

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2023**

Nº de Recurso: **5/2023**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA CIVIL/PENAL A CORUÑA

SENTENCIA: 00029/2023

-

Domicilio: PLAZA DE GALICIA S/N Telf: 981184876 Fax: 981184887

Correo electrónico:

Modelo: 001100

N.I.G.: 27028 43 2 2019 0003828

ROLLO: RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 0000005 /2023

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de LUGO

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO SUMARIO ORDINARIO 0000009 /2021

RECURRENTE: Ambrosio, María Teresa

Procurador/a: EDUARDO PARDO COLLANTES, IRIA MARIA FERNANDEZ BARREIRO

Abogado/a: ANA MARIA TRIGO GARCIA, FRANCISCO MANUEL FERNANDEZ MUINELO

RECURRIDO/A: Benedicto

Procurador/a: , PALOMA GARCIA BESCANSA Abogado/a: , MARIA RIVERO LOPEZ

S E N T E N C I A N U M . 2 9 / 2 3

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don José Antonio Varela Agrelo - Ponente Don Fernando Alañón Olmedo

Don Carlos Suárez-Mira Rodríguez

A Coruña, 24 de abril de 2023.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los magistrados arriba expresados, vio en grado de apelación, (con el número 5/2023) el Procedimiento Sumario Ordinario seguido en la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo (rollo número 9/2021) partiendo de la causa que con el número 1099/2021 tramitó el Juzgado de Instrucción número 2 de Lugo por delito de Lesiones cualificadas (Violencia Doméstica) contra los acusados Ambrosio y María Teresa. Son partes en este recurso, como apelantes los mencionados

acusados y condenados, representados por el procurador don Eduardo Pardo Collantes y asistidos de la letrada doña Ana M^a Trigo García y por la procuradora doña Iria M^a Fernández Barreiro y el abogado don Francisco Manuel Fernández Muínelo, respectivamente. Siendo parte el Ministerio Fiscal y, como acusación particular Benedicto, representado por la procuradora doña Paloma García Bescansa y defendido por la letrada doña María Rivero López.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don José Antonio Varela Agrelo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo dictó sentencia con fecha 3/11/2022 con el siguiente fallo:

“Que condenamos a los procesados Ambrosio y María Teresa, por los siguientes delitos y a las siguientes penas.

- Por el delito de lesiones del art. 149 CP, con la agravante de parentesco, a la pena de diez años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento durante el tiempo de la condena.

- Por el delito del art. 173.2.º CP tres años de prisión. Con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento durante cinco años. Asimismo, la prohibición al derecho de tenencia y porte de armas por el periodo de cuatro años.

- También se impone a ambos procesados la prohibición de acercarse a menos de 500 metros del menor Benedicto así como la de relacionarse con él por cualquier medio o procedimiento durante un periodo de doce años.

En el concepto de responsabilidad civil los procesados, conjunta y solidariamente deberán de abonar al menor Benedicto, a través de la persona o entidad que tenga asumida su tutela, en la cantidad de 62.408,98 € por el tiempo de curación de sus lesiones y en la cantidad de 900.000 € por la gravísimas secuelas sufridas.

Al Sergas en la cantidad que se acredite, en su caso, en ejecución de sentencia.

También los procesados devienen en la obligación de abonar las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos mandamos y firmamos”.

SEGUNDO: Las representaciones procesales de los acusados interpusieron recursos de apelación contra la referida sentencia.

TERCERO: Mediante providencia del pasado 2/02/23 la Sala acordó que se formase el rollo correspondiente con testimonio de particulares de los autos, designándose como Magistrado Ponente al Ilmo. Sr. don José Antonio Varela Agrelo.

CUARTO: La Sala, por providencia del pasado día 19 de abril señaló el siguiente día 20 para deliberación, votación y fallo del recurso.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la sentencia apelada que son del tenor literal siguiente: “Los procesados, Ambrosio (mayor de edad, nacido el NUM000.1982, y sin antecedentes penales) y María Teresa (mayor de edad, nacida el NUM001.1980, y sin antecedentes penales) son padres biológicos del menor Benedicto nacido el día NUM000.2019. Desde que el menor tenía un mes de edad, los procesados, a cuyo cargo estaba su hijo, en días y horas no determinados, pero en todo caso hasta el día 16 de agosto de 2019, en el domicilio familiar, sito en la CALLE000 nº NUM002 4º izquierda de Lugo que mantenían en condiciones deplorables de falta de higiene con acumulación de basura en las habitaciones de la vivienda, no atendieron debidamente las necesidades del menor, no lo mantuvieron en las condiciones higiénicas y sanitarias saludables ni cumplieron con algunas de las revisiones pediátricas correspondientes a su crecimiento. Agrediendo al menor en reiteradas ocasiones, propinándole golpes y zarandeándolo cuando el menor se ponía a llorar. A consecuencia de las dichas agresiones, el día 16 de agosto de 2019 el menor Benedicto tuvo que ser ingresado en la UCI pediátrica del HULA de Lugo procedente del Centro de salud atención primaria de la PLAZA000 por sufrir diversas lesiones que requirieron también, dada su gravedad, que fuese derivado para su asistencia al hospital La Paz de Madrid donde se le hizo una intervención oftalmológica de urgencia.

Las lesiones sufridas por el menor consistieron en:

A) Diversas lesiones cutáneas consistentes en erosión profunda (herida incisa) bajo el párpado izquierdo, hematoma en la zona inferior del párpado izquierdo, varias erosiones superficiales en mejilla izquierda y en el lóbulo de la oreja derecha, en el cuarto dedo de la mano derecha y en el tercer dedo de la mano izquierda, hematoma en evolución (coloración amarilla) de 1 cm de diámetro aproximado en la zona epigástrica del abdomen y hematoma leve en la zona frontal izquierda.

B) Además, con su actuación violenta, los procesados le causaron al menor lesiones en estructuras internas consistentes en áreas extensas de poencefalia supratentoriales bilaterales en los territorios de las arterias

cerebrales anteriores y medias, malacia fronto-temporal bilateral en los territorios de las arterias mencionadas compatible con encefalomalacia quística, hematoma subdural crónico frontal izquierdo postraumático y atrofia del nervio óptico derecho 2ª a la encefalopatía. Estas lesiones relativas el área neurológica y visual pueden considerarse derivadas del mecanismo de zarandeo del menor recurrente en varias ocasiones diferenciadas en el tiempo, siendo descartada con las pruebas médicas realizadas, cualquier otra origen no traumático, evidenciándose también la falta de cuidado de higiene y asistencia regular a las citas de pediatría.

El menor necesitó tratamiento médico consistente en TAC craneal, Resonancia Magnética, ingreso en UCI pediátrica, traslado al hospital La Paz de Madrid para tratar la lesión ocular en el ojo izquierdo que presentaba además catarata polar anterior central, desgarro posterior en el hemisferio temporal y cuadrante nasal superior, realizándose una intervención quirúrgica consistente en cerclaje del desgarro

fotocoagulación e inyección de silicona con suturas posteriormente, siendo necesaria una segunda intervención quirúrgica en el mismo hospital para extracción del cerclaje y silicona por migración de esta. Asimismo, presentó un nuevo desprendimiento de retina en el ojo izquierdo, detectado en diciembre de 2019, descartándose la intervención quirúrgica al sospechar la existencia de alteración visual de origen neurológico. Además recibió tratamiento antiepiléptico y rehabilitación multidisciplinar con fisioterapia, terapia ocupacional en la Unidades de Atención temprana del HULA.

La estabilización de las lesiones se produjo el 22 de mayo de 2022 requiriendo para su sanidad 12 días de perjuicio de muy grave, 26 días de perjuicio grave y 972 días perjuicio moderado.

Tales lesiones le dejaron al menor como secuelas psicofísicas intergravatorias, que se influyen recíprocamente, una epilepsia sin trastorno de conciencia en grado moderado, daño neuropsicológico y alteración de las funciones cerebrales superiores integradas, ceguera, y un perjuicio estético en grado importante por alteración postural y de la marcha al requerir andador y alteración de la simetría y morfología ocular. Estas secuelas llevan consigo una pérdida de la calidad de vida en grado muy grave, gastos previsibles de asistencia sanitaria futura de rehabilitación domiciliaria y ambulatoria, ayudas técnicas o productos de apoyo para autonomía personal, adecuación de la vivienda, coste de movilidad y ayudas por terceras personas y una incapacidad permanente absoluta para cualquier trabajo o actividad profesional.

No resulta posible determinar el estado clínico definitivo del menor puesto que por su corta edad no se produjo el total desarrollo de su motricidad y capacidades cognitivas. Con todo, sí puede asegurarse que mostrará una pérdida total de la

visión del ojo izquierdo y en grado 1º por determinar de alteración de las funciones cerebrales superiores integradas, trastorno del lenguaje y epilepsia. Asimismo, casi con total seguridad, requerirá cuidados por terceras personas en mayor o menor medida durante lo resto de su vida.

Los gastos de la asistencia médica prestada al menor en el fueron determinados”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIMERO: SOBRE LA CUESTION CONTROVERTIDA

Frente a la sentencia dictada por la Audiencia de Lugo contra los dos acusados, qué resultaron condenados como autores de un delito de lesiones, con la agravante de parentesco, y de un delito de maltrato habitual, a las penas anteriormente reseñadas, se interponen sendos recursos de apelación por cada de uno de ellos, que son impugnados tanto por el Ministerio fiscal, como por la acusación particular que representa a la víctima del delito, a la sazón el hijo menor de la pareja.

Teniendo en cuenta el carácter homogéneo de ambos recursos, en lo sustancial, para evitar reiteraciones inútiles, se efectuará contestación conjunta de ambos, sin perjuicio de especificar aquello que fuese necesario.

SEGUNDO: SOBRE EL QUEBRANTAMIENTO DE NORMAS Y GARANTIAS PROCESALES QUE CAUSAN INDEFENSION

Ambos recurrentes articulan, en primer lugar, con solicitud de nulidad del juicio celebrado, el motivo consistente en el quebrantamiento de normas relativas a la práctica de prueba, cuya infracción habría vulnerado el artículo 24 de la Constitución.

Se basa tal argumento en que, tras ser admitida la práctica de prueba, la misma no se practicó, a pesar de las reiteradas peticiones en dicho sentido de la parte. Tal prueba consistía en que por dos médicos forenses del IMELGA se emitiera informe en el sentido de “determinar si el estado condiciones y/o circunstancias de la vivienda sita en la CALLE000 número NUM002 [REDACTED] de Lugo, en el momento de los hechos (a la vista de los datos y elementos obrantes en autos), pudieran ser muestra o indicio de padecer don Ambrosio algún/os tipo/s de trastorno/s o síndrome/s y, para el caso de que así sea, qué limitaciones y/o consecuencias

tiene el padecimiento de tal/es trastorno/s, y/o síndrome/s en el desarrollo de la vida de quien lo padece”, añadiéndose a la citada línea argumentativa que, teniendo reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, tal ausencia les provoca indefensión pues de disponer de medios hubieran podido abonar el informe pericial de forma privada.

Pues bien, como ya se ha señalado, tanto al denegar la práctica de la prueba en esta segunda instancia, como al rechazar el recurso de súplica interpuesto contra tal decisión denegatoria, no se comparte la concurrencia de dicha indefensión, pues los médicos forenses contestaron a tal requerimiento informando en el sentido de que ya obraban informes en relación con lo solicitado, lo que llevó a la sala a no reiterar una nueva petición en tal sentido, remitiendo a las partes al dictamen que habrían de emitir los médicos forenses en el juicio oral, lo que, en efecto, se practicó y todas las partes, incluida la recurrente, tuvieron ocasión de solicitar cuantas explicaciones tuvieron por conveniente.

En definitiva, ni se dejó de practicar la prueba, sino que el resultado de la misma arrojó un resultado diferente al pretendido, ni se privó a la parte de solicitar a los médicos

forenses las explicaciones o aclaraciones a su informe, lo que efectuaron tales peritos de forma solvente en relación con el grado de afectación de los acusados, y en relación con la conexión con tal extremo del síndrome de Diógenes que resultaba del estado de la vivienda.

En este punto procede recordar lo que viene reiterándose por la Jurisprudencia Constitucional, en sintonía con la del Tribunal Supremo

“No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba tiene por qué causar un daño constitucionalmente relevante, ya que la garantía contenida en el artículo 24.2 CE solo cubre los supuestos en los que la prueba es decisiva para la defensa. Para que se produzca violación de este derecho fundamental el Tribunal Constitucional ha exigido reiteradamente que concurran dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (STC Nº 70/2002, Sala Primera, Recurso de amparo 3787/2001 de 03 de abril de 2002) y por otro, que la prueba denegada o no practicada tiene que ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en la demanda la indefensión de que se trate (STC Nº 219/1998, Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Recurso de amparo 279/1996 de 16 de Noviembre de 1998).

Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: El recurrente tiene que demostrar la relación entre los hechos que no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas.

Tiene que argumentar por qué y de qué manera habrían afectado estas pruebas en su defensa, en caso de que fueran admitidas o practicadas (STC Nº 77/2007, Sala Primera, Recurso de amparo 6625/2004 de 16 de Abril de 2007).

En resumen, la prueba no solo ha de ser pertinente y posible, sino también necesaria. Como dice la *sentencia 351/2016, de 26 de abril*, si la prueba no practicada podía ser pertinente en un juicio ex ante, pero carece de utilidad a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. Asimismo la *sentencia 250/2004, de 26 de febrero*, señala que mientras la pertinencia se mueve en el ámbito de la admisibilidad de las pruebas, la necesidad se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias, entre ellas la decisión del Tribunal de no suspender el juicio pese a la incomparecencia de algún testigo; o, trasladándonos a la fase de recurso la ponderación sobre si la anulación de la sentencia y repetición del juicio se revela como indispensable para salvaguardar los derechos del recurrente. Si la prueba carece de aptitud para variar el sentido del fallo, pese a su eventual pertinencia, no puede arrastrar una nulidad que redundaría negativamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”.

Por todo lo expuesto, el motivo se desestima

TERCERO: SOBRE EL ERROR EN LA VALORACION DE LA PRUEBA

Ambos recurrentes articulan como segundo motivo el error en la valoración de la prueba por parte de la Audiencia

Siendo ello así se hace presente se hace preciso recordar el ámbito valorativo que nos compete como Tribunal de apelación penal.

En este sentido la reciente, STS 570/2022 de 8 de junio señala:

“Importa, por eso, fijar primeramente nuestra atención en los límites y objeto del recurso de apelación. Lo haremos de la mano de una muy reciente resolución dictada por este mismo Tribunal Supremo, sentencia número 136/2022, de 17 de febrero

. Se explica en ella que: <<Por lo que se refiere al contenido devolutivo del recurso de apelación, este varía esencialmente en atención al tipo de sentencia, absolutoria o condenatoria, contra la que se interpone. Hasta el punto de poder afirmarse, sin riesgo a equívoco, que coexisten dos submodelos de apelación con más diferencias que elementos comunes.

Cuando el recurso de apelación se interpone contra una sentencia absolutoria, la reforma de 2015 ha vedado, en términos concluyentes, que el tribunal de segunda instancia reconstruya el hecho probado a partir de una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, cualquiera que sea la naturaleza de esta. La acusación solo puede pretender la revocación de la sentencia absolutoria y la condena del absuelto, cuestionando el fundamento normativo de la decisión a partir de los hechos que se declaran probados.

Por contra, cuando los gravámenes afectan al cómo se ha conformado el hecho probado o cómo se ha valorado la prueba solo pueden hacerse valer mediante motivos que posibiliten ordenar la nulidad de la sentencia recurrida. Lo que solo acontecerá si, en efecto, se identifican defectos estructurales de motivación o de construcción que supongan una fuente de lesión del derecho de quien ejercita la acción penal a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 CE ...

... Por su parte, cuando la apelación se interpone contra una sentencia de condena el tribunal ad quem dispone de plenas facultades revisoras.

El efecto devolutivo transfiere también la potestad de revisar no solo el razonamiento probatorio sobre el que el tribunal de instancia funda la declaración de condena, como sostiene el apelante, sino también la de valorar todas las informaciones probatorias resultantes del juicio plenario celebrado en la instancia, determinando su suficiencia, o no, para enervar la presunción de inocencia. Afirmación de principio que solo permite una ligera modulación cuando se trata del recurso de apelación contra sentencias del Tribunal del Jurado.

Este es el sentido genuino de la doble instancia penal frente a la sentencia de condena. La apelación plenamente devolutiva es garantía no solo del derecho al recurso sino también de la protección eficaz de la presunción de inocencia de la persona condenada. Esta tiene derecho a que un tribunal superior revise las bases fácticas y normativas de la condena sufrida en la instancia.

Como destaca el Tribunal Constitucional en la importante STC 184/2013 -por la que, en términos contundentes, se sale al paso de fórmulas reductoras del efecto devolutivo de la apelación contra sentencias de condena, extendiendo indebidamente el efecto limitador que frente a sentencias absolutorias estableció la STC 167/2002 -, "el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de novum iudicium, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción

sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba (...) pues toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior y a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. (...). Negarse a ello, como ocurrió sobre la base de una errónea apreciación de la doctrina de nuestra STC 167/2002, no solo revela el déficit de motivación aducido y de incongruencia con sus pretensiones, sino, como consecuencia, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por privarse al recurrente de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria".

Alcance devolutivo que no viene sometido a ninguna precondition valorativa derivada de la no inmediación, como también parece sostener el recurrente.

Debe insistirse en que la inmediación constituye, solo, un medio o método de acceso a la información probatoria. La inmediación nunca puede concebirse como una atribución al juez de instancia de una suerte de facultad genuina, intransferible e incontrolable de selección o descarte de los medios probatorios producidos en el plenario. Ni puede confundirse, tampoco, con la valoración de la prueba, desplazando las exigentes cargas de justificación que incumben al juez de instancia. La inmediación no blindará a la resolución recurrida del control cognitivo por parte del tribunal superior.."

Desde esta perspectiva habrá de abordarse la cuestión suscitada en el recurso relativa a si estamos ante una conducta dolosa con dolo eventual, o ante una conducta culpable o imprudente, pues la sala entiende que se trata de un supuesto en el que la acción de los acusados está presidida por un dolo eventual, en tanto que

los recurrentes señalan que no ha quedado probada tal conducta por lo que se habría vulnerado con tal error valorativo, la presunción de inocencia, y el “in dubio pro reo”.

El análisis ha de partir de la distinción doctrinal de ambas formas de comisión. Se trae a colación para ello la reciente STS 900/2022 de 16 de Noviembre que señala:

“Asimismo, en STS 113/2021, de 11-2, se analiza la frontera entre el actuar doloso y el imprudente, ya que, en éste último, aunque se exija la previsibilidad y evitabilidad del resultado producido, a partir del riesgo ocasionado, no puede afirmarse ni la alta probabilidad de su producción ni la representación consciente del agente ni, por ende, la aceptación, o incluso desprecio, por la eventual causación de semejante consecuencia.

El problema que se plantea por tanto reside en la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente. La jurisprudencia de esta Sala (SS. 1177/95 de 24.11, 1531/2001 de 31.7, 388/2004 de 25.3), considera que en el dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo (dolo eventual y culpa consciente) una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo. Para la teoría del

consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza porque, aún admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota, esto es el autor no se representa como probable la producción del resultado, porque confía en que no se originará, debido a la pericia que despliega en su acción o la inidoneidad de los medios para causarlos. En otras palabras: obra con culpa consciente quien representándose el riesgo que la realización de la acción puede producir en el mundo exterior afectando a bienes jurídicos protegidos por la norma, lleva a cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá, sin embargo éste se origina por el concreto peligro desplegado.

En el dolo eventual, el autor también se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado (representado en la mente del autor). En la culpa consciente, no se acepta como probable el hipotético daño, debido a la pericia que el agente cree desplegar, o bien confiando en que los medios son inidóneos para producir aquél, aún previendo conscientemente el mismo. En el dolo eventual, el agente actúa de todos modos, aceptando la causación del daño, siendo consciente del peligro que ha creado, al que somete a la víctima, y cuyo control le es indiferente.

Otras teorías explican el dolo eventual desde una perspectiva más objetiva, en la medida que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar un resultado prohibido por la Ley, en cuyo caso el consentimiento del agente quedaría relegado a un segundo plano, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad, confiando en todo caso el agente que aquél no se va a producir (S.T.S. de 11/5/01).

Consecuentemente, cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no puede controlar, debe responder de los resultados propios del peligro creado, aunque no persiga tal resultado típico.

En definitiva, si el autor quiso realizar una acción que genera un peligro adecuado a la producción del resultado que produjo, el dolo es directo. Por lo tanto, en este caso, dada la adecuación del peligro generado por la acción al resultado producido, carece de toda importancia la discusión referente a si el dolo directo es el único que permite la realización del tipo penal.

En definitiva, para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y aprueba el resultado advertido como posible, y culpa consciente cuando el autor confía en que el resultado no se va a producir. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado cuya posibilidad se ha representado el autor. En el dolo eventual esta posibilidad se representa como próxima, y en la culpa consciente como remota. Otra teoría, aplica el dolo eventual entendiendo que o relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar un resultado prohibido por la Ley, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función

de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad. En SSTS. 706/2008 de 11.11, 181/2009 de 23.2, 85/2010 de 18.2

, se insiste en que para la teoría del consentimiento o de la aceptación en el dolo eventual el sujeto aunque no persigue la realización del hecho típico como un fin, ni lo acepta como de necesario advenimiento junto a la

consecución del objetivo propuesto, sí "consiente", "acepta", "asume" o "se conforma" - según la terminología de los distintos autores- con su eventual producción; mientras que en la culpa consciente el sujeto la rechaza, no se conforma con ello o confía en su no realización. La fórmula para discernir uno u otro supuesto sería no un juicio de lo que hubiese hecho el sujeto de conocer anticipadamente la certeza del resultado, sino el que atiende a la actuación concreta observada por el sujeto, una vez se ha representado lo eventualmente acaecible: si actuó a toda costa independientemente de la ocurrencia del evento típico hay dolo, pero sí actuó tratando de eludir su ocurrencia habría imprudencia consciente. Para la teoría de la probabilidad, el dolo eventual no requiere ningún elemento volitivo sino sólo el intelectual o cognoscitivo de la representación del resultado típico como acaecimiento eventual, de modo que si el sujeto actúa considerando ese resultado, no solo como posible sino además como probable, es decir con determinado grado elevado de posibilidad, lo hará con dolo eventual, y si sólo lo considera meramente posible pero improbable, actuará con culpa consciente o con representación, entendiendo como probabilidad algo más que la mera posibilidad aunque menos que probabilidad predominante."

Así las cosas, ha de resaltarse que la sala de instancia apreció que los acusados, no solo tuvieron en su mente tal la previsión del resultado, sino que también lo aceptaron como probable, continuando, a pesar de ello con su acción,

alcanzando tal conclusión al razonar que son tres, al menos, las ocasiones en que actúan de forma violenta respecto del menor, cuando lloraba, causándole unas lesiones de una entidad tan grave que le dejan unas secuelas neurológicas como la pérdida de visión, existiendo una testigo que al menos presencié en una ocasión la forma en que zarandeaban al niño.

La argumentación de la recurrente, a pesar del meritorio esfuerzo dialéctico, no deja de ser una apreciación discrepante desde el correcto ejercicio del derecho de defensa, que no puede prevalecer frente al imparcial criterio de la sala, conformado tras las evidencias de los hechos acaecidos en el domicilio de los acusados, frente a lo que poco puede devaluar que llevasen al niño a las visitas médicas, o que tras la rigidez que presentaba el último día de los hechos, lo llevasen a urgencias.

Durante la vista los propios acusados reconocen que, en momentos puntuales, cuando el niño lloraba, lo zarandeaban para que parase de llorar, desconociendo el peligro que ello podría comportar, pero tal alegación choca con el dictamen de los forenses en el sentido de que no tienen ningún tipo de patología que perturbe su percepción de la realidad, ni sus posibilidades de conocimiento, por lo que habrá que compartir con la sentencia que "resulta evidente que eran conscientes de que los golpes o movimientos bruscos y agresivos de la cabeza podían dar lugar a las lesiones de carácter neurológico o de afectación a los miembros orgánicos existentes en el cráneo en su conjunto y por tanto a esta conducta es necesario aplicarle la tesis jurisprudencial de la existencia del dolo eventual que hemos descrito en los párrafos anteriores. Es decir, hemos de concluir que los acusados conocían los riesgos potenciales de su actuación, y que pese a ello desarrollaron la conducta lesiva para con su hijo al que por lo demás debían de tutelar de que nada malo le pudiera suceder".

En definitiva, se podrá discrepar legítimamente de la valoración probatoria en el sentido apuntado en el recurso, pero en la tenue frontera entre las formas de comisión reseñadas, que se mueven en el ámbito subjetivo del injusto, carece la sala de elementos para apartarse del relato de la sentencia, que se obtiene a través de la hetero integración entre la parte fáctica y jurídica de la misma.

En efecto, como viene señalando la más reciente Jurisprudencia, es posible la ubicación de los hechos subjetivos en la fundamentación jurídica, a través de la heterointegración del hecho probado (véase STS 488/2022 de 18 de Mayo), sin que esta Sala desde los límites valorativos que le corresponden llegue a una conclusión diferente por los motivos que se han expuesto.

La desestimación del motivo relativo a la ausencia de dolo deja sin sentido la alegación relativa a la inaplicación del delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del que igualmente vienen condenados, contestando en este punto el recurso de la representación de Ambrosio.

Por su parte, el recurso de María Teresa se focaliza en la habitualidad para rebatir la concurrencia acreditada de la misma en orden a la aplicación de este tipo penal del artículo 173.2 del Código Penal

En relación con la interpretación del término "habitualidad", en orden a la integración de este tipo penal el más reciente ATS 239/2023 de 9 de Marzo con cita de sentencias precedentes recuerda:

"Finalmente, en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física (o psíquica) dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica, un tanto imprecisa, que ha originado distintas corrientes interpretativas.

La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta, criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 CP establece a los efectos de sustitución de las penas. Otra línea interpretativa, prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

Ésta es la postura más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multirreincidencia en falta (delitos leves) de malos tratos -lo que podría constituir un problema de non bis in ídem -, parece más acertado optar por un criterio naturalístico entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta (delito leve) en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo". En el mismo sentido, respecto del concepto de habitualidad, ya se pronunciaba también, en términos muy semejantes y entre muchas otras, nuestra STS 554/2021, de 23 de junio .

A su vez, la sentencia número 351/2021, de 28 de abril , citando la doctrina contenida en los números 765/2011, de 19

de julio y 663/2015, de 28 de octubre , proclama: "La habitualidad no es un problema aritmético de número mínimo de comportamientos individualizados que han de sumarse hasta alcanzar una determinada cifra. Menos aún puede exigirse un número concreto de denuncias. Responde más a un clima de dominación o intimidación, de imposición y desprecio sistemático que los hechos probados describen de forma muy plástica y viva. La jurisprudencia de esta Sala ha forjado una línea doctrinal indicando que la apreciación de ese elemento no depende de la acreditación de un número específico de actos violentos o intimidatorios. Lo determinante es crear una atmósfera general de esa naturaleza, que trasluzca un afianzado instrumento de superioridad y de dominio hacia la víctima, lo que sería producto de una reiteración de actos de violencia psíquica o física de diversa entidad, a veces nimia, pero cuya repetición provoca esa situación que permite hablar de habitualidad".

La STS 421/2022, de 28 de abril , declara que el tipo del artículo 173.2 CP se aproxima, por tanto, a la categoría de los "delitos de estado" en los que se crea un resultado antijurídico mediante la generación de un clima habitual de violencia, sujeción y dominación que se proyecta sobre todos los que hayan quedado encerrados, valga la expresión, en dicho círculo. Resultado, insistimos, diferenciado de los que se deriven de las específicas acciones de violencia psíquica o física contra una o varias de las concretas personas afectadas. En consecuencia, la habitualidad que reclama el tipo no se mide por una simple reiteración de actos violentos típicos o el cómputo de un número determinado de acciones típicas contra cada una de las personas afectadas.

La clave reside en la identificación de un efecto duradero del, como se precisa en la STS 556/2020 , "ambiente infernal e irrespirable que envolverá la convivencia", a partir de los actos de violencia o cosificación dirigidos en el tiempo sobre el mismo o diferentes sujetos pasivos de los previstos en el precepto".

Aplicando dicha doctrina al factum del supuesto ahora enjuiciado, el cual permanece incólume, en el que se señala que los acusados agredieron al menor en reiteradas ocasiones, y tal apreciación no está exenta de prueba pues la testifical y pericial, junto al propio reconocimiento de los acusados siquiera estos degraden la gravedad de sus acciones, ponen de manifiesto que cada que cada vez que el niño lloraba, y no lograban calmarlo optaban por dicha forma agresiva de aplacación, siendo razonable igualmente la argumentación de la sala en orden a la individualización de la pena, que concretan en la máxima a la vista de la reiteración en las conductas agresivas en contraposición con la labor tuitiva que, por esencia, han de desarrollar los padres respecto de los hijos. Tal descripción pone en evidencia el clima o estado habitual de violencia que padeció la víctima, en una posición de total indefensión respecto a quienes eran teóricos garantes de su bienestar y seguridad.

CUARTO: SOBRE LAS ATENUANTES SOLICITADAS POR LA REPRESENTACION Ambrosio

Solicita la recurrente la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.7 del CP en cuanto ha quedado probada la situación de vulnerabilidad y/o exclusión social de Ambrosio y de todo su núcleo familiar en el momento de los hechos, así como de la eximente incompleta del artículo 21.1 del citado Código. Añade que la sentencia guarda silencio

sobre estas atenuantes, pero no solicita la nulidad, en tanto que la defensa de María Teresa, que también las habría solicitado, nada dice en su recurso respecto a tal omisión y tampoco solicita ahora su aplicación.

El silencio de la sentencia sobre las citadas circunstancias únicamente puede ser entendido como una implícita denegación, lo que, sin desconocer el defecto de la sentencia en este extremo, resulta coherente con el relato

de hechos probados que no permite inferir ningún género de circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.

Ha quedado acreditado que el hecho de que la vivienda presentase un aspecto propio del síndrome de Diógenes no afecta a la capacidad mental del acusado, que era que era consciente de sus actos.

La recurrente pretende conectar la analogía con el estado de necesidad, para solicitar la atenuante analógica del artículo

21. 7 del Código Penal, a través de la citada situación de vulnerabilidad y/o hoy exclusión social del señor Ambrosio que se deduciría del informe emitido por el Ayuntamiento de Lugo. Lo que no explica la recurrente es en qué forma esa situación tiene influencia atenuadora en una conducta como la enjuiciada que consiste en unas graves lesiones a su propio hijo. No estamos ante un delito contra la propiedad, o de contenido económico, sino ante un delito contra la integridad física, que no permite establecer ninguna conexidad con algo parecido al estado de necesidad, lo que lleva al rechazo de la aplicación de la citada atenuante.

Y lo propio ha de hacerse en relación con la eximente incompleta del artículo 21 del Código Penal, siendo suficiente para ello la remisión al inequívoco dictamen de los médicos forenses y así lo recoge ya la sentencia en el fundamento de derecho quinto cuando dice "lo cierto es que los informes de los facultativos del IMELGA y su exposición en el acto del

juicio oral resultan irrefutables al respecto de que no padecen ninguno de los dos ningún tipo de patología y que, desde luego, sus capacidades volitivas no están afectadas en absoluto, y que esa consideración de actuación de Diógenes acumulando desperdicios en su casa no tiene incidencia alguna en la comisión de los hechos que dieron lugar a la presente causa".

QUINTO : SOBRE LA PRESUNCION DE INOCENCIA

Se alega por la representación de María Teresa la vulneración de la presunción de inocencia.

Venimos recordando en relación con tal alegación que es reiterada la doctrina, tanto del Tribunal Supremo (por todas, sentencia 118/2018 de 13 de marzo) como del Tribunal Constitucional (por todas, sentencia 125/2017 de 13 noviembre), que expone que tal derecho implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, mediante un proceso justo, en los términos que se exponen en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y del artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que entraña que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, que tal prueba haya sido valorada racionalmente con arreglo a las normas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos de tal modo que el Tribunal pueda alcanzar determinada certeza de contenido objetivo sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, excluyendo la presencia de dudas razonables que impidan su consideración en contra de los intereses de éste. En esas circunstancias, el control que un tribunal superior debe llevar a cabo sobre la resolución

sometida a su revisión debe verificar la validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, pero sin que sea posible proceder a un nuevo análisis de la prueba practicada. Es más un juicio sobre el juicio que no un nuevo juicio del juicio. Consiste, en definitiva, en verificar si el tribunal se ha ajustado a las reglas de la lógica, si no ha omitido injustificadamente las máximas de experiencia y si no ha orillado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, la valoración de las pruebas se ajusta a un canon de racionalidad y no es manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente.

Como se pone de manifiesto de lo ya razonado a lo largo de la presente resolución concurre en el supuesto prueba de cargo de entidad suficiente, y válidamente obtenida que permiten la destrucción del derecho a la presunción de inocencia, pues se dispone del dato objetivo de las lesiones con gravísimas secuelas provocadas a su propio hijo, extremo avalado implícitamente por un reconocimiento parcial de los acusados, y una testifical en relación con alguno de tales incidentes, así como las periciales médicas y forenses que permiten a la sala llegar a la conclusión condenatoria, sin quiebra alguna en la lógica de su razonamiento.

SEXTO : COSTAS

De acuerdo con el art. 240 de la LECr. las costas, incluidas las de la acusación particular se imponen a los condenados.

En atención a lo expuesto, en nombre de S. M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por don Ambrosio contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2022 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo que se confirma en su integridad.

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por doña María Teresa contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2022 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lugo que se confirma en su integridad.

Se imponen las costas a ambos condenados, incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.