que no se le atribuye ninguna actuación de cooperación en la ejecución, sino tan solo que no la impidió.

2. El factum de la sentencia de instancia declara probado, en cuanto al hecho B), que: "en fechas no determinadas pero en todo caso comprendidas entre diciembre de 2005 en que el procesado Jesús y la procesada Guadalupe iniciaron la convivencia en común en el domicilio sito en la CALLE000 n° NUM000 NUM001 NUM001 de la localidad de Montcada i Reixach (Barcelona) y el día 4 de marzo de 2006; el procesado en al menos dos ocasiones y movido por la intención de atentar contra la dignidad de la menor María Luisa hija de su compañera sentimental, la ató fuertemente con un cinturón de albornoz a una de las sillas del comedor poniéndole los brazos por detrás del respaldo, y dado que a María Luisa no le entraba la comida y la vomitaba al suelo, el acusado con una cuchara recogía sus vómitos y se los metía de nuevo en la boca hasta que conseguía que

se los tragara. Igualmente al menos hasta en dos ocasiones el procesado con la intención de atentar contra la dignidad de la menor María Luisa y para obligarla a beber agua le tapaba la boca con un precinto o esparadrapo al que hacía un pequeño orificio en el que introducía una jeringuilla obligándola así a beber agua.

De todas estas acciones era perfectamente conocedora la acusada Alicia (sic) y pese a ello no adoptó decisión alguna para evitar el comportamiento vejatorio del procesado sobre su hija menor de edad" .

El Tribunal a quo en su fundamento jurídico cuarto establece que, tratándose el delito de que se trata no de resultado, sino de simple actividad , hay que descartar la comisión por omisión, que en otro caso sería procedente, conforme al art. 11 CP, calificando la actuación de la acusada como penalmente relevante a título de cómplice, ya que, de modo accesorio con respecto al autor material, conocía la situación concreta, y, en situación de garante, teniendo la obligación legal de evitarla, no se limitó a saber y consentir, sino que contribuyó activamente a mantenerla.

3. En la doctrina más moderna se considera que la delimitación de la autoría y de la participación resulta especialmente dificultosa en el caso de los delitos de omisión; entendiéndose la mayoría que la participación activa en un delito de omisión es posible, tanto como inducción, como cooperación o complicidad.

Y, dogmáticamente, se entiende que mayores problemas plantea aún la participación omisiva en un delito de comisión. Así, un sector de la doctrina sostiene que, en estos casos, el omitente es siempre partícipe, pues el dominio del hecho sólo se transmite al omitente en caso de que el que actúa deje de dominar el curso del hecho. Un segundo sector doctrinal mantiene que es preciso distinguir en función de cuál sea la fuente de la posición de garante, pues si el omitente tiene una función de protección de un bien jurídico deberá ser considerado autor, mientras que si lo que le corresponde es una función de control del peligro procedente de un tercero, deberá ser considerado partícipe, pues en tales casos, también, un interviniente activo solamente podría ser considerado partícipe. Finalmente, desde una tercera posición se argumenta que el garante que no evita la producción del resultado es siempre autor, y que la autoría en los delitos de omisión no puede ser explicada a partir del dominio del hecho. Si bien esta última posición admite como excepciones los delitos especiales propios, los delitos de propia mano y los delitos como elementos subjetivos especiales, en los que el omitente partícipe no puede ser autor y, por consiguiente, debe ser considerado partícipe.

Con arreglo a lo expuesto, no cabiendo duda, según los hechos declarados probados, que **la acusada conocía los tratos vejatorios que el procesado sometía a la hija de la primera y que, a pesar de ello, no adoptó decisión alguna para evitarlos, siendo evidente que sobre ella, en cuanto madre de la menor, recaía la función de protección del bien jurídico de preservación de la integridad moral de la niña; o bien, como mínimo, a ella correspondía la función de control del peligro que sobre ese bien procediera de un tercero, como era el coprocesado, es claro que la imputación realizada por el Tribunal de instancia como partícipe, en calidad de cómplice, es adecuada a derecho.**

Consiguientemente, el motivo ha de ser desestimado.

[...]

DUODÉCIMO

El sexto motivo, al amparo del artículo 849.1 LEC., se formula por infracción de precepto legal, por indebida aplicación del art. 5 CP.

1. Se alega que la actuación de la recurrente, en relación con el **delito de lesiones del art. 148.3º CP** estaría exenta del necesario dolo necesario para que se le pueda atribuir no haber impedido (comisión por omisión) al otro acusado causar a María Luisa las lesiones consistentes en fractura diafisaria del húmero derecho. Así, los hechos probados no describen la forma en que se produjo esas lesiones más graves que las simples equimosis o cardenales, que nos pueda indicar si Guadalupe la presencié o si sabía, de forma concreta, que se iba a producir.

2. Ciertamente, **el art. 5 CP proclama que no hay pena sin dolo o culpa. Y con la recurrente hay que coincidir en que el dolo requiere conocimiento de todos o cada uno de los elementos del hecho que constituye el delito, y que ese conocimiento debe ser anterior o simultáneo a la comisión**, pues caso de ser posterior mal se podría evitar.

Dogmáticamente se ha venido distinguiendo entre el dolo directo que existe cuando de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias del acto que se asumen (Cfr. STS de 29-1-92), y el dolo eventual , en el que, desde una postura ecléctica -conjugando la tesis de la probabilidad con la del consentimiento- podemos decir que se exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se reproduzca el resultado, y que además, se conforme con dicha producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquél resultado se produzca. Siendo exigible, en todo caso, la consciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene (Cfr. SSTS 348/93, de 20 de febrero; y, 2164/2001, de 12 de noviembre).

Como se argumenta en la STS de 16-6-2004, **el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal.**

En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad mas frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado.

Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización.

Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos.

Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico.

3. La sentencia de instancia, en su fundamento jurídico cuarto, atribuye a la procesada, ahora recurrente, ser criminalmente responsable -entre otros delitos- del de las lesiones del art. 148.3º CP (correspondientes a los hechos declarados probados en el apartado A) del factum), en concepto de autora por comisión por omisión, invocando el art. 11 del CP .

Siguiendo a la STS de 2-7-2009, nº 716/2009, es necesario recordar en este sede casacional que **la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico.**

De aquella relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación del resultado por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico.

La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia).

Pues bien, la jurisprudencia (Cfr. STS 1480/99, de 13-10), ha admitido **la participación omisiva en un delito de resultado, y, conforme al actual art. 11 CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.**

Por ello, la participación omisiva parte de unos **presupuestos**:

a) El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice).

b) Un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución.

c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

A esta concreta posición de garante, se refiere formalmente, el art. 11, apartado b) CP, cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado.

No se puede olvidar que en la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal.

Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no se requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento.

En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.

El presupuesto subjetivo de la participación omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material.

4. En el caso presente puede establecerse, en principio, la existencia en la recurrente de una obligación legal de actuar dada su posición de garante que, en cuanto a la salud e integridad física de los hijos, se contempla con carácter general en el art. 154 del Código Civil -incluso con anterioridad a la reforma LO 54/2007 de 28.12 - como uno de los deberes que en el conjunto de las relaciones paterno-filiales incumbe a los padres.

La responsabilidad por la omisión arranca del carácter de madre de la niña, ya que, los deberes positivos de protección y cuidado derivan -se dice en la STS 21/2007 de 19 de enero - no sólo de la propia naturaleza fundada en el hecho biológico de la maternidad natural (deber moral) sino de su traducción e exigencias normativas (deber legal).

El Código Civil impone a los padres el de velar por los hijos menores -art. 154,1º - y permite a los progenitores, en el ejercicio de su potestad recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento.

Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos evitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves, las posibles agresiones o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros (SSTS de 31-10-91; 1161/2000, de 26-6).

Es incuestionable, desde el punto de vista jurídico, que cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante.

5. Centrándonos en el elemento que se cuestiona del delito, habrá que recordar, siguiendo a la STS de 2-7-2009, nº 716/2009, que el dolo de los delitos de omisión (sean delitos propios o impropios de omisión) tienen caracteres que si bien son equivalentes a los de la forma más grave de los delitos activos, difieren del dolo propio de éstos.

La doctrina científica ha puesto de manifiesto que **mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo, en los delitos de omisión, por el contrario, el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido.**

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

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

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

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

5. **En el supuesto que nos ocupa, con arreglo al relato histórico, conociendo la acusada las lesiones cuando éstas se evidenciaron, y sin aviso previo de que las mismas pudieran producirse, no resulta para la misma el requerido conocimiento de ninguna situación de peligro para la niña que determinara su deber de actuar en protección de la misma, poniéndola a salvo de las agresiones y lesiones; ni puede establecerse que omitió - en este caso - una actuación que le era debida. Si no tuvo conocimiento de la situación de hecho que generara el deber de actuar, no puede reprochársele, en la ocasión, que no actuara. Producida la lesión, ya no podía evitarla. Por tanto, no existe el dolo en los términos que hemos definido más arriba, necesario para integrar el tipo subjetivo de la figura penal aplicada.**

Consecuentemente, el motivo ha de ser estimado.

DÉCIMO TERCERO

Como séptimo motivo, al amparo del artículo 849.1 LECr., se alega infracción de precepto legal, por indebida aplicación del art. 11 CP .

1. Niega la recurrente que " la no evitación " del **delito de lesiones del art. 149 CP**, equivalga a su causación, integrándose así el delito por comisión por omisión. Para ello sería necesario que la persona que no impide el resultado tenga una evidencia clara de que dicho resultado se ha de producir necesariamente, ya sea porque se esté produciendo en su presencia, ya sea porque ese concreto resultado se ha producido ya con anterioridad y con una reiteración tal que haga presumir que se va a volver a producir.

2. El hecho al que se refiere la recurrente es el comprendido en el apartado C) del factum que dice así: "Igualmente ha quedado probado que en hora no determinada de la tarde-noche del día 4 de marzo de 2006, ambos procesados se encontraban en el domicilio familiar sito en la CALLE000 nº NUM000 NUM001 NUM001 de la localidad de Montcada i Reixach junto con las menores María Luisa y Maite (hija del procesado). Los procesados decidieron acudir esa noche a las fiestas que se celebraban en la localidad de Santa Perpetua de Mogoda y como fuese que la menor María Luisa no quería ir, salieron del piso los procesados y la menor Maite , dejando sola en el interior del piso a la menor María Luisa . Una vez fuera del piso el procesado Jesús le dijo a la procesada Crescencia que fuera bajando con Maite y que le esperaran en el portal, que él entraría a buscar a María Luisa , a lo cual accedió aún sabiendo que el procesado cuando se encontraba a solas con su hija sometía a ésta a todo tipo de agresiones y vejaciones como las hay descritas en los apartados anteriores. Una vez de nuevo el procesado en el interior del piso y movido como en ocasiones anteriores con la intención de atentar contra la integridad física de la menor, zarandéo brutalmente y con tal violencia a María Luisa que le provocó un hematoma subdural localizado fundamentalmente en el hemisferio izquierdo. Dado que la procesada y Maite estaban esperando al procesado en el portal del inmueble durante unos 10 minutos y al ver que no bajaba Jesús con María Luisa , decidieron subir a ver qué pasaba y cuando lo hacían por las escaleras se encontraron con Jesús que portaba en los brazos a María Luisa que estaba inconsciente. Inmediatamente los procesados trasladaron a María Luisa al Centro de Atención Primaria (CAP) de Montcada i Reixach en donde al observar que la menor se encontraba en coma la trasladaron en ambulancia al hospital materno infantil de Vall d'Hebrón de Barcelona en donde al ingreso se realiza TAC craneal que evidencia hematoma subdural izquierdo con edema cerebral importante".

De tal relato fáctico -que describe el **último episodio del calvario** a que fue sometida la niña- cabe destacar que **la acusada accedió a esperar en el portal, mientras que su compañero sentimental subía al piso a buscar a María Luisa, aún sabiendo que el procesado cuando se encontraba a solas con su hija sometía a ésta a todo tipo de agresiones. De ello aparece con toda claridad la posición de garante de la acusada y el incumplimiento por la misma de los deberes de protección que le correspondían, para evitar la agresión a su hija, en los términos ya referidos en los motivos anteriores** a los que, en evitación de inútiles repeticiones, nos remitimos.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

DECIMOCUARTO

El motivo octavo, al amparo del artículo 849.1 LECr., se configura por infracción de precepto legal, por indebida aplicación del art. 5 CP en relación con el art. 149 CP .

1. Se mantiene que el dolo exige el conocimiento concreto de todos los elementos objetivos del delito y la acusada sólo podía conocer, y así se declara probado, las agresiones y vejaciones descritas en los apartados A) y B), las cuales son de menor entidad y gravedad que las lesiones (hematoma subdural) constitutivas del delito del apartado C) por el que se la condena. El dolo ha de ser específico de causar las lesiones de gravedad máxima. Y, si ello es predicable del causante directo de ellas Jesús , con mayor razón para Guadalupe .

Su participación en el delito acaba cuando dejó sola a su hija María Luisa con Jesús. La sentencia dice que a ello accedió "aún sabiendo que el procesado cuando se encontraba a solas con su hija sometía a esta a todo tipo de agresiones y vejaciones como las ya descritas en los apartados anteriores". Es decir, que todo lo más que podía esperar es que su compañero pudiera golpear a la pequeña o causarle alguna lesión de importancia, pero no unas lesiones tan extremas en gravedad y en reproche social como las producidas que excedían con mucho lo que el propio autor material podía esperar como resultado de su actuación.

2. Vuelve la recurrente a discutir la figura del dolo en sede de comisión por omisión. Como ya dijimos con relación al motivo sexto de su recurso -al que en lo demás nos remitimos de nuevo- en los delitos de omisión el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción. Y tal peligro resulta del relato fáctico que narra -como decíamos- el último de los graves episodios de agresión a que fue sometida la hija de la procesada.

El motivo se desestima.

[...]

III. FALLO

DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LA ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACION por infracción de ley y de preceptos constitucionales, interpuesto por D. Jesús , y HABER LUGAR A ESTIMAR EN PARTE el recurso interpuesto por infracción de ley y de preceptos constitucionales por DÑA. Guadalupe [...]

Debemos absolver y a absolvemos a DÑA. Guadalupe del delito de lesiones, comprendido en el art. 148.3 CP por el que la misma fue condenada, en concepto de autora por comisión por omisión [...]

Y se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, y de su auto de aclaración.