

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 20 Dic. 1993, rec. 11961/1992

Ponente: Conde-Pumpido Ferreiro, José Luis .
Nº de Recurso: 11961/1992
Jurisdicción: PENAL

ASESINATO. Dolo eventual. Alevosía. Compatibilidad. Frustración. PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD. Jurisdicción penal.

Normativa aplicada

TEXTO

Madrid, 20 Dic. 1993.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por el MF, contra sentencia dictada por la AP Barcelona que condenó a Jaime K. y a María Dolores R. D. como autores de un delito consumado de lesiones y otro de malos tratos, los componentes de la Sala 2.^a del TS se han constituido para la votación y fallo bajo la Ponencia del Magistrado Sr. Conde Pumpido Ferreiro, siendo también partes recurridas, Jaime K. y María Dolores R.D.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El JI Barcelona núm. 16 instruyó sumario con el núm. 3/1991 contra María Dolores R. D. y Jaime K. y, una vez concluso, lo remitió a la AP Barcelona que, con fecha 3 Mar. 1992, dictó sentencia que contiene el siguiente Hecho Probado: «Se declara probado que en los días previos al 23 Jul. 1990 los procesados María Dolores R. D. y Jaime K., ambos mayores de edad, la primera sin antecedentes penales y el segundo condenado ejecutoriamente en sentencia firme desde el día 5 Abr. 1990 por un delito contra la salud pública a una pena de 4 meses y 1 día de arresto mayor, convivían en el domicilio sito en la C/ San Jerónimo de Barcelona juntamente con el hijo de la procesada Antonio M. R., nacido el día 28 Mar. 1989, el cual había sido reintegrado a dicho domicilio y compañía por María Dolores R. D., después de que el mismo hubiese pasado un período aproximado de 3 meses bajo los cuidados de Ana R. S. Que en la fecha referida inicialmente, a las 19.24 h cuando el niño aún no contaba con 16 meses, fue conducido por su madre a las dependencias del Hospital Clínico Provincial de Barcelona, donde le fueron certificadas sendas fracturas en el radio del brazo derecho y en el hueso craneal occipital derecho, rotura traumática de la víscera hepática, desgarró y hematomas a nivel del orificio anal, contusión gingivolabial con pérdida de 2 piezas dentarias, múltiples hematomas y lesiones equimóticas en cara, cuero cabelludo, extremidades, espalda, tórax y abdomen, lesiones que a su vez produjeron en el menor una hemorragia interna en la cavidad abdominal (hemoperitoneo) y una obstrucción intestinal (íleo mecánico paralítico) de 3 días de evolución; asimismo en el mentado ingreso hospitalario se pudo constatar en el menor un cuadro febril, vómitos biliosos, mal estado general, desnutrición, retraso psicomotor, distrofia lactante, anemia hipocroma e hiponatremia: cuadro médico que hizo necesaria una urgente intervención quirúrgica y una hospitalización prolongada, necesitando para su curación 83 días con necesidad de posteriores controles terapéuticos y restándole como secuelas dos cicatrices abdominales de 8 y 15 cm de longitud respectivamente y como secuela potencialmente reversible anomalías psicoafectivas consistentes fundamentalmente en inmadurez psicoevolutiva con respecto a su edad cronológica. Que las referidas lesiones, salvo las que presentaba el menor en la zona anal, le fueron causadas por el procesado Jaime K., el cual

aprovechaba para ello los momentos en que se encontraba a solas con el niño; las lesiones perianales le fueron ocasionadas por la procesada María Dolores R. D. al introducir por aquel orificio supositorios de glicerina y uno de sus dedos, en un intento de provocar la defecación que tenía paralizada desde días atrás. Que estas lesiones no fueron sino la continuación de otras anteriores. También fueron causadas al menor por el procesado Jaime K. tales como una fractura humeral en el brazo izquierdo, hematomas y contusiones en la cara y cabeza y quemaduras en las manos, lesiones que llevaron en su día a la procesada María Dolores R. D. a sacar al niño del domicilio en el que convivía con el otro procesado y a dejarle al cuidado de Ana R. S., bajo cuya custodia de hecho estuvo hasta aproximadamente una semana antes del ingreso hospitalario referido al principio de este relato».

Segundo: La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: «Que debemos condenar y condenamos al procesado Jaime K. autor penal y civilmente responsable de un delito consumado de lesiones y de otro de malos tratos, precedentemente definidos, con la concurrencia respecto del primero de los delitos de la circunstancia agravante de alevosía del art. 10.1 CP, a la pena de 6 años de prisión menor por el primero de los delitos, a la pena de 4 meses de arresto mayor por el segundo, y en ambos a las accesorias de suspensión, en su caso, de todo empleo o cargo público y privación del derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de la mitad de las costas procesales, exceptuadas las de la acusación particular. Asimismo, debemos de condenar y condenamos a la procesada María Dolores R. D. como autora penal y civilmente responsable de un delito consumado de lesiones y de otro de malos tratos, precedentemente definidos. Concurriendo respecto al primero de los delitos las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal de alevosía del art. 10.1 y de parentesco del art. 11 CP, a las penas de 6 años de prisión menor por el primero de los delitos, 4 meses de arresto mayor por el segundo, y por ambos a las accesorias de suspensión de todo empleo o cargo público y privación del derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la mitad de las costas procesales causadas, exceptuadas las de la acusación particular. Asimismo condenamos a ambos procesados que conjunta y solidariamente indemnicen al menor en la persona que tenga encomendado el ejercicio de la patria potestad, en la cantidad de 10.000.000 ptas.

Debemos absolver y absolvemos a los procesados, Jaime K. y María Dolores R. D. de los delitos de asesinato y homicidio en grado de frustración de los que han venido siendo acusados por el MF y por la acusación particular.

(...)

Fundamentos de Derecho

Primero: El MF inicia su recurso alegando, al amparo del art. 849.1 LECrim., la infracción por aplicación indebida de los arts. 420 y 421.1 y la inaplicación del art. 406.1 en grado de frustración, todos ellos del vigente CP. Fuera del planteamiento del motivo alega también que, junto con el asesinato frustrado, existe otro delito de malos tratos del art. 425 CP ya sancionado en la sentencia recurrida. Entiende el Fiscal, para fundamentar su alegación, que del resultado fáctico se deduce el animus necandi en el acusado Jaime K., al menos a título de dolo eventual, pues, como consta en la sentencia, se emplearon objetos contundentes y se dirigió el ataque a órganos vitales, así como que las lesiones causadas eran de pronóstico evolutivo grave y comprometedor de la propia supervivencia del niño, fundamentalmente en lo que respecta a la rotura hepática. Por último excluye del recurso a la otra acusada, porque su intervención evitó el resultado de muerte, por lo que acepta para ella la calificación del fallo de la sentencia.

La distinción entre los atentados a la vida humana independiente y los que sólo agreden a la integridad corporal o la salud personal radica en la intención o animus del sujeto agente: animus necandi, cuando de privar de la vida se trata; animus laedendi cuando lo que se pretende es sólo producir lesiones a la víctima. Animus que como elementos subjetivos que son, pertenecen al arcano de la interioridad del sujeto y, por ello, han de inferirse de los datos objetivos que ofrezca su comportamiento (por todas, S 23 Feb. 1993).

A su vez, el animus necandi o dolo de muerte puede producirse ya de un modo directo, buscando expresamente como fin de la conducta la muerte del sujeto pasivo; bien de un modo indirecto o eventual, cuando el sujeto activo, aun sin quererla expresamente, contempla la muerte de la víctima como probable resultado de su acción, pese a lo que no desiste de su obrar aceptando aquel eventual resultado. Dolo eventual suficiente para integrar los tipos que sancionan el resultado doloso de muerte y para cuya apreciación, dentro de las distintas corrientes dogmáticas que, con mayor apoyo en una u otra, ha venido acogiendo esta Sala, ha terminado por prevalecer el criterio ecléctico que conjuga, entrelazándolas, la de la probabilidad y la de la aceptación, de modo que se considera que, desde el momento en que el contenido de la conducta ejecutada representa una alta probabilidad de peligro para el bien jurídico tutelado, la tesis de la imputación objetiva que caracteriza el tipo objetivo de los delitos de resultado obliga a aceptar que quien obra con conocimiento de aquella probabilidad de daño está aceptando que éste se produzca (S 22 Abr. 1992) o, en otras palabras, que obra con dolo eventual el sujeto que reconociendo o representándose la existencia en su obrar de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado típico (tesis de la probabilidad) no desiste pese a ello, de ejecutar su acción, asumiendo la posibilidad de que tal resultado se produzca (tesis de la aceptación o consentimiento) (en el mismo sentido SS 20 Feb. y 19 May. 1993).

Aplicando la anterior doctrina al hecho objeto de recurso vemos que, en efecto, en el relato histórico aparecen elementos objetivos suficientes para deducir que el acusado Jaime K. actuó al menos con dolo eventual de muerte al agredir al infante Antonio M. R., de 16 meses de edad, puesto que, de un modo reiterado y extremadamente violento, golpeándolo con o contra objetos de constitución sólida o maciza y de superficie plana o roma, en zonas tan vitales, como la cabeza (en que se produjo fractura del hueso craneal occipital derecho), el tórax y el abdomen (especialmente valorables estas últimas, por la incapacidad de crear a edad tan temprana los reflejos musculares defensivos de esa zona que aloja vísceras importantes para el ciclo vital), produciéndose la rotura traumática de la víscera hepática y un fleo mecánico paralítico. Lesiones todas que, por su entidad, pusieron en riesgo la vida del menor hasta el punto de tener que ser intervenido quirúrgicamente con urgencia. De lo que resulta evidente que, al margen de la reiteración y brutalidad de las agresiones y la causación de las otras lesiones reseñadas en el factum, hubo golpes intensos dirigidos a un menor de corta edad y constitución débil, en zonas especialmente vitales, como el cráneo y abdomen, que a cualquiera ha de alcanzársele su alto contenido probabilístico de originar resultados capaces de producir la muerte del así agredido. Conocimiento de esa probabilidad que no puede escapársele a quien de un modo deliberado elige esas zonas corporales para golpear a un menor cuando, de haber querido evitar totalmente aquel riesgo mortal, podría haber elegido otras zonas corporales cuya lesión no comportara tal riesgo mortal. Es esa actuación del acusado, reiterada e indiscriminada sobre todo el cuerpo del niño agredido, lo que refleja la aceptación de cualquier resultado como fruto de su obrar, sin excluir la eventual muerte de su indefensa víctima, puesto que este resultado no podía menos de representársele como altamente probable, pese a lo cual insistió en su comportamiento. Por lo que el dolo eventual de muerte debe ser apreciado de la conducta del recurrido.

Habrá que agregar que, aunque se haya debatido la posibilidad de estimar el delito de asesinato como comisible por dolo eventual, ello ha sido sólo en cuando no cabe admitir la eventualidad o condicionalidad de las circunstancias que conforme el art 406 CP cualifican el homicidio, para convertirlo en aquel delito más grave. Pero si respecto a la circunstancia cualificativa concurrente se da la plena consciencia, esto es, aparece abarcada por la inteligencia o comprensión del autor, y es querida o realizada la acción con tal circunstancia por el sujeto, nada puede oponerse a la existencia del asesinato sólo porque lo comprendido eventualmente por el dolo sea la muerte (véase S 16 Mar. 1981). En el supuesto de autos es evidente que aunque el dolo de muerte pudo haber sido sólo eventual, lo que sí era directa y plenamente conocida y querida por el acusado era la condición desvalida de la víctima que, por su corta edad, no podía ofrecer obstáculo alguno o la acción agresiva de aquél, se produjera ésta como se produjera. Y sabido es que la condición infantil del sujeto pasivo, en cuanto encierra por sí misma una indefensión, constituye una de las modalidades de la alevosía, recogida ya en nuestro Derecho histórico por el art. 609.3 CP de 1822, que incluía en la definición del asesinato por alevosía el actuar contra persona indefensa, y destacada por la jurisprudencia

de esta Sala, que especialmente incluye en esa clase de personas desvalidas o indefensas a los niños (SS 13 Nov. 1991; 17 May. 1992; 14 Ene., 4 Feb. y 2 Abr. 1993, por citar las más recientes). Lo que aparece confirmado, como reflejo de la existencia en tal sentido de un claro sentimiento social, en el Proyecto de CP de 1992, cuyo art. 21.1, actualizando aquel criterio del primero de nuestros Códigos penales, define la alevosía agregando a la fórmula vigente la cláusula «o cuando el hecho se ejecutara sobre persona absolutamente indefensa».

Por todo lo que, dado el carácter esencialmente objetivo y no susceptible de ser ignorado de la condición infantil y desvalida de la persona sobre el que el acusado realizó su agresión, la alevosía, ya apreciada por la Sala a quo, concurre como cualificante de su conducta, ejecutada con dolo eventual de muerte y que no llegó a producir este resultado letal por causas ajenas a la voluntad del agente, cual fueron los urgentes cuidados médicos prestados al menor, dándose así la existencia del delito de asesinato frustrado que el recurso postula. Consecuencia de lo que ha de considerarse como errónea la calificación como lesiones de la conducta sancionada en la sentencia recurrida y apreciarse como cometida en ella la infracción de derecho denunciada.

El motivo debe ser estimado.

Segundo: El correlativo motivo del recurso, también por la vía procesal del art. 849.1 LECrim., denuncia como infringido, por su falta de aplicación, el art. 170 CC, al amparo del que se solicitó por el MF en sus conclusiones, la privación de la patria potestad a la otra penada, María Dolores R. D., madre del niño maltratado. La Sala se abstuvo expresamente de hacer pronunciamiento en su resolución sobre tal solicitud «sin perjuicio de que a resultas de la misma sea instada su privación ante la jurisdicción adecuada, por cuanto no procede su imposición como pena accesoria... ni está específicamente prevista para el tipo de los delitos enjuiciados». En otras palabras, planteó el tema como un problema de legalidad y la privación de la patria potestad pedida como la solicitud de una pena no legalmente prevista, por lo que la cuestión era ajena a la jurisdicción penal.

Al razonar así la Sala a quo elude el art. 170 CP que expresamente dispone que «el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial». El problema es si las sentencias dictadas en causa criminal sólo pueden realizar tal pronunciamiento cuando lo hagan por vía de imposición de una pena, naturaleza que en algunos tipos adopta tal modalidad sancionadora (así, arts. 452 bis g o 487 CP), o si pueden los Tribunales penales realizar también dicho pronunciamiento, autorizados por la cita expresa del art. 170, cuando en la causa criminal aprecien en los condenados incumplimientos de los deberes inherentes a la patria potestad de suficiente entidad para determinar, en interés del menor, la privación del ejercicio de tal potestad.

Aunque es evidente que, en principio, las decisiones sobre la patria potestad son materia reservada a la jurisdicción civil, tal reserva se produce salvo una remisión expresa de la ley a otro orden jurisdiccional. Remisión que existe a la jurisdicción penal en el art. 170 CC y que no puede interpretarse en el sentido restringido de que la sentencia dictada en causa criminal lo sea expresamente por delito que lleve aparejado como sanción la privación de tal potestad paterna. Y ello por dos órdenes de razones:

El primero, por cuanto la unidad jurisdiccional (art. 3.1 LOPJ) tiene carácter expansivo exigiendo sólo para que un concreto órgano pueda juzgar una cuestión que exista atribución expresa de la LOPJ u otra Ley (art. 9 LOPJ); por lo que si existe atribución legal se produce una extensión de la jurisdicción a cuestiones que, en principio, puedan ser competencia de otros órdenes jurisdiccionales. Y la atribución legal expresa a la jurisdicción penal en este caso se encuentra en la fórmula alternativa del citado art. 170, precepto que debe ser interpretado en sentido extensivo y teleológico, en favor del mejor cumplimiento del fin de la norma que no es otra que la más eficaz y pronta tutela del interés del menor. El segundo, porque la propia economía procesal y el citado interés del menor -que, conviene no olvidarlo, es lo prevalente en estos casos-, exige que, constatado por un Tribunal al ejercer su jurisdicción enjuiciando un hecho concreto que le viene competencialmente atribuido, que tal hecho revela un grave incumplimiento de los deberes de la patria potestad y un daño para el hijo, no se dilate más la privación de aquella

potestad que se está ejerciendo con daño grave al menor, más aún cuando ese daño, de permanecer en el tiempo, puede ser irreversible.

Este último es el supuesto objeto del recurso, en el que consta que, de un modo reiterado en el tiempo, María Dolores R. D., condenada como cooperadora de un delito consumado de lesiones y otro de malos tratos, a su hijo Antonio M. R., consintió los malos tratos que su compañero sentimental infería al niño y los ocultó en principio, con lo que dio lugar a la grave situación por la que pasó dicho menor al producirse al mismo los graves daños físicos reseñados en el factum, con secuelas de anomalías psicoafectivas con inmadurez psicoevolutiva respecto a su edad cronológica, lo que por afectar a su evolución y educación como persona han de estimarse, de un lado, un incumplimiento grave del deber de velar por el menor y procurarle una formación integral, establecido en el art. 154 p).2.1 CC; y, de otro, un daño para el menor cuyo riesgo de repetición o prolongación debe ser evitado. Por lo que procede hacer aplicación de lo prevenido en el art. 170.1 CC, que autoriza a privar a los padres de la patria potestad en una sentencia penal, privando totalmente a María Dolores R. D. de la patria potestad sobre su hijo. Bien entendido que tal privación no significa una extinción de aquel derecho-función, ya que, como previene el art. 170.2, podrá acordarse en el futuro la recuperación del mismo, siempre en beneficio del menor y acreditada, por el cambio de conducta de la madre, la desaparición de las causas que han motivado esta privación.

El motivo debe ser estimado.

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por el MF, contra sentencia de la AP Barcelona de fecha 3 Mar. 1992, que condenó a María Dolores R. D. y Jaime K. por delito de malos tratos y lesiones, casando y anulando dicha sentencia y declarando de oficio las costas de este procedimiento.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Sr. Ruiz Vadillo.-Sr. Cotta y Márquez de Prado.-Sr. Montero Fernández-Cid.-Sr. Moner Muñoz.-Sr. Conde Pumpido Ferreiro.

SEGUNDA SENTENCIA

(...)

ANTECEDENTES DE HECHO

Se reproducen los de la sentencia casada.

Fundamentos de Derecho

Primero: Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de asesinato en grado de frustración, previsto y penado en el art. 406.1 CP, en relación con los arts. 3.2 y 51 del mismo texto legal, por las razones que se expresan en el fundamento jurídico primero de nuestra sentencia casacional y los elementos probatorios que se destacan en el fundamento jurídico primero de la sentencia casada, que se reproduce tan sólo en ese concreto extremo. Son también constitutivos de un delito de lesiones del art. 420.1 y 421.1 CP, en orden a la acusada María Dolores R. D., no sólo por exigencias del principio acusatorio, al no extenderse a ella el recurso, sino también por cuanto, al acudir en última instancia al hospital con el niño para que fuera atendido, debe excluirse en ella el propósito de causarle la muerte, necesario para la existencia del delito de asesinato.

Segundo: Se reproduce el correlativo de la sentencia casada.

Tercero: De los delitos expresados en los anteriores fundamentos es reponsable en concepto de autor del art. 14.1 CP el acusado

Jaime K., reproduciéndose al respecto la motivación del fundamento jurídico cuarto de la sentencia casada. En cuanto a la acusada María Dolores R. D., es autora por cooperación necesaria de los delitos de lesiones y malos tratos en los términos establecidos en dicho fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia.

Cuarto: Concorre en el delito de lesiones y para la acusada María Dolores R. D. la agravante 1.^a del art. 10, y la de parentesco, por las razones expuestas en el quinto de los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia.

Quinto: Se reproduce como tal el numerado como cuarto de la sentencia de casación.

Sexto: Procede acordar la privación de la patria potestad ejercida por María Dolores R. D. por las razones expuestas en el fundamento jurídico segundo de nuestra sentencia de casación.

Fallamos

Que debemos condenar y condenamos al procesado Jaime K., como autor responsable del delito de asesinato cualificado por la alevosía en grado de frustración ya definido, a la pena de 17 años, 4 meses y 1 día de reclusión menor, con las accesorias de inhabilitación absoluta para obtener honores, empleos o cargos públicos y para ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo durante dicho tiempo, dejando sin efecto expresamente la absolución que por tal delito pronunció la sentencia recurrida. Se mantienen los restantes pronunciamientos del fallo de la sentencia casada, que expresamente se reproducen en cuanto a la pena impuesta a Jaime K. por el delito de malos tratos por el que también se le condena y a la otra acusada María Dolores R. D., en orden a la condena por los delitos de lesiones y malos tratos y en cuanto a las penas por ellos impuestas; así como los pronunciamientos sobre abono de prisión preventiva y costas. Se impone a la acusada María Dolores R. D. la privación de la patria potestad sobre su hijo Antonio M. R.

Se mantiene la absolución de María Dolores R. D. por los delitos de asesinato y homicidio de que fue acusada por el MF y la acusación particular; así como los pronunciamientos sobre indemnización civil, y pieza de tal clase, que contiene la sentencia casada.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Sr. Ruiz Vadillo.-Sr. Cotta y Márquez de Prado.-Sr. Montero Fernández-Cid.-Sr. Moner Muñoz.-Sr. Conde Pumpido Ferreiro.