

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de dos mil doce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, de fecha 30 de junio de 2011. Han intervenido el Ministerio Fiscal, como recurrente, la acusada María de las Nieves, representada por el Procurador Sr. Fernández Oruña y como recurrido Institut Mallorquí D'Afers Socials representado por el Procurador Sr. González Salinas.

Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 12 de Palma de Mallorca instruyó sumario 5/06, por delito de malos tratos en el ámbito familiar y otros, contra María Nieves y José, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca cuya Sección Segunda dictó en el Rollo de Sala 57/06 sentencia en fecha 30 de junio de 2011, con los siguientes hechos probados:

"Único.- Probado y así se declara que la procesada María Nieves, mayor de edad, con DNI núm. ..., sin antecedentes penales, y el también procesado José, mayor de edad, con DNI núm. ..., sin antecedentes penales, habiendo contraído matrimonio en fecha 20 de agosto de 1994, adoptaron al menor de edad Miguel Ángel, de origen rumano, en fecha 9 de agosto de 2001, en el marco del procedimiento de adopción internacional núm. 68/99. Los procesados convivían en el domicilio familiar sito en la calle D. núm. ...5 bajos de la localidad de Lluçmajor junto con su hijo Miguel Ángel nacido en fecha 21 de julio de 1999.

El día 6 de junio de 2006, alrededor de las 18 horas, María Nieves se encontraba en el domicilio familiar junto con Miguel Ángel; como fuera que el menor no estaba haciendo unos deberes escolares María Nieves, enfadada con él, lo mandó al cuarto de baño. Posteriormente, ella acudió también al cuarto de baño y comenzó a preguntar a Miguel Ángel el porqué de no hacer los deberes, sin embargo, Miguel Ángel no contestaba a sus preguntas. Tales silencios contrariaban a la procesada, hasta el punto en que le dijo al menor que si no le contestaba a lo que le preguntaba le empujaría. Pese a ello el menor siguió sin contestar y, María Nieves, le propinó un primer empujón; como Miguel Ángel se mantuvo en silencio, a ese primer empujón siguieron otros, en número indeterminado. A consecuencia de algunos de estos empujones la procesada pudo oír como el cuerpo del menor se golpeaba con diversos objetos del mobiliario del cuarto de baño, así como con el marco de la puerta; en el trascurso (sic) de la agresión Miguel Ángel cayó al suelo en más de dos ocasiones, si bien, no finalizó ésta hasta que, nuevamente, Miguel Ángel cayó al suelo quedando inconsciente.

Tras ello, María Nieves recogió al menor y lo intentó reanimar con agua fría, sin conseguirlo; lo llevó a la cama y le cambió de ropa poniéndole un pijama de verano y llamó a su marido contándole que el niño se había caído por el pasillo.

José, que salía del trabajo y se dirigía al domicilio familiar, atendiendo a que se encontraba en un atasco de circulación, volvió a llamar a su mujer preguntándole si había avisado a una ambulancia; ésta, que no lo había hecho, procedió a dar parte a su seguro de asistencia sanitaria una vez terminó la conversación con su marido. Cuando éste llegó a la casa, la ambulancia todavía no había llegado, por lo que procedieron a reiterar la llamada y esperar.

El menor fue atendido, en un primer momento, en el servicio de urgencias de la Clínica Rotger. En el momento de su ingreso las lesiones que presentaba eran las siguientes: en cabeza,

hematoma frontal derecho con pequeña dermoabrasión, hematoma en área malar derecha, contusión parieto-occipital derecha, pequeños hematomas alrededor de ambas mamilas, hematomas lineales en glúteo derecho, hematomas en región dorso lumbar, hematomas en zona externa de ambas caderas, hematomas de gran tamaño en ambos codos y talón izquierdo, y pequeños hematomas en cara interna de muslos. Tras la realización de TC cerebral se evidencia pequeña colección hemática en espacio subaracnoideo de la convexidad, acompañado de hematoma subdural laminar interhemisférico y pequeño hematoma subcutáneo frontal derecho y parietal izquierdo -folio 12-. El diagnóstico se determinó en politraumatismo con traumatismo craneoencefálico grave y coma profundo.

En el momento de ser dado de alta, Miguel Ángel presentaba las siguientes secuelas: deterioro de las funciones cerebrales superiores, muy grave, deterioro de las funciones motoras de origen central consistentes en tetraparesia espástica, ceguera de origen cortical, alteración del lenguaje, afasia (responde a preguntas sencillas con gestos para responder "si/no"), incoordinación deglutoria que requiere alimentación nasogástrica, hipertensión arterial de origen central que requiere dosis altas de medicación. La consideración de la Clínica Forense es que todas estas secuelas, dada su gravedad, son equiparables a un estado vegetativo persistente, presentando, en consecuencia, una incapacidad en grado de "gran inválido", necesitado de la asistencia constante de terceras personas y la adecuación de la vivienda a sus limitaciones actuales. Las lesiones no ofrecen posibilidad de mejoría".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallo. Debemos condenar y condenamos a María Nieves como autora de un delito de lesiones, precedentemente definido, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal con carácter de agravantes de alevosía y de parentesco, a la pena de doce años de prisión, con inhabilitación absoluta durante todo el tiempo de la condena y prohibición de aproximación y comunicación por cualquier medio a Miguel Ángel por un tiempo de veinte años y pago de la mitad de las costas del procedimiento.

Además, indemnizará a Miguel Ángel en la cantidad de un millón quinientos mil euros - 1.500.000 €, cantidad que devengará los intereses previstos en el artículo 576 LEC desde la fecha de la presente resolución y hasta su completo pago.

Debemos absolver y absolvemos a José de las imputaciones por las que venía siendo acusado, declarando las costas procesales por ello causadas, de oficio.

Para el cumplimiento de la pena que se impone declaramos de abono todo el tiempo que haya estado privada de libertad por los hechos objeto de la presente causa, siempre que no le hubiera sido computado o le fuera computable en otra.

Notifíquese esta sentencia a las partes personadas haciéndoles saber que contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación, en el plazo de cinco días.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Procurador Sr. Fernández Oruña en nombre y representación de María de las Nieves 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 de la recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECr. Vulneración del 149 del C. Penal.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., indebida aplicación del artículo 22.1 CP. inexistencia de alevosía.

Tercero.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., indebida inaplicación del art. 21.6 CP. dilaciones indebidas.

Cuarto.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., indebida inaplicación del art. 21.5 CP reparación del daño.

Quinto.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por indebida inaplicación del art. 21.4. Confesión.

Sexto.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. indebida inaplicación del art. 21.7 Atenuante analógica.

Séptimo.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del 852 de la LECrim. por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de mi mandante del art. 24.1 CE y art. 120.3 CE, al no motivarse la individualización de la pena impuesta.

QUINTO.- Instruido el Institut Mallorquí D'Afers Socials, su representación legal en autos Procurador Sr. González Salinas presentó escrito de impugnación; instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 12 de junio de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca condenó, en sentencia dictada el 30 de junio de 2011, a María Nieves como autora de un delito de lesiones, con la concurrencia de las circunstancias agravantes de alevosía y de parentesco, a la pena de doce años de prisión, con inhabilitación absoluta durante todo el tiempo de la condena y prohibición de aproximación y comunicación por cualquier medio a Miguel Ángel por un tiempo de veinte años y pago de la mitad de las costas del procedimiento.

Además, indemnizará a Miguel Ángel en la cantidad de 1.500.000 €, cantidad que devengará los intereses previstos en el artículo 576 LEC desde la fecha de la presente resolución y hasta su completo pago.

De otra parte, absolvió a José de las imputaciones por las que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas procesales por ello causadas.

Los hechos objeto de condena se resumen, a efectos de mera introducción, en que la procesada María Nieves y el también procesado José, habiendo contraído matrimonio en fecha 20 de agosto de 1994, adoptaron al menor de edad Miguel Ángel, de origen rumano, en fecha 9 de agosto de 2001, en el marco del procedimiento de adopción internacional núm. 68/1999. Los

procesados convivían en el domicilio familiar sito en la calle D. núm. ...5, bajo, de la localidad de Lluçmajor (Mallorca), junto con el referido hijo adoptivo, nacido en fecha 21 de julio de 1999.

El día 6 de junio de 2006, alrededor de las 18 horas, María Nieves se encontraba en el domicilio familiar junto con Miguel Ángel; y como el menor no estuviera haciendo los deberes escolares María Nieves, enfadada con él, lo mandó al cuarto de baño. Posteriormente, ella acudió también al baño y comenzó a preguntar a Miguel Ángel el porqué de no hacer los deberes; sin embargo, Miguel Ángel no contestaba a sus preguntas. Tales silencios contrariaron a la procesada, hasta el punto en que le dijo al menor que si no le contestaba a sus preguntas le empujaría. Pese a ello el menor siguió sin contestar y entonces María Nieves le propinó un primer empujón; como Miguel Ángel se mantuvo en silencio, a ese primer empujón siguieron otros, en número indeterminado. A consecuencia de algunos de estos empujones la procesada pudo oír como el cuerpo de Miguel Ángel se golpeaba con diversos objetos del mobiliario del cuarto de baño, así como con el marco de la puerta; en el curso de la agresión el menor cayó al suelo en más de dos ocasiones, si bien la acusada no cesó hasta que, nuevamente, cayó al suelo y quedó inconsciente.

Como consecuencia de los golpes recibidos Miguel Ángel sufrió lesiones en diferentes partes del cuerpo: cabeza, área malar derecha, zona parietal derecha, ambas mamilas, glúteo derecho, región dorso lumbar, zona externa de ambas caderas, ambos codos, talón izquierdo y en cara interna de muslos. Tras la realización de TAC cerebral se evidenció una pequeña colección hemática en espacio subaracnoideo de la convexidad, acompañado de hematoma subdural laminar interhemisférico y pequeño hematoma subcutáneo frontal derecho y parietal izquierdo. Fue diagnosticado de politraumatismo con traumatismo craneoencefálico grave y coma profundo.

En el momento de ser dado de alta, Miguel Ángel presentaba las siguientes secuelas: deterioro muy grave de las funciones cerebrales superiores, deterioro de las funciones motoras de origen central consistentes en tetraparesia espástica, ceguera de origen cortical, alteración del lenguaje, afasia (responde a preguntas sencillas con gestos para responder "si/no"), incoordinación deglutoria que requiere alimentación nasogástrica, e hipertensión arterial de origen central que requiere dosis altas de medicación. La consideración de la Clínica Forense es que todas estas secuelas, dada su gravedad, son equiparables a un estado vegetativo persistente, presentando, en consecuencia, una incapacidad en grado de "gran inválido"; precisa de la asistencia constante de terceras personas y la adecuación de la vivienda a sus limitaciones actuales. Las lesiones no ofrecen posibilidad de mejoría.

Contra la referida condena recurrió en casación la defensa de la acusada, formulando un total de siete motivos.

PRIMERO.- 1. En el motivo primero se invoca, por el cauce procesal del art. 849.1 de la LECr., la vulneración del art. 149 del C. Penal. Alega la parte recurrente que no nos hallamos ante un supuesto de dolo eventual sino de culpa consciente. Según la defensa, la acusada actuó con el único deseo de mejorar a su hijo en su desarrollo vital, para que hiciera las cosas bien, sin que se representara un daño físico para el menor que lo dejara inconsciente, ya que solo pretendía corregirlo y educarlo. Por lo cual, habría que atribuir el resultado a una conducta imprudente.

2. Sobre el tema del dolo y sus modalidades se argumenta en las sentencias de esta Sala 172/2008, de 30 de abril, y 716/2009, de 2 de julio, que "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 más

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". "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...En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado" (STS de 1 de diciembre de 2004, entre otras muchas). "...se estima -prosiguen diciendo las referidas sentencias- que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca".

Por consiguiente, tal como se aprecia en los precedentes jurisprudenciales reseñados, esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23-4-1992 (relativa al caso conocido como del "aceite de colza" o "del síndrome tóxico") ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal. Sin embargo, se afirma en la sentencia 69/2010, de 30 de enero, "ello no quiere decir que se excluya de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento. Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta". "Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo -sigue diciendo la sentencia 69/2010-, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el elevado peligro concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento volitivo se le asignan los nombres de asentimiento, asunción, conformidad y aceptación, en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo".

Por lo demás, también parece claro que el conocimiento siempre precede al acto agresivo y a la voluntad que lo impulsa en el momento de ejecutarlo. Si a ello se le suma que probatoriamente la acreditación del elemento intelectual, una vez que el riesgo de que se produzca el resultado es muy elevado, deriva en la acreditación inferencial de la voluntad, es comprensible la postergación de esta en la práctica del proceso. Pues, tras constatarse que el autor actuó con el conocimiento del peligro concreto que entrañaba su acción, no parece fácil admitir probatoriamente que el acusado no asume el resultado lesivo. Las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo está asumiendo el probable resultado. Sólo en circunstancias extraordinarias podrían aportarse

datos individualizados que permitieran escindir probatoriamente ambos elementos. Las alegaciones que en la práctica se hacen en el sentido de que se confiaba en que no se llegara a producir un resultado lesivo precisan de la acreditación de circunstancias excepcionales que justifiquen esa confianza, pues esta no puede convertirse en una causa de exculpación dependiente del subjetivismo esgrimido por el imputado (STS 69/2010, de 30-I). Y es que, en principio, el sujeto que ex ante conoce que su conducta genera un grave riesgo para el bien jurídico está obligado a no ejecutarla y a no someter por tanto los bienes jurídicos ajenos a niveles de riesgo que, en el caso concreto, se muestran como no controlables (STS 1180/2010, de 22-12; y 384/2012, de 4-5).

3. Descendiendo ya al caso enjuiciado, es claro, a tenor de lo que se plasma en el “factum” de la sentencia, que la acusada empujó un número indeterminado de veces al menor de seis años de edad contra los sanitarios y demás mobiliario del cuarto de baño, pudiendo oír cómo el cuerpo del niño se golpeaba contra los muebles y enseres de esa dependencia así como contra el marco de la puerta, cayendo Miguel Ángel al suelo en más de dos ocasiones, sin que la acusada cesara en su conducta agresiva hasta que el menor quedó inconsciente. De la contundencia y variedad de esos golpes contra el mobiliario del cuarto de baño dan una idea bastante clara los resultados lesivos que sufrió el menor: hematoma frontal derecho con pequeña dermoabrasión en la cabeza; hematoma en área malar derecha; contusión parieto-occipital derecha; pequeños hematomas alrededor de ambas mamilas; hematomas lineales en glúteo derecho; hematomas en región dorso lumbar; hematomas en zona externa de ambas caderas; hematomas de gran tamaño en ambos codos y talón izquierdo; hematoma subdural laminar interhemisférico y pequeño hematoma subcutáneo frontal derecho y parietal izquierdo. Se le diagnosticó un politraumatismo con traumatismo craneoencefálico grave y coma profundo. Y ya se dejó constancia en su momento de las gravísimas secuelas que le quedan, que determinan un estado vegetativo persistente y una incapacidad en grado de “gran inválido”; precisa de la asistencia constante de terceras personas y la adecuación de la vivienda a sus limitaciones actuales, sin posibilidad de mejoría. Pues bien, una persona que propina empujones contundentes contra un menor de seis años contra el mobiliario de un cuarto de baño y contra el marco de la puerta hasta el punto de hacerlo caer varias veces al suelo, es claro que conoce la elevada probabilidad de ocasionarle graves lesiones sobre todo en la cabeza, tanto internas como externas.

El límite entre la elevada probabilidad de ocasionar el resultado lesivo y la mera posibilidad de que se produzca, que, en principio, establecería un primer criterio delimitador entre el dolo eventual y la culpa consciente, no es fácil de concretar en la práctica. Hasta el punto de que un sector doctrinal excluye la posibilidad de incluir en la imprudencia los supuestos de culpa consciente y considera que se trata de casos de dolo eventual (STS 802/2010, de 17-9). También se ha dicho que en la imprudencia consciente concurre un conocimiento correcto de la situación fáctica objetiva pero se yerra, en cambio, sobre las consecuencias que pueden derivarse de esa situación, error que no cabría admitir en los supuestos de dolo eventual debido a la alta probabilidad de que se produzca el grave resultado lesivo. En el presente caso, tal como ya se ha argumentado, a tenor del lugar en que se perpetraron los hechos, de la reiteración de la agresión y de la pluralidad de lesiones que presentó el menor de edad, ha de entenderse que la conducta de la acusada, con arreglo a las máximas de la experiencia y a los conocimientos de un ciudadano medio situado en el caso concreto, generaba ex ante un peligro concreto elevado para la integridad física de los órganos internos de la cabeza del menor de edad, peligro que tenía que ser necesariamente conocido por la acusada (elemento intelectual del dolo); de lo cual sólo cabe inferir que en el momento de arrojarlo contra las paredes y el mobiliario estaba aceptando o asumiendo la probabilidad de causarle un traumatismo craneoencefálico que lo dejara en estado vegetativo, como así fue (elemento volitivo del dolo).

En consecuencia, la Sala de instancia ha apreciado correctamente que la acusada actuó con dolo eventual con respecto a las gravísimas lesiones sufridas por el menor de seis años de edad. Ello comporta la desestimación de este primer motivo de impugnación.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo se denuncia, por el cauce del art. 849.1 de la LECr., la vulneración del art. 22.1, al aplicarse indebidamente la agravante de alevosía. Alega la parte recurrente que en el presente caso no concurre un supuesto de alevosía, dado que la jurisprudencia viene entendiendo, en general, inaplicable la referida agravante en aquellos supuestos en que el agresor actúa con dolo eventual.

2. El art. 22.1 del Código penal dispone que la alevosía concurre "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido". Partiendo de esa definición legal, la jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo los siguientes elementos para apreciar la alevosía: en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas; en segundo lugar, como requisito objetivo que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad; en tercer lugar, en el ámbito subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél; y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades (SSTS 907/2008, de 18-12; 25/2009, de 22-1; 37/2009, de 22-1; 172/2009, de 24-2; y 371/2009, de 18-3)". En lo que concierne a las modalidades, instrumentos o situaciones de que se vale el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y el consiguiente riesgo para su persona, esta Sala distingue en las sentencias que se acaban de reseñar tres supuestos de comportamiento alevoso: la llamada alevosía proditoria o traicionera, si se ejecuta la agresión mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha; la alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado, repentino e imprevisto; y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente.

3. En el caso concreto se le aplica a la acusada la alevosía por desvalimiento, al tratarse de la acción agresora de una madre con respecto a su hijo adoptivo, de solo seis años de edad, al que agrede en el cuarto de baño de la vivienda arrojándolo en diferentes ocasiones contra las paredes y el mobiliario, haciéndolo caer varias veces al suelo hasta que lo deja inconsciente. Se está, por tanto, ante un supuesto de alevosía por desvalimiento ante la situación de indefensión en que se halla un menor de esa edad frente a su madre en el interior de una dependencia de la casa en la que cualquier golpe contra las paredes o el mobiliario genera un grave peligro especialmente para los órganos internos de la cabeza, tal como ya se ha expuesto en su momento. En cualquier caso, y aunque se entendiera que un menor de seis años de edad no tiene la condición de persona desvalida frente a la agresión de una persona mayor de edad que la agrede de forma reiterada en el interior de un cuarto de baño, siempre sería aplicable la agravante de abuso de superioridad (art. 22.2 del C. Penal), catalogada de alevosía menor o de segundo grado, con lo cual las consecuencias punitivas en este caso serían las mismas.

En cuanto a la posibilidad de apreciar la alevosía en unas gravísimas lesiones perpetradas con dolo eventual, este Tribunal ha afirmado en las sentencias 138/2010, de 10 de marzo, 460/2010, de 14 de mayo, 1180/2010, de 22 de diciembre, que “hace bastante tiempo se sustentaban dos tesis contrapuestas en esta Sala, pero no es menos cierto el hecho inconcuso de que en los últimos años se ha ido imponiendo de forma rotunda la aceptación de esa dualidad conceptual (asesinato y dolo eventual), como lo atestigua la corriente jurisprudencial más moderna (SSTS 2615/1993, de 20 de diciembre; 975/1996, de 21 de enero de 1997; 1006/1999, de 21 de junio; 1011/2001, de 4 de junio; 1010/2002, de 3 de junio; 1804/2002, de 31 de octubre; 71/2003, de 20 de enero; 1166/2003, de 26 de septiembre; 119/2004, de 2 de febrero; 239/2004, de 18 de febrero; 415/2004, de 25 de marzo; 653/2004, de 24 de mayo; 1229/2005, de 19 de octubre; 21/2007, de 19 de enero; 466/2007, de 24 de mayo; 803/2007, de 27 de septiembre; 743/2008, de 14 de octubre y 678/2008, de 30 de octubre), y es precisamente con apoyo en la distinción entre el dolo referido a los medios comisivos tendentes a asegurar la ejecución del hecho proyectado, sin riesgo para el ejecutor proveniente de la víctima (dolo directo), y el dolo referido a propósito de causar una muerte (en este caso unas lesiones muy graves), bien directamente, de modo indirecto (dolo de consecuencias necesarias) o a través de dolo eventual”.

Se desvirtúa así la tesis de la parte recurrente sobre la incompatibilidad entre el dolo eventual y la aplicación de la alevosía debido a que el elemento subjetivo de la alevosía no puede darse cuando se agrede con dolo eventual. Pues, en contra de lo que se dice en el escrito de recurso, y tal como se sostiene por la jurisprudencia más reciente, puede actuarse con dolo directo a la hora de elegir o seleccionar los medios de ejecución de la agresión y al mismo tiempo actuar con dolo eventual con respecto a las gravísimas lesiones ocasionadas a la víctima. Pues el asegurar la acción agresora no comporta necesariamente que se asegure con el fin específico o la intención directa de dejar inválida a la víctima, sino que se puede actuar sólo con el fin de causar un peligro concreto de lesiones muy graves, asumiendo el probable resultado. De modo que la selección del medio y de la forma de ejecución puede ser muy intencionada, y, en cambio, el fin que conlleva ese medio puede quedar más difuminado o abierto para el sujeto agresor, por no tener un especial interés o una directa intención de asegurar el resultado lesivo concreto. Lo cual no quiere decir que no lo asuma o acepte dado el riesgo elevado que genera con su acción (dolo eventual). Y ello es lo que sucedió en el presente caso, toda vez que la acusada ejecutó la acción agresora a sabiendas de que el menor se hallaba indefenso y que no podía temer ninguna reacción contra ella dada su edad de seis años, asegurando así la agresión sin riesgo para su persona. Y, por otra parte, aunque el medio utilizado no conlleva de forma necesaria las gravísimas lesiones que padeció la víctima, sí generaba un peligro concreto y elevado de que ello pudiera acabar sucediendo.

El motivo por tanto no puede prosperar.

TERCERO.- 1. En el tercer motivo de casación se invoca, al amparo del art. 849.1 de la LECr., la indebida inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6ª del C. Penal). Señala al respecto la parte recurrente diversos periodos de inactividad o de paralización que deberían haber determinado la aplicación de la referida atenuante. En concreto, se refieren al tiempo invertido en resolver los recursos contra los autos de procesamiento y su revocación por la Audiencia para que se dictaran otros con observancia de las normas procesales.

2. La “dilación indebida” es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta

injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y reaccional -traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTC 237/2001, 177/2004 y 153/2005; y SSTS 1733/2003, de 27-12; 858/2004, de 1-7; 1293/2005, de 9-11; 535/2006, de 3-5; 705/2006, de 28-6; 892/2008, de 26-12; 40/2009, de 28-1; 202/2009, de 3-3; 271/2010, de 30-3; y 470/2010, de 20-5, entre otras).

También tiene establecido esta Sala que dos son los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable", y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Carta Magna en su art. 24.2. En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento rápido, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010, de 15-2; 269/2010, de 30-3; y 338/2010, de 16-4).

Actualmente, la reforma del C. Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre siguiente, regula como nueva atenuante en el art. 21.6 las dilaciones indebidas en los siguientes términos: "La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa". Por consiguiente, el nuevo texto legal, según ha advertido la doctrina, coincide sustancialmente con las pautas que venía aplicando la jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes:

- 1) Que la dilación sea indebida.
- 2) Que sea extraordinaria.
- 3) Que no sea atribuible al propio inculpado. Pues aunque también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante.

3. Al trasladar al caso enjuiciado las pautas que se vienen aplicando por la jurisprudencia ha de acogerse la pretensión de la parte recurrente, a tenor de los datos concretos que obran en la causa. En efecto, el análisis del proceso permite apreciar, en primer lugar, que los hechos enjuiciados fueron perpetrados en junio de 2006 y la sentencia de la Audiencia se dictó en el mismo mes del año 2011. En noviembre del año 2006 estaba ya tramitado el grueso del sumario, pero, tras dictarse el 3 de noviembre el auto de procesamiento contra la ahora impugnante, recurrió el Ministerio Fiscal solicitando que se procesara también a su esposo y padre de la víctima, José. El recurso fue resuelto por la Audiencia el 31 de enero de 2008, acordando el procesamiento del referido imputado. El juez dicta el auto de procesamiento contra él con fecha de 23 de abril de 2008, pero la Audiencia lo anula el 5 de junio siguiente por falta de motivación. Dictado de nuevo el procesamiento es recurrido por el procesado, desestimando el juzgado el recurso de reforma el 22 de septiembre de 2008; sin embargo, el de apelación no se resuelve hasta el 4 de enero de 2010.

Por consiguiente, transcurren unos tres años desde que se ha practicado el grueso de la instrucción hasta la conclusión del sumario. Esta se dilata de forma indebida debido a la tramitación de los recursos contra la denegación del procesamiento de José y después a causa de los recursos contra el procesamiento que se dicta contra él. Todo ello determina que lo que en principio se preveía como el tiempo de un año para la tramitación de la causa en la fase de instrucción, se acabara convirtiendo en un periodo de más de tres años, periodo que no se justifica en el presente caso, dada su excesiva duración, para la práctica de las diligencias que figuran en la causa.

Concurre, pues, un periodo de dilación indebida que determina la aplicación de la atenuante en su modalidad simple, en virtud de lo dispuesto en el art. 21.6ª del C. Penal. Se estima así este motivo del recurso, con la repercusión que en su momento se dirá en la cuantificación punitiva.

CUARTO.- La defensa cuestiona en el motivo cuarto, al amparo del art. 849.1 de la LECr., la inaplicación del art. 21.5ª, la atenuante de reparación del daño. Alega al respecto la recurrente que propuso en comparecencia judicial ante el instructor la donación a la víctima de la mitad indivisa de la vivienda de su propiedad. Sin embargo, la Sala de instancia le responde en la sentencia que, ante esa propuesta, se le contestó que formalizara la donación por vía notarial, nada de lo cual se hizo. En vista de ello, se procedió al embargo de sus bienes. Por lo tanto, no consta ninguna conducta concreta que haya paliado los gravísimos perjuicios ocasionados a la víctima, dado que tampoco se ha apreciado nada más perpetrar la agresión una acción de la acusada que amortiguara los daños corporales irrogados al menor de forma irreversible. El motivo resulta así inviable.

QUINTO.- En el motivo quinto invoca la recurrente, con cita del art. 849.1 de la LECr., la indebida inaplicación de la atenuante de confesión. A ello ya se le respondió negativamente en la sentencia recurrida, argumentando que ni la confesión se produjo con anterioridad a que interviniera la policía, ni tampoco se da el requisito de la veracidad en sus declaraciones, toda vez que en el curso del procedimiento judicial la acusada ha negado la realidad de los hechos perpetrados. Y así se constata en la propia declaración del plenario, en la que admitió un solo empujón y atribuyó las múltiples lesiones del menor a que era un niño torpe e inquieto y que siempre tenía golpes en las espinillas y demás partes del cuerpo. No concurren por tanto los requisitos imprescindibles de la referida atenuante, por lo que no puede aplicarse en el presente caso, decayendo así este motivo del recurso.

SEXTO.- También por el cauce de la infracción de ley (art. 849.1 de la LECr.), se interesa en el motivo sexto la aplicación de las atenuantes analógicas de confesión y de arrebató (arts. 21.3ª, 4ª y 7ª del C. Penal). Este Tribunal tiene ya asentada una doctrina en la que sostiene que la analogía a la que se refiere el artículo 21.6ª del C. Penal (actual 21.7ª) se ha de establecer atendiendo no a la similitud formal, morfológica o descriptiva, sino a la semejanza de sentido intrínseco. De ahí que sea una cláusula general de individualización de la pena que trata de ajustar esta a la verdadera culpabilidad, es decir, no por la semejanza formal con la atenuante específica de que se trate sino por la similitud con la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del artículo 21. De ahí que la apreciación de la atenuante analógica requiera, inicialmente, la existencia de un parecido o de un significado semejante con alguna de las atenuantes del texto legal, que nunca puede ser absoluto, pero tampoco diametralmente distinto (STS 628/2009, de 10-6). Y también se ha advertido en algunas resoluciones de esta Sala que la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma (SSTS 359/2009, de 19-6; y 524/2008, de 23-7).

Ciñéndonos a la circunstancia atenuante analógica de confesión que se postula en el recurso, al haber desaparecido en el nuevo C. Penal la significación moral que afectaba a la precedente atenuante de arrepentimiento espontáneo, la jurisprudencia acoge sin fisuras que es la utilidad de la colaboración relevante para con la Justicia lo que justifica por razones objetivas de política criminal la atenuación del art. 21.4ª del C. Penal (SSTS 697/2007, de 17-7; 159/2009, de 24-2; y 628/2009, de 10-6). Siendo ello así, resulta imprescindible que se dé en el caso concreto una colaboración o cooperación tangible de la acusada y de cierta relevancia en la agilización y facilitación del proceso para que pueda apreciarse la atenuante analógica de confesión. Y también se considera necesario un grado importante de veracidad en sus manifestaciones en el discurrir de la causa. Pues bien, tal como ya se anticipó en su momento tanto en la sentencia recurrida como en esta de casación, no puede afirmarse que esto haya tenido lugar en el proceso que se debate. Según se dijo en los fundamentos precedentes, la acusada no ha mostrado en las distintas diligencias en que intervino una colaboración con la justicia, sino todo lo contrario, ya que ha negado hechos nucleares de su imputación. Ni concurre, pues, el requisito de la declaración colaboradora ni tampoco la veracidad de la supuesta confesión de los hechos. Visto lo cual, es claro que no puede apreciarse la atenuante analógica de confesión.

Y la misma decisión desestimatoria ha de imponerse en cuanto a la circunstancia analógica de arrebató. En la sentencia 1284/2009, de 10 de diciembre, se establece que el arrebató ha sido definido por la jurisprudencia como una “especie de conmoción psíquica de furor” y la obcecación como “un estado de ceguedad u ofuscación”, con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda; otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el “arrebató como emoción súbita y de corta duración” y la “obcecación es más duradera y permanente” (STS 1237/1992, 28 de mayo); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS 1196/1997, 10 de octubre). En cuanto a sus requisitos, en la referida sentencia 140/2010, de 23 de febrero, se exige, en primer lugar, la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima (STS núm. 256/2002, de 13 de febrero), que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Es en este sentido en el que ha de ser entendida la exigencia

relativa a la proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia y de la voluntad que acompaña a la acción.

Si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación (STS de 27 de febrero de 1992), pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebató consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor (STS núm. 1483/2000, de 6 de octubre). Y también se ha advertido por esta Sala en la sentencia 140/2010 que no cualquier estímulo es válido a los efectos de atenuar la responsabilidad por la vía de la atenuante de estado pasional. Así, se ha dicho que "la reacción amparada en la atenuación debe ir dirigida a asegurar la convivencia social, pues no ha de olvidarse la función del derecho penal, la ordenación de la convivencia, por lo que los presupuestos de la atenuación deben ser lícitos y acordes con las normas de convivencia".

Pues bien, si se sopesa la conducta de la acusada en relación con el estímulo o motivo que desencadenó su reprochable agresión, es claro que una reticencia de un menor de seis años a realizar una tarea del colegio no ha de servir de factor atenuador de la responsabilidad penal de la acusada, dada la nimiedad del motivo que desencadenó la reacción de la madre, y mucho menos todavía si se atiende a la extrema dureza física con la que reprendió al menor por una omisión de escasa trascendencia.

Ello impide atenuar también por la vía analógica la responsabilidad penal, desestimándose en consecuencia este motivo de impugnación.

SÉPTIMO.- Por último, en el motivo séptimo, con sustento en los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECr., se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de la falta de motivación en la individualización judicial de la pena, puesto que se le impuso a la acusada una pena de prisión de 12 años, el límite máximo que marca la ley. La queja de la parte recurrente carece de razón, por cuanto el Tribunal de instancia dedica el fundamento séptimo de la sentencia a argumentar la individualización judicial de la pena, destacando al respecto dos factores para exacerbarla hasta la cuantía máxima. En primer lugar, señala la concurrencia de dos circunstancias agravantes (parentesco y alevosía). Y en segundo término subraya la extrema gravedad de las lesiones, pues el menor se quedó en estado vegetativo con el grado de gran invalidez y sin posibilidad de mejoría. Así las cosas, y dado la extraordinaria gravedad del hecho, no resulta desproporcionada ni excesiva la pena impuesta, que se halla además debidamente motivada. Otra cosa distinta es que, apreciándose en esta instancia la atenuante de dilaciones indebidas, se reduzca en alguna medida en la segunda sentencia que dictemos. Se desestima, pues, este último motivo de impugnación y se aprecia parcialmente el recurso, en consonancia con lo que se dispone en el fundamento tercero, declarándose de oficio las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de María Nieves contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, de fecha 30 de junio de 2011, que condenó a la recurrente como autora de un delito de lesiones de extrema gravedad, con la concurrencia de las agravantes de alevosía y parentesco, sentencia que queda así parcialmente anulada, con declaración de oficio de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Jorge Barreiro.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de dos mil doce. En la causa sumario núm. 5/06, del Juzgado de Instrucción número Doce de Palma de Mallorca, seguida por un delito de malos tratos en el ámbito familiar y otros, contra María Nieves, con D.N.I. ..., nacida en Palma de Mallorca, el día 6 de octubre de 1966, hija de Wilfried y de María, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda dictó sentencia en fecha 30 de junio de 2011, que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Al haberse apreciado en la sentencia de casación la atenuante de dilaciones indebidas, y concurrir por tanto en la conducta de la acusada dos circunstancias agravantes y una atenuante, procede fijar la pena en esta instancia en diez años de prisión, con las mismas accesorias referidas en la resolución recurrida. Se tiene en cuenta para ello las referidas circunstancias y también la suma gravedad del hecho, según se precisó en el fundamento séptimo de la sentencia casacional.

En cuanto a la prohibición de aproximación y la comunicación de la acusada con el menor de edad, se fija en un tiempo de dieciocho años. En todo lo restante se mantiene lo establecido en la sentencia de la Audiencia.

FALLO

Se condena a la acusada María Nieves, como autora de un delito de lesiones agravadas por la magnitud del resultado producido, con la concurrencia de las agravantes de alevosía y de parentesco, y de la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de diez años de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Además, se le impone la prohibición de comunicación por cualquier medio y de aproximación a menos de 200 metros de Miguel Ángel, en cualquier lugar que este se encuentre, por el tiempo de dieciocho años. Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Manuel Marchena Gómez.- Alberto Jorge Barreiro.

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