



AUDIENCIA PROVINCIAL
BARCELONA
SECCIÓN VEINTE



SENTENCIA Nº

COPIA

Ilmos Sres.

D. Fernando Pérez Maiquez.
D. Francisco Ortí Ponte.
D^a. M^a Concepción Sotorra Campodarve.

En la ciudad de Barcelona a 14 de enero de 2009.

Vista en nombre de S.M. El Rey en Juicio Oral y público ante la Sección Veinte de esta Audiencia Provincial la presente causa Sumario nº 47/ 07 NY , Sumario nº 2/ 06 procedente del Juzgado de Instrucción nº 6 de Cerdanyola del Vallés seguidas por el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, asesinato en grado de tentativa, delito contra la integridad moral y lesiones contra el/la acusado/a ANA MARÍA CANO FONDEVILLA mayor de edad y carente de antecedentes penales a efectos de reincidencia, en situación de prisión provisional por esta causa desde fecha 13 de marzo de 2006, con DNI nº nacida en Sabadell en fecha 24 de abril de 1979, hija de Francisco y de María Montserrat, con domicilio en calle

de Montcada y Reixac (Barcelona), representada por el Procurador de los Tribunales Sr/Sra. D/D^a. Gloria Ferrer Fuster y defendida por el Letrado Sr/ Sra. D/D^a. José Luis López Montejano; y contra el/la acusado/a FRANCISCO JAVIER PÉREZ ESPINOSA, mayor de edad y sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, en situación de prisión provisional por esta causa desde fecha 7 de marzo de 2006, con DNI nacido en Barcelona en fecha 17 de marzo de 1973, hijo de Cristobal y de Ana, con domicilio en calle Montcada y Reixac (Barcelona) , representado por el Procurador de los



Tribunales Sr/Sra. D/Dª. Antonio María de Anzizu Furest y defendido por el Letrado Sr/ Sra. D/Dª. Juan Córdoba Roda. Ha comparecido en el procedimiento en calidad de acusación particular la Generalitat de Catalunya representada por el Procurador de los Tribunales Sr/ Sra. D/Dª. Ildefonso Lago y defendida por el Letrado Sr/ Sra. D/Dª. Silvia Gray Beltrán y Yolanda Hernández Darses. Ha comparecido en el procedimiento el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr/ Sra. D/Dª. Manuel Sancho, y habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO ORTI PONTE, el cual expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- HECHOS PROBADOS.- Probado y así se declara que la procesada ANA MARÍA CANO FONDEVILLA mayor de edad y sin antecedentes penales, en el mes de noviembre de 2005 va iniciar una relación sentimental con el también acusado FRANCISCO JAVIER PÉREZ ESPINOSA mayor de edad y sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, comenzando a convivir juntos en el mes de diciembre de 2005, en el domicilio sito en la calle localidat de Montcada i Reixach (Barcelona) junto con la hija de la acusada ALBA C C nacida en fecha 21 de enero de 2001.

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

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

Todas estas lesiones fueron causadas por el procesado FRANCISCO JAVIER PÉREZ ESPINOSA por las agresiones que éste movido por la intención de menoscabar la integridad física de la menor Alba C C dirigía a ésta, agresiones de las que era perfectamente conocedora la acusada ANA MARÍA PÉREZ ESPINOSA al advertir las heridas que presentaba la menor y la situación en que se encontraba y pese a ello no adoptó decisión alguna para evitar el comportamiento del procesado poniendo con ello en grave peligro la integridad física de su hija menor de edad.

Administració Justícia a Catalunya • Administració de Justícia en Catalunya



B) Igualmente ha quedado probado que en fechas no determinadas pero en todo caso comprendidas entre diciembre de 2005 en que el procesado Francisco Javier Pérez Espinosa y la procesada Ana María Cano Fondevilla iniciaron la convivencia en común en el domicilio sito en la calle

de la localidad de Montcada i Reixac (Barcelona) y el día 4 de marzo de 2006; el procesado en al menos dos ocasiones y movido por la intención de atentar contra la dignidad de la menor Alba C C hija de su compañera sentimental, la ató fuertemente con un cinturón de albornoz a una de las sillas del comedor poniéndole los brazos por detrás del respaldo, y dado que a Alba no le entraba la comida y la vomitaba al suelo, el acusado con una cuchara recogía sus vómitos y se los metía de nuevo en la boca hasta que conseguía que se los tragara. Igualmente al menos hasta en dos ocasiones el procesado con la intención de atentar contra la dignidad de la menor Alba C C y para obligarla a beber agua le tapaba la boca con un precinto o esparadrapo al que hacía un pequeño orificio en el que introducía una jeringuilla obligándola así a beber agua.

De todas estas acciones era perfectamente conocedora la acusada ANA MARÍA PÉREZ ESPINOSA y pese a ello no adoptó decisión alguna para evitar el comportamiento vejatorio del procesado sobre su hija menor de edad.

C) Igualmente ha quedado probado que en hora no determinada de la tarde-noche del día 4 de marzo de 2006, ambos procesados se encontraban en el domicilio familiar sito en la calle de la localidad de Montcada i Reixach junto con las menores Alba C C y María Teresa P A (hija del procesado). Los procesados decidieron acudir esa noche a las fiestas que se celebraban en la localidad de Santa Perpetua de Mogoda y como fuese que la menor Alba C C no quería ir, salieron del piso los procesados y la menor María Teresa P A , dejando sola en el interior del piso a la menor Alba. Una vez fuera del piso el procesado Francisco Javier Pérez Espinosa le dijo a la procesada Ana María Cano Fondevilla que fuera bajando con María Teresa P A y que le esperaran en el portal, que él entraría a buscar a Alba, a lo cual accedió aún sabiendo que el procesado cuando se encontraba a solas con su hija sometía a ésta a todo tipo de agresiones y vejaciones como las ya descritas en los apartados anteriores. Una vez de nuevo el procesado en el interior del piso y movido como en ocasiones anteriores con la intención de atentar contra la integridad física de la menor, zarandeó brutalmente y con tal violencia a Alba que le provocó un hematoma subdural localizado fundamentalmente en el hemisferio izquierdo. Dado que la procesada y María Teresa estaban esperando al procesado en el portal del inmueble durante unos 10 minutos y al ver que no bajaba Francisco Javier con Alba, decidieron subir a ver que pasaba y cuando lo hacían por las escaleras se encontraron con Francisco Javier que portaba en los brazos a Alba que estaba



inconsciente. Inmediatamente los procesados trasladaron a Alba al Centro de Atención Primaria (CAP) de Montcada i Reixach en donde al observar que la menor se encontraba en coma la trasladaron en ambulancia al hospital materno infantil de Vall d'Hebrón de Barcelona en donde al ingreso se realiza TAC craneal que evidencia hematoma subdural izquierdo con edema cerebral importante.

Como consecuencia de dicha agresión, Alba C C sufrió lesiones consistentes en hematoma sudural masivo, que produjo un estado de coma, hipertensión endocraneal, edema cerebral observándose afectación de hemisferio izquierdo precisando intervención quirúrgica urgente: craneotomía descompresiva durante la cual presentó parada cardiorespiratoria que precisó de reanimación cardio respiratoria durante 40 minutos. Posteriormente presentó entre otras lesiones: hipoxia- isquemia, herniación encefálica a través de orificio de craneotomía parietal izquierda. En la evolución de tales lesiones se presentaron diversas complicaciones siendo de destacar: respiratorias: necesidad de respiración asistida con mejoría progresiva, atelectasia pulmonar derecha, necesidad de traqueostomía, parálisis bilateral de cuerdas vocales, condensaciones pulmonares bilaterales; neurológicas: nivel de conciencia oscilante, tetraparesia espástica severa moderada con predominio en hemicuerpo derecho, posible hemiapnosia homónima de campos visuales izquierdos, parálisis facial... pérdida del lenguaje verbal; neuroquirúrgica: intervenciones quirúrgicas para cierre de craneostomía con placa de titanio para posterior retirada de la misma, para colocación de derivación ventriculoperitoneal; hemodinámicas; renales: rhabdomiolisis; infecciosas; hematológicas; dermatológicas y fiebre de origen central.

A causa de dicho traumatismo la menor Alba C C precisó ingreso hospitalario desde el 4 de marzo de 2006 hasta el 6 de junio de 2006 que se realizó en UCI pediátrica desde el 5 de marzo de 2006 hasta el 7 de abril de 2006 y posteriormente en planta desde el 7 de abril de 2006 hasta el 6 de junio de 2006. Preciso nuevo ingreso hospitalario desde el 5 de julio de 2006 hasta 17 de julio de 2006 para nueva intervención quirúrgica realizado desbridamiento de la herida quirúrgica. Preciso nuevo ingreso hospitalario desde el 1 de octubre de 2006 a 4 de octubre de 2006 por presentar neumonía.

Igualmente en fecha 4. 3. 2006 cuando la menor Alba C C fue asistida en el hospital Vall d'Hebron fue diagnosticada de importantes hematomas por todo el cuerpo en diferentes estados evolutivos en concreto: uno en región subciliar derecha, uno en la zona periorbitaria izquierda y otro en la zona malar del mismo lado, uno se localiza en la cara anterior de la rodilla derecha y otro más amplio en la misma ubicación de la rodilla del otro lado, tres más de pequeño tamaño en el tercio superior de la pierna izquierda (cara anterior) y



otros tres en el tercio inferior de la misma extremidad. Todas estas lesiones fueron causadas por el procesado en las diversas agresiones que éste profería a la menor; agresiones de las que era perfectamente conocedora la acusada ANA MARÍA PÉREZ ESPINOSA al advertir las heridas que presentaba la menor y la situación en que se encontraba y pese a ello no adoptó decisión alguna para evitar el comportamiento del procesado poniendo con ello en grave peligro la integridad física de su hija menor de edad

Como consecuencia de tales lesiones la menor Alba C. C. presenta en la actualidad las siguientes secuelas: 1.- Deterioro de las funciones cerebrales superiores integradas, acreditado MUY GRAVE(consecuencia del TC: hematoma subdural localizado fundamentalmente en hemisferio izquierdo) con:

- Hemiparesia espástica derecha con ausencia de movilidad en hemicuerpo derecho. Impide bipedestación autónoma, el desplazamiento se realiza por medio de silla de ruedas. No puede utilizar hemicuerpo derecho. Precisa férula en ambas extremidades y presenta deformidades algunas de ellas se han incrementado.

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

- Afasia o trastorno del lenguaje verbal y escrito, al menos la menor se comunica por medio de gestos, gritos, sonidos (que simulan palabras) algunas palabras, la sonrisa....

- Pérdida total de autonomía personal con necesidad de ayuda de terceras personas para la supervivencia y todas las actividades de la vida diaria. No puede moverse con independencia ni asearse ni vestirse ni procurarse ni preparar alimentos ni desplazarse ni comunicarse de forma efectiva con el exterior.

- Afectación de diversas funciones cognitivas teniendo en cuenta que se trata de una niña que no ha finalizado su proceso de desarrollo.

2º.- Pérdida de sustancia ósea craneal parietotéporofrontal que precisa de craneoplastia pero que hasta el momento su organismo ha rechazado.

3º.- Portadora de válvula de derivación craneo – peritoneal.

4º.- Presenta dolor en EEDD especialmente en pie derecho.

5º.- Perjuicio estético importantísimo provocado por:



- Cicatriz cuero cabelludo izquierdo especialmente todo la región temporal.
- Cicatriz en área cervical anterior (traqueostomía).
- Pérdida de sustancia ósea craneal parietotemporofrontal que precisa de craeoplastia pero que hasta el momento actual su organismo lo ha rechazado.
- Silla de ruedas.
- Deformidad en extremidades derechas.

6º.- La menor ha sufrido una pérdida total de la autonomía personal precisando de tercera persona para la supervivencia, con limitación grave o anulación de su desarrollo, educación, aprendizaje, movilidad, comunicación, vida habitual, la vida personal, la vida comunitaria y social, relaciones interpersonales....” .

En el futuro la evolución del estado clínico de la menor Alba C C puede presentar complicaciones y riesgos, siendo de destacar: 1.- Se ha de colocar una nueva plastia por el defecto óseo en zonas parietotemporofrontal cráneo izquierdo, pudiendo ocurrir que se produzca un rechazo y se originen procesos infecciosos y otras complicaciones del SNS que revistan gravedad como la meningoencefalitis acaecida tras la última intervención y que dejen secuelas. En esta intervención será necesario nuevo ingreso hospitalario. 2.- La menor es portadora de válvula de derivación ventriculo peritoneal que precisa control y seguimientos médicos pudiendo o no presentar complicaciones y precisar o no recambio de la misma. 3.- Procesos infecciosos que podrán ser resueltos con tratamiento ambulatorio o requerir ingreso hospitalario. 4.- Agravación de deformidades en extremidades derechas que pueden provocar malestar o dolor en la menor o igualmente medidas terapéuticas agresivas(intervención quirúrgica).

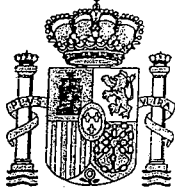
Todas estas lesiones fueron causadas por el procesado FRANCISCO JAVIER PÉREZ ESPINOSA por las agresiones que éste movido por la intención de menoscabar la integridad física de la menor Alba C C dirigía a ésta, agresiones de las que era perfectamente conocedora la acusada ANA MARÍA PÉREZ ESPINOSA al advertir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



D) Ha quedado igualmente probado que desde noviembre de 2005 en que la procesada inicia su relación sentimental con el procesado, y posteriormente desde diciembre de 2005 hasta marzo de 2006 período durante el cual conviven juntos en el domicilio sito en la calle _____ de la localidad de Montcada i Reixach (Barcelona) junto con la hija de la procesada, Alba C _____ C _____ nacida en fecha 21 de enero de 2001, ambos procesados crearon con respecto a Alba C _____ C _____ un clima de sistemático maltrato tanto físico como vejatorio y que se concreta en los actos de violencia descritos en el apartados anteriores.

E) No ha quedado probado que el estado de caquexia de la menor Alba C _____ C _____ diagnosticado en fecha 4 de marzo de 2006 hubiere sido provocado por la desnutrición y falta de cuidados por parte de los procesados.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos a que se refiere el presente procedimiento como constitutivos de: A) Un delito de asesinato en grado de tentativa previsto y penado en el art. 139 1º, 16 y 62 del C. P. B) Un delito de violencia habitual previsto y penado en el art. 173. 2 segundo párrafo del C. P y C) un delito continuado contra la integridad moral previsto y penado en el art. 173. 1 del C.P. entendiéndose que concurre en ambos acusados la circunstancia mixta de parentesco operando en el presente caso como agravante del art. 23 del C. P y la circunstancia agravante de lugar del art. 22. 2 del C. P y solicitando se imponga a cada uno de los acusados: a) Por el delito intentado de asesinato la pena de quince años de prisión con inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena; b) por el delito continuado contra la integridad moral la pena de tres años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y c) por el delito de violencia habitual la pena de tres años de prisión, inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de cinco años e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad por tiempo de cinco años. Costas por mitad. Así mismo y de conformidad con el art. 57 del C. P solicitó se prohiba a cada uno de los procesados acercarse a menos de mil metros de la persona, domicilio, lugar de trabajo en su caso de Alba C _____ C _____ así como comunicarse con ella por cualquier medio por un período de diez años. De conformidad con el art. 170 del Código Civil interesó respecto de la procesada Ana María Cano Fondevilla



se acuerde la privación de la patria potestad de la misma respecto de su hija Alba C. C. En concepto de responsabilidad civil solicitó la condena de los acusados a indemnizar conjunta y solidariamente a Alba C. C. en la cantidad de 1.500.000 euros en concepto de indemnización por las lesiones sufridas y secuelas padecidas.

TERCERO.- La acusación particular en sus conclusiones definitivas calificó los hechos a que se refiere el presente procedimiento como constitutivos de: A) Un delito continuado de tratos inhumanos y degradantes del art. 173.1º en relación con el art. 74 ambos del C. P. B) Un delito de violencia doméstica habitual previsto y penado en el art. 173.2 segundo párrafo del C. P. y un delito continuado de lesiones del art. 148.3 del C. P. en relación con el art. 74 del mismo texto legal y C) un delito de lesiones del art. 149 del C. P. entendiéndose que el acusado Francisco Javier Pérez Espinosa es autor de tales delitos de conformidad con el art. 28 del C. P. y la acusada Ana María Cano lo es de conformidad con el art. 11 y 28 ambos del C. P.; entendiéndose que concurre en ambos acusados la agravante de alevosía del art. 22.1 del C. P., la agravante de abuso de superioridad del art. 22.2 del C. P., la agravante mixta de parentesco como agravante del art. 23 del C. P. a excepción del delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar del art. 173.2 del C. P., y solicitando se imponga a los acusados las siguientes penas: Al acusado FRANCISCO JAVIER PÉREZ ESPINOSA por el delito continuado de tratos inhumanos y degradantes la pena de tres años de prisión, por el delito de violencia habitual la pena de cuatro años de prisión, por el delito continuado de lesiones la pena de seis años y medio de prisión y por el delito de lesiones del art. 149 del C. P. la pena de quince años de prisión, con las accesorias en su caso de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el ejercicio de la guarda y custodia de menores durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación a menos de 1000 metros en relación a la menor, así como a su lugar de residencia por el tiempo de 10 años a contar desde el cumplimiento de la pena privativa de libertad o a partir de que obtenga permisos penitenciarios todo ello de conformidad con el art. 157 del C. P., y costas de la acusación particular.

Solicitando se imponga a la acusada ANA MARÍA CANO FONDEVILLA por el delito continuado de tratos inhumanos y degradantes la pena de tres años de prisión, por el delito de violencia habitual la pena de cuatro años de prisión, por el delito continuado de lesiones la pena de seis años y medio de prisión y por el delito de lesiones del art. 149 del C. P. la pena de quince años de prisión, con las accesorias en su caso de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, guarda, tutela curatela o



acogimiento familiar de menores durante 10 años en concreto de la menor Alba C. C. y prohibición de aproximación a menos de 1000 metros en relación a la menor, así como a su lugar de residencia por el tiempo de 10 años a contar desde el cumplimiento de la pena privativa de libertad o a partir de que obtenga permisos penitenciarios todo ello de conformidad con el art. 157 del C. P, y costas de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil solicitó la condena conjunta y solidaria de los acusados a indemnizar a través de la Dirección General de Asistencia a la Infancia (DGAIA) a la menor Alba C. C. en la cantidad de 1. 500. 000 euros por las lesiones, secuelas y daños morales producidos, más los intereses legales.

CUARTO.- La defensa del acusado FRANCISCO JAVIER PÉREZ ESPINOSA calificó definitivamente los hechos como no constitutivos de infracción penal, solicitando la libre absolución de su defendido.

QUINTO.- La defensa de la acusada ANA MARÍA CANO FONDEVILLA calificó definitivamente los hechos como no constitutivos de infracción penal, solicitando la libre absolución de su defendida y alternativamente para el caso de ser calificados los hechos como constitutivos de un delito de asesinato en grado de tentativa del art. 139. 1 del C. P solicitó se apreciara en su patrocinado el art. 16. 2 del C. P.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- CUESTIONES RELATIVAS AL MATERIAL PROBATORIO.

1º.- Sobre la posibilidad de valorar como prueba testifical la exploración de la menor María Teresa P. A practicada ante el Juzgado de Instrucción nº 6 de Cerdanyola del Vallés.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular – no así las defensas de los procesados - en sus respectivos escritos de acusación, solicitaron como prueba más documental y en atención a la debida protección de la menor María Teresa P. A nacida en fecha 15 de enero de 2. 000 y de conformidad con la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996 y art. 448 y 777. 2 de la LECrim. la reproducción de la grabación de la diligencia de exploración judicial de dicha menor practicada en fecha 28 de abril de 2006 a presencia judicial y con asistencia del Ministerio Fiscal y resto de las partes personadas y por especialistas adscritos al Equipo Técnico Penal de Barcelona.



Dicha prueba se admitió y se practicó en el acto de la vista oral. El problema no obstante que se plantea y así lo manifestó la defensa de la procesada Ana María Cano Fondevilla en el acto de la vista oral y en trámite de informe, es el relativo a la posible nulidad de dicha diligencia de exploración judicial de la menor al no haberse advertido a ésta en su calidad de hija del procesado Francisco Javier Pérez Espinosa, de la dispensa a no declarar contra el mismo que le otorga el art. 416 de la LECrim.

En nuestro ordenamiento jurídico, se establecen diversos supuestos en que, por incapacidad física o moral, para evitar la propia inculpación, o por razón de parentesco o de secreto profesional, se exime al testigo del deber de declarar; según el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la ley». Y el deber de prestar declaración constituye el deber fundamental del testigo, en torno al cual gira toda la diligencia. Sin embargo, la ley establece determinadas exenciones a dicho deber de declarar, que con exclusión de los imputados, son únicamente los testigos, y a ellos se refieren los artículos 416 y siguientes de la Ley Procesal. La Constitución dispone que la ley habrá de regular los casos en que por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos -artículo 24.2 párrafo 2.º-. Se habilita pues al legislador para establecer casos de secreto procesal, aunque en realidad se legitiman los que estaban previstos con anterioridad, al no establecer la Constitución ningún parámetro normativo para esta regulación. Y uno de ellos -artículo 416.1.º Ley Enjuiciamiento Criminal- es el secreto familiar que tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar. La colisión que puede surgir entre el deber de veracidad del testigo y el deber de fidelidad para con su pariente, por lo que fueron reputados «testes non integri» en el derecho común, a los que efectivamente el instructor ha de advertir de la facultad que les asiste para no declarar contra el inculpado, se resuelve pudiendo hacer las manifestaciones que estimen oportunas, sin que tampoco esté obligado a responder de una manera directa e importante a la persona o fortuna de alguno de dichos parientes, aunque no sean inculpados -artículo 418 LECrim-. Pero siempre referido ambos preceptos al testigo que es el único sobre el que pesa la obligación de declarar, a quien se le exime en el supuesto mencionado y en otros, secreto del defensor, religioso, etc. del deber de testimoniar.



Por lo dicho por tanto el fundamento de la dispensa de la obligación de declarar por razón de parentesco estriba en los vínculos de solidaridad que existen entre el testigo y el procesado existiendo entre ellos alguno de los vínculos de parentesco que cita el art. 416 de la Lecrim, esto es " parientes del procesado en línea recta ascendente o descendente, su cónyuge, hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el nº 3º del art. 261 -, es decir salvar así el deber de veracidad del testigo y el deber de fidelidad para con su pariente.

Sin embargo tanto la Jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido perfilando una serie de supuestos en los que al testigo- víctima de un delito de violencia de género no es de aplicación la dispensa del art. 416 de la LEcrim. En este sentido conviene destacar sentencia del T. S 625/ 2007 de 12 de Julio en donde en un supuesto de violencia de género ha dicho que " la Sala estima que cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416 de la LEcrim que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que están vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera el art. 416. 1 de la LEcrim. establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciadores espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y acuden a la Policía en busca de protección". En el mismo sentido la STS 662/ 2001 de 6 de abril declara que " cuando el testigo que se encuentra vinculado con el inculcado en la forma prevista en dicha disposición (refiriéndose al art. 416 de la LEcrim.), se presenta espontáneamente ante la autoridad de manera que su renuncia al ejercicio de la facultad acordada en dicho precepto resulte concluyentemente expresada, la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una prohibición de valoración de la prueba" (en el mismo sentido ATS de 29 de marzo de 2006, rec 791/ 2005 y STS 624/ 2007 de 12 de julio).

Lo dicho no resulta plenamente aplicable al caso de autos ya que la testigo María Teresa P. A es un testigo no víctima de un delito de violencia de género. Sin embargo concurre en ella una circunstancia que desde luego no puede ser obviada como es el hecho de su minoría de edad, y no una minoría de edad cercana a la mayoría de edad, sino que nacida en fecha 15 de enero de 2000, contaba por tanto en la fecha de la exploración judicial practicada en fecha 28 de abril de 2006 con la edad de seis años.



Ya el legislador tratándose de un testigo mayor o menor de edad establece entre ambos una importante distinción como es la necesidad de tomarles juramento o promesa de decir verdad. Así el art. 433 de la LECrim. dispone que " los testigos mayores de edad prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el Juez obligado a informarles en lenguaje claro y comprensible de la obligación de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal.

Toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración". Es evidente que la nueva redacción dada al art. 433 de la Lecrim. por Ley Orgànica 8/ 2006 de 4 de diciembre introduce importantes diferencias entre la declaración testifical del testigo mayor y menor de edad, resultando así de la lectura de dicho precepto que al testigo menor de edad y sin duda precisamente por dicha minoría de edad y de la imposibilidad de entender el alcance y trascendencia del acto no se le toma promesa o juramento de decir verdad, ni se les advierte de la obligación de ser veraces ni de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio.

Por todo lo expuesto y teniendo en cuenta que Maria Teresa P A de seis años de edad en el momento de practicar la exploración judicial carecía de capacidad suficiente para discernir entre decir o no la verdad – por eso como se dijo la ley no obliga a tomarle juramento o promesa, ni se le apercibe de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio- , es evidente que carecía igualmente de capacidad para determinar y distinguir aquello que en su relato ante el Equipo Técnico Penal de Barcelona en la diligencia de exploración judicial pudiera perjudicar o beneficiar a su padre como imputado; por lo que esta claro que en este supuesto como en los anteriores analizados en el que el testigo es víctima del delito de violencia de género el fundamento del art. 416 de la LECrim. queda desvirtuado y no resulta de aplicación.

Por todo lo expuesto y no entendiendo que la falta de información del contenido del art. 416 de la LECrim. A la menor María Teresa P A hubiere vulnerado el derecho de defensa del procesado Francisco Javier Pérez Espinosa, es por lo que dicha exploración no adolece de nulidad alguna, pudiendo la misma – como se verá – ser valorada como prueba de cargo.

2º.- Sobre la posibilidad de valorar las declaraciones prestadas en sede de instrucción de la procesada ANA MARÍA CANO FONDEVILLA.



Tal y como consta en el acto de la vista oral la procesada Ana María Cano Fondevilla hizo uso en el acto del juicio oral de su derecho a no declarar reconocido en el art. 24 de la Constitución, al manifestar expresamente que " solo desea contestar a las preguntas de su defensa pero no de las acusaciones ni de la otra defensa". A continuación se procedió a su interrogatorio por parte de su dirección Letrada manifestando que " se ratifica en sus dos declaraciones en el Juzgado". Finalizado el interrogatorio por parte de su defensa, el Ministerio Fiscal solicitó la lectura de las declaraciones de la acusada, por lo que el Tribunal tras oír a las partes acordó a petición del Ministerio Fiscal la lectura de los folios 31 a 39 (declaración de Ana María Cano Fondevilla ante los Mossos D'esquadra, asistida de Letrado con nº de colegiado 19. 721) y folios 356 a 361 (declaración como imputada ante el Juzgado de Instrucción nº 7 de Cerdanyola del Vallés, asistida de Letrado con nº de colegiado 1. 080 y en presencia del Ministerio Fiscal). Igualmente a petición de la defensa del procesado Francisco Javier Pérez Espinosa, se procedió a la lectura de los folios 71 a 73 (declaración de Ana María Cano Fondevilla ante la Policía Nacional) y folios 219 a 220 (declaración de Ana María Cano Fondevilla ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Barcelona en presencia de su Letrado con nº colegiado 19. 721 y del Letrado del imputado nº 1. 347).

La Sala acordó la lectura de todos los folios solicitados, puesto que si bien es cierto que la procesada únicamente manifestó que se ratifica en sus dos declaraciones en el Juzgado" no es menos cierto que consta en su declaración ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Barcelona, que " se afirma y ratifica en la declaración prestada en comisaría en fecha 6. 3. 2006 " (obrante a los folios 31 a 39).

Es evidente por tanto que tales declaraciones en sede de instrucción al haber sido incorporadas al acto de la vista oral mediante la lectura prevista en el art. 730 de la LECrim. pueden ser valoradas por el Tribunal. Así lo ha declarado en reiteradas ocasiones la Jurisprudencia del Tribunal Supremo entre las que cabe citar SS 1443/ 2000 de 20 de septiembre en donde se declara que " En ejercicio de su derecho el acusado no declara y las partes acusadoras se ven imposibilitadas de practicar una prueba (art. 730 Ley Procesal) acordando su incorporación, por testimonio, de las declaraciones del acusado en la instrucción"; refiriéndose dicha sentencia a " testimonio" al tratarse de un procedimiento de Ley de Jurado con las especialidades probatorias que el mismo comporta.


En el mismo sentido SS TS 278/ 2005 de 2 de marzo, en la cual se declara expresamente: " Se aduce que, como el acusado hizo uso en el acto del juicio



oral de su derecho a no declarar reconocido por el art. 24.2 CE (RCL 1978\2836), no debió procederse a la lectura de sus manifestaciones sumariales en base al art. 730 LECrim. No fue legítimo sustituir la declaración que no quería hacerse por la que había prestado ante el Juez de Instrucción.

Dice así el mencionado art. 730: «Podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral».

En el caso presente – dice la sentencia citada.- el Ministerio Fiscal quería interrogar a los acusados, lo que no fue posible por la negativa de estos que, como ya hemos dicho, abandonaron la sala por no reconocer ni a sus defensores ni al tribunal que les iba a enjuiciar, tras lo cual la acusación pública dijo las preguntas que se habrían formulado de haberse practicado los interrogatorios, preguntas que se hicieron constar en el propio acta del juicio.

Estimamos que éste es un caso en el que legítimamente se pudo proceder a la lectura de las declaraciones sumariales de los acusados conforme a lo dispuesto en el citado art. 730. Una de las partes, el Ministerio Fiscal, solicitó tal lectura y por una causa independiente de su voluntad, la negativa a declarar de los procesados, consecuencia de su abandono de la sala, no pudieron practicarse en el juicio los correspondientes interrogatorios de los acusados. Véanse en este mismo sentido las sentencias de esta sala números 1079/2000 de 19 de julio (RJ 2000\7115), 1620/2000 de 21 de diciembre (RJ 2001\741) y 126/2004 de 6 de febrero (RJ 2004\3387)”.


En aplicación por tanto de la doctrina Jurisprudencial citada en el caso de autos fué correcta la introducción en el plenario de las declaraciones de la procesada en fase de Instrucción en uso de la facultad reconocida en el citado art. 730 de la LECrim. dado que las partes acusadoras y defensa del otro procesado no pudieron interrogar a la acusada por una causa independiente de su voluntad, como es la negativa de la procesada a responder a las preguntas que le hubieren formulado en el ejercicio legítimo de su derecho de defensa consagrado en el art. 24 de la Constitución, y por tanto una vez legítimamente introducidas tales declaraciones en el acto de la vista oral, las mismas pueden ser valoradas como prueba de cargo.

SEGUNDO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.

Los hechos declarados probados son constitutivos de:



1º.- Los hechos declarados probados en el apartado B) de la presente resolución son constitutivos de un delito contra la integridad moral previsto y penado en el art. 173. 1 del C. P el cual dispone " El que inflingiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años". El empleo de expresiones tales como " trato degradante" e " integridad moral" hacen necesario una precisión del tipo.

Sobre este delito hemos de indicar que es de nuevo cuño en el Código Penal vigente (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777), sin precedentes en los anteriores.. Por alguna parte de la doctrina (y así se puso de manifiesto en la discusión parlamentaria), se trata de un delito un tanto ambiguo que puede producir graves inconvenientes, no sólo de exégesis, sino también de seguridad jurídica. Por el contrario, para otros (la mayoría), se trata de un tipo delictivo de necesaria incorporación al texto penal, en cuanto supone dar una respuesta a la necesidad de evitar tratamientos inhumanos o degradantes, no sólo por parte del funcionario público o el que tiene autoridad (torturas), sino también por parte de los particulares cuando usan su situación de prepotencia o superioridad para degradar la moral de una persona, humillándola, deshonrándola, despreciándola o envileciéndola.

Este delito, que también puede tener encaje en el artículo 15 de la Constitución (RCL 1978\2836), cuyo bien jurídico protegido es la integridad moral de las personas, tiene un valor autónomo que le hace compatible con otros delitos que podríamos llamar principales como son el de detención ilegal y el de lesiones. Así lo entendió, por ejemplo, la sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993 (RJ 1993\2414), y las de esta Sala 2ª de 8 de mayo de 2002 (RJ 2002\6709) y 5 de julio de 2003.

Para la concreción de la tipicidad hemos de acudir al bien jurídico protegido por el tipo penal en combinación con las exigencias del principio de legalidad en su manifestación de la certeza en la descripción de la norma penal. En principio y desde esta perspectiva hemos de rechazar en su comprensión aquellas conductas dirigidas a doblegar la voluntad de una persona, pues su acomodo típico se encuentra recogido en los delitos contra la libertad cuya característica es la de dirigir la acción precisamente a eliminar la capacidad de decidir libremente mediante actos de compulsión integrados en los delitos de amenazas y coacciones.

Igualmente hemos de rechazar en su comprensión las consideraciones, exclusivamente, referidas al honor de la persona, pues el tipo penal de la



injuria recoge la antijuridicidad correspondientes a los actos de menosprecio y desprecio etc., que afectan a la dignidad y al honor de una persona.

Por último, también es preciso apartar de su contenido típico aquellas manifestaciones que puedan ser incluidas en las agravaciones típicas que refieren el empleo de acciones degradantes innecesarias a la comisión del correspondiente tipo penal. Expresiones como la del empleo de «lujo de males», agresiones innecesarias, etc., forman parte del contenido de la agravación de ensañamiento que permite una individualización de la pena a la conducta efectivamente realizada en cuanto suponen un aumento de la gravedad del hecho que encuentra su acomodo en la individualización de la pena correspondiente al respectivo tipo penal en el que se actúa.

Por ello, y como señaló esta Sala en STS 2101/2001, de 14 de noviembre (RJ 2002\1514), el art. 173 quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una cierta intensidad, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan a través de las agravantes ordinarias. Cuando en alguna Sentencia nos referimos a una duración notoria y persistente expresamos que el quebranto de la integridad moral que exige el tipo como resultado debe ser grave, conforme exige el art. 173, sin que requiera que éste quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones. La acción degradante se conceptúa como atentado a la dignidad que, normalmente, requerirá una conducta continuada —que rellene la expresión típica del trato diferenciada del mero ataque—, si bien nada impide que la acción degradante pueda ser cumplida con una acción en la que presente una intensidad lesiva para la dignidad suficiente para la producción del resultado típico.

No se puede presentar un catálogo de conductas susceptibles de ser incluidas en el tipo penal. Pero con una finalidad ejemplificadora en la definición del maltrato degradante, la STEDH 18-1-78 (JUR 1978\2), reprobó como degradante cinco técnicas utilizadas por las fuerzas y cuerpos de seguridad, como mantener encapuchados a los detenidos, situarles frente a una pared durante horas, someterles a ruidos monótonos y continuos, no consentirles dormir, privarles de alimentos o agua, restringirles la dieta. Añadiremos por nuestra parte otras conductas que pudieran ser integradas en el trato degradante causante de la perturbación de la integridad moral, como la realización de «novatadas» y, en general, las conductas susceptibles de producir en las víctimas «sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral» (SSTS 819/2002, de 8 de mayo [RJ 2002\6709], y de 29-9-1998 [RJ 1998\7370]) y en este sentido hemos recogido como



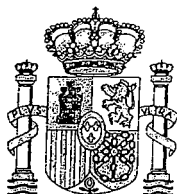
atentatorios a la integridad moral conductas, como desnudar a un detenido y obligarle a realizar flexiones, etc. comportamientos que exceden de la necesidad de la detención con una finalidad envilecedora.

Y esto es precisamente lo que ha ocurrido en el caso de autos ya que tal y como ha quedado probado, "...en fechas no determinadas pero en todo caso comprendidas entre diciembre de 2005 en que el procesado Francisco Javier Pérez Espinosa y la procesada Ana María Cano Fondevilla iniciaron la convivencia en común en el domicilio sito en la calle de la localidad de Montcada i Reixac (Barcelona) y el día 4 de marzo de 2006; el procesado en al menos dos ocasiones y movido por la intención de atentar contra la dignidad de la menor Alba C C hija de su compañera sentimental, la ató fuertemente con un cinturón de albornoz a una de las sillas del comedor poniéndole los brazos por detrás del respaldo, y dado que a Alba no le entraba la comida y la vomitaba al suelo, el acusado con una cuchara recogía sus vómitos y se los metía de nuevo en la boca hasta que conseguía que se los tragara. Igualmente al menos hasta en dos ocasiones el procesado con la intención de atentar contra la dignidad de la menor Alba C C y para obligarla a beber agua le tapaba la boca con un precinto o esparadrapo al que hacía un pequeño orificio en el que introducía una jeringuilla obligándola así a beber agua.

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

Pudiera pensarse que tales actos descritos en el relato fáctico de la presente resolución podrían no ser constitutivos del delito del art. 173. 1 del C. P al quedar absorbidos los mismos en el delito de violencia habitual del art. 173. 2 del citado cuerpo legal. Sin embargo tal tesis no puede prosperar ya que independientemente de los actos de violencia que integran el tipo penal del art. 173. 2 del C. P con el dolor no solo físico sino moral sobre la perjudicada, tales actos descritos llevan consigo la nota de " envilecimiento y humillación" que corresponde al tipo del art. 173. 1 del C. P en los términos que han sido señalados anteriormente.

Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular en sus respectivos escritos de conclusiones provisionales elevados a definitivos en el acto de la vista oral – con las modificaciones que constan en el acta- calificaron tales hechos como de " delito continuado contra la integridad moral". Sin embargo no procedé apreciar en este tipo la continuidad delictiva solicitada y ello porque como ya ha sido señalado al citar la SS del TS 2101/ 2001 de 14 de noviembre, la continuidad delictiva ya va implícita en el tipo ya que " la acción degradante se conceptúa como atentado a la dignidad que normalmente requerirá una



conducta continuada – que rellene la expresión típica del trato diferenciándola del mero ataque- si bien nada impide que la acción degradante pueda ser cumplida con una sola acción en la que presente una intensidad lesiva para la dignidad suficiente para la producción del resultado típico”. Así el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su 23ª edición define trato como acción o efecto de tratar; y remite en tal acepción a “ malos tratos” que define como delito consistente en ejercer de modo continuado violencia física o psíquica sobre el cónyuge o las personas con quien se convive o están bajo la guarda del agresor.

En segundo lugar tampoco es posible la apreciación de dicha continuidad delictiva y ello por aplicación en el caso de autos del principio de legalidad, así el art. 74 apartado 3 del C. P establece que: “ Quedan exceptuados de lo dispuesto en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales salvo las constitutivas de infracciones contra la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo”, y es evidente por tanto que la dignidad de la persona es un bien eminente personal.

2º.- Los hechos declarados probados en el apartado A de los hechos probados de la presente resolución son constitutivos de un delito malos tratos habituales el art. 173. 2 del C. P en concurso real con un delito de lesiones del art. 147 en relación con el art. 148. 3º del C. P y ello por concurrir en la conducta de los acusados los elementos integrantes de dicha figura delictiva.

La acusación particular con respecto a dicho delito solicitó la apreciación de la circunstancia agravante de alevosía del art. 22. 1 del C. P sin embargo tal pretensión es inviable, toda vez que la edad de la víctima – nacida en fecha 21 de enero de 2001 y por tanto de cinco años de edad en la fecha de los hechos.- ya ha sido tenido en cuenta por la acusación particular en su calificación jurídica de los hechos como lesiones del art. 148. 3 del C. P, por lo que su nueva toma en consideración a los efectos de aplicación de la mencionada circunstancia agravante queda proscrita a tenor de lo prevenido en el art. 67 del mencionado texto legal, según el cual: «las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse».(entre otras SSª A. P de Barcelona nº 783/ 1999 de 20 de julio. Sección 2ª).

Si bien ha quedado probado que todas las lesiones consistentes en “ Fractura diafisaria de húmero derecho que precisó para su curación de tratamiento quirúrgico consistente en osteosíntesis mediante enclavado flexible con agujas



TENT. A la gammagrafía ósea se detectó hipercaptación húmero derecho, cresta ilíaca derecha y arco costal 11 izquierdo compatibles con procesos agudos o recientes. Equimosis múltiples en la espalda. Equimosis en cara y arañazos en cuello fueron causadas por el procesado FRANCISCO JAVIER PÉREZ ESPINOSA por las agresiones que éste movido por la intención de menoscabar la integridad física de la menor Alba C C dirigía a ésta, agresiones de las que era perfectamente conocedora la acusada ANA MARÍA PÉREZ ESPINOSA al advertir las heridas que presentaba la menor y la situación en que se encontraba y pese a ello no adoptó decisión alguna para evitar el comportamiento del procesado poniendo con ello en grave peligro la integridad física de su hija menor de edad.

No obstante unicamente procede la condena por la lesión consistente en "fractura diafisaria de húmero derecho" producida en fecha 18 de diciembre de 2005 y no las causadas en fechas anteriores dado que la acusación particular en el apartado B) de la conclusión primera se refiere a las mismas como "hipercaptació de cresta ilíaca dreita i arc costal 11 esquerra degut a fractures anteriors d'aquests osso, les quals no consten anteriorment diagnosticades, detectantse també equimosis múltiples a l'esquena i cara amb excoriacions cervicals i ferida a l'orella en diferents estadis d'evolució tot això ocasionat per les agressions que l'acusat el Sr. Francisco Javier Pérez Espinosa que amb ànim de menoscabar la integritat física de la menor infringia sobre aquesta sempre com ya hem dita mb coneixement de l'acusada la Sra. Ana Cano". Con dicha redacción de la conclusión primera apartado B) califica los hechos como un delito de violencia doméstica habitual previsto y penado en el art. 173. 2 párrafo 2º y un delito continuado de lesiones del art. 148. 3 del C. P en relación con el art. 74 del mismo cuerpo legal.

No obstante dicha calificación jurídica no es correcta dado que tratándose de delito de lesiones no cabe la continuidad delictiva del art. 74 del C. P. en este sentido declara la SSª TS nº 404/ 2007 de 8 de mayo, Pte. Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis en su fundamento de derecho noveno que "El motivo no puede prosperar porque el delito continuado, al que se refiere especialmente el art. 74 del Código Penal, cuya infracción aquí se denuncia, no puede apreciarse cuando las conductas penalmente punibles constituyan ofensas a bienes eminentemente personales, como, con toda evidencia, sucede con el delito de lesiones, dado que el bien jurídico protegido por las correspondientes figuras penales de este delito no es otro que la integridad de las personas, bien incuestionablemente personal". A mayor abundamiento debemos decir que dicha continuidad delictiva aparece expresamente prohibida en la actual redacción del art. 173. 2 del C. P en su último párrafo dispone "... sin perjuicio



de las penas que pudieran imponerse a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

Por lo expuesto no procede la condena por el delito continuado tal y como ha sido formulada por la acusación particular, sino únicamente por un delito de lesiones del art. 147 en relación con el art. 148. 3 del C. P. sin que el Tribunal pueda pese ha haber declarado probado que fue el acusado el que causó en fechas anteriores al 18. 12. 2005 las lesiones consistentes en hipercaptación húmero derecho, cresta ilíaca derecha y arco costal 11 izquierdo compatibles con procesos agudos o recientes. Equimosis múltiples en la espalda. Equimosis en cara y arañazos en cuello, y que de tales agresiones era perfectamente conocedora la acusada Ana María Pérez Espinosa; ya que de hacerlo se estaría vulnerando el principio acusatorio que rige nuestro proceso penal.

En este sentido cabe citar SSTS nº 609/ 2005 de 12 de mayo la cual declara que: “Tanto la doctrina de esta Sala, como la del Tribunal Constitucional, tienen establecido que el principio acusatorio supone que la acusación debe ser totalmente precisa tanto respecto al hecho imputado como a su calificación jurídica, siendo asimismo necesario que la sentencia sea congruente con la acusación, debiendo someterse a los límites marcados por ésta, no sólo en cuanto a los hechos que se imputan, sino también en cuanto a la calificación jurídica de los mismos. En este sentido, recuerda la STS de 28 de enero de 1994 (RJ 1994\616) en la que se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual, la Constitución (RCL 1978\2836) establece un complejo de garantías íntimamente vinculadas entre sí –principio acusatorio, de contradicción y defensa y prohibición de la indefensión– lo que se traduce en la exigencia de que entre la acusación y la sentencia exista una relación de identidad del hecho punible, de tal forma que la condena recaiga sobre los hechos que se imputan al acusado como configuradores de la ilicitud, punibilidad y responsabilidad criminal, de manera que el debate procesal vincula al juzgador, impidiéndole que pueda exceder de los términos en que ha sido formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de la misma y sobre los cuales el acusado no haya tenido oportunidad de defenderse a no ser que el Tribunal sentenciador los haya introducido en el debate por el cauce al efecto establecido en el art. 733 de la Ley Procesal Penal (LEG 1882\16).... Planteada la cuestión en los términos antedichos, debemos recordar el criterio de esta Sala según el cual, el ámbito del proceso, y concretamente el de la sentencia que pone fin al mismo, viene marcado por la calificación definitiva de la acusación, tanto jurídica como fácticamente, lo que, a su vez, significa que el debate procesal contradictorio debe recaer sobre la calificación jurídica de lo que es el objeto del proceso, de manera tal que el acusado tenga la oportunidad real y efectiva de defenderse



no sólo sobre la realidad de los hechos que le imputa la acusación en sus conclusiones definitivas, sino también sobre las calificaciones jurídicas derivadas de esos hechos que afecten su ilicitud y a su punibilidad (véase STS de 15 de marzo de 1997 [RJ 1997\2329]).

A mayor abundamiento debemos decir que es doctrina del T. S en relación al principio acusatorio reiterada en numerosas ocasiones que el principio acusatorio, en su vertiente de congruencia entre la acusación y el fallo y por tanto de la vinculación del órgano judicial a los términos de la acusación, que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por tanto, haya podido defenderse, entendiéndose por "cosa" en este contexto tanto un concreto devenir de acontecimientos, un factum, cuanto la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos.

En un sentido similar si bien referido a un delito continuado de agresión sexual se refiere entre otras la SSTS 938/ 2004 de 12 de julio , en donde consta textualmente: " ...Empezando por la última, hay que decir que, en efecto, tanto la acusación pública como la particular calificaron tanto provisional como definitivamente los hechos referidos a María Rosario como un delito continuado de agresión sexual (violación), por el que solicitaron la pena de 15 años de prisión, y que la Sala no recurrió al planteamiento de la «tesis» del art. 733 de la LECrim.

En la sentencia se convirtió un delito continuado, previsto en el art. 179 del CP, en relación con los arts. 192 y 74 del mismo texto legal, en diez delitos del art. 179 en relación con el art. 192 del CP. Fueron aplicadas diez penas de quince años de prisión cada una, en vez de una sola de quince años (más la accesoria de inhabilitación absoluta) interesada por las acusaciones.

A pesar de la limitación penológica contenida en el art. 76 del CP (triplo de la más grave, sin que pueda exceder de 20 años), hay que considerar conculcado el principio acusatorio, en la medida en que el acusado (STC núm. 35/2004, de 8 de marzo [RTC 2004\35]) no ha tenido conocimiento oportuno, ni consiguientemente ha podido discutir contradictoriamente el contenido de su acusación, porque es a través de las conclusiones (hecho y calificación) como se configura el debate procesal que ha de sustanciarse con las garantías de contradicción y defensa ".

En el caso de autos la acusación particular en sus conclusiones definitivas calificó el hecho descrito en su conclusión primera B) como un delito de violencia doméstica habitual del art. 173. 2 del C. P en relación con un delito continuado de lesiones del art. 148. 3 del C. P en relación con el art. 74 del mismo texto legal.



Ciertamente el acusado, pudo defenderse sin traba alguna de los hechos que se le imputaban, como así hizo ya que fue objeto de debate todas las lesiones que se diagnosticaron al practicar a la menor Alba C. C. la gammagrafía osea, que el Tribunal no altera, pero excluida como se dijo la continuidad delictiva en el delito de lesiones, el Tribunal no puede calificar los diversos actos de violencia ejercidos por el acusado con conocimiento de la procesada como diversos delitos del art. 147 en relación con el art. 148. 3 o faltas del art. 617 1 y/ o 2 delo C. P, porque en caso de hacerlo se hubiere privado a los acusados de defenderse de la diferente calificación jurídica que en su caso efecturara este Tribunal en la sentencia (JUR 2005\1592).

Todo lo expuesto no obstante no impedirá apreciar los actos de violencia ejercida para calificar los hechos como delito de malos tratos habituales así como graduar la pena a imponer.

3º.- Los hechos declarados probados en el apartado C de los hechos probados de esta resolución son constitutivos de un delito de malos tratos habituales del art. 173. 2 del C. P en concurso real con un delito de lesiones del art. 149 del C. P, ya como consecuencia de tales hechos Alba C. C. sufrió lesiones consistentes en hematoma sudural masivo, que produjo un estado de coma, hipertensión endocraneal, edema cerebral observándose afectación de hemisferio izquierdo precisando intervención quirúrgica urgente: craneotomía descompresiva durante la cual presentó parada cardiorespiratoria que precisó de reanimación cardio respiratoria durante 40 minutos. Posteriormente presentó entre otras lesiones: hipoxia- isquemia, herniación encefálica a través de orificio de craneotomía parietal izquierda. En la evolución de tales lesiones se presentaron diversas complicaciones siendo de destacar: respiratorias: necesidad de respiración asistida con mejoría progresiva, atelectasia pulmonar derecha, necesidad de traqueostomía, parálisis bilateral de cuerdas vocales, condensaciones pulmonares bilaterales; neurológicas: nivel de conciencia oscilante, tetraparesia espástica severa moderada con predominio en hemicuerpo derecho, posible hemiapnosia homónima de campos visuales izquierdos, parálisis facial... pérdida del lenguaje verbal; neuroquirúrgica: intervenciones quirúrgicas para cierre de craneostomía con placa de titanio para posterior retirada de la misma, para colocación de derivación ventriculoperitoneal; hemodinámicas; renales: rabdomiolisis; infecciosas; hematológicas; dermatológicas y fiebre de origen central.

A causa de dicho traumatismo la menor Alba C. C. precisó ingreso hospitalario desde el 4 de marzo de 2006 hasta el 6 de junio de 2006 que se realizó en UCI pediátrica desde el 5 de marzo de 2006 hasta el 7 de abril de 2006 y posteriormente en planta desde el 7 de abril de 2006 hasta el 6 de



junio de 2006. Precisó nuevo ingreso hospitalario desde el 5 de julio de 2006 hasta 17 de julio de 2006 para nueva intervención quirúrgica realizado desbridamiento de la herida quirúrgica. Precisó nuevo ingreso hospitalario desde el 1 de octubre de 2006 a 4 de octubre de 2006 por presentar neumonía.

Como consecuencia de tales lesiones la menor Alba C: C presenta en la actualidad las importantes lesiones que se describen en el apartado de hechos probados contenidos en esta resolución.

El Ministerio Fiscal no obstante califica los hechos como constitutivos de un delito de asesinato en grado de tentativa previsto y penado en el art. 139 1º en relación con el art. 16 y 162 del C. P concurriendo la agravante de lugar del art. 22 2 del C. P.

No comparte no obstante la Sala la calificación jurídica del Ministerio Fiscal y sí la de la acusación particular, que califica los hechos como delito de lesiones del art. 149 del C. P.

El «animus necandi» y su diferenciación con el «animus laedendi» no plantea, en líneas generales, ningún problema en términos doctrinales pero sí, y con frecuencia difíciles en el ámbito probatorio. Por pertenecer a la esfera íntima del sujeto hay que inferirlo de datos objetivos que contribuyen a formar la convicción del Tribunal.

La doctrina del Tribunal Supremo destaca como elementos más relevantes, aunque no de apreciación exclusiva, a los efectos de constatar la concurrencia del «ánimo de matar», la peligrosidad del arma empleada, el número e intensidad de los golpes, la zona del cuerpo afectada, así como la gravedad de la lesión ocasionada. (Entre muchas SSTS 17 de enero de 2000 (RJ 2000\717) y 26 de julio de 2000 (RJ 2000\7921).)

En el caso de autos este Tribunal descarta la intención de matar, en el hecho de que como ya había ocurrido en ocasiones anteriores la intención del procesado era únicamente la de atentar contra la integridad física y dignidad de la menor, el intenso y brutal zarandeo al que sometió a la menor no era previsible que pudiera ocasionar la muerte de ésta, lo cual no impide la apreciación del dolo eventual en el delito de lesiones; no se apreciaron en la menor lesiones causadas con ningún instrumento y lo más significativo para descartar dicho ánimo de matar es el hecho de que una vez apreciado por el procesado que la menor Alba C C está inconsciente, la coge en brazos y la lleva inmediatamente al Centro de Atención Primaria (CAP) de Montcada i Reixach a fin de ser asistida de sus lesiones.

Como se dijo el delito de lesiones le es imputable a título de dolo eventual. Así la reciente sentencia del Tribunal Supremo 446/ 2007 de 24 de mayo declara



que "Es asimismo doctrina de esta Sala (Cfr. Sentencia 514/2004, de 19 de abril [RJ 2004\2819]) que el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo -asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva "querer" el resultado- el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual. Esta Sala, en su evolución, ofrece un punto evidente de inflexión en la sentencia de 23 de abril de 1992 (RJ 1992\6783) (conocida como "caso de la colza"), en la que se afirma que "si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que -con diversas intensidades- ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. En la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que, a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo, se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se apercibe en la teoría del dolo eventual". Añade dicha sentencia que "la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor. En el caso actual la intensidad y brutalidad del zarandeo, la zona vital afectada por el mismo y la fragilidad insita en una niña de cinco años permiten inferir racionalmente que el acusado la golpeó aceptando y conociendo el riesgo de producirle importantes lesiones como así efectivamente ocurrió.

Dolo eventual también imputable a la procesada dado que ésta conocía suficientemente el peligro concreto en que se encontraba su hija cuando estaba a solas con el acusado, y pese a ello actúa conscientemente permitiendo tal situación, en definitiva la procesada sabe lo que hacía y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que ha colocado deliberadamente a la víctima.



4º.- Los hechos declarados probados en el apartado D) del relato de hechos probados contenidos en esta resolución son constitutivos de un delito de malos tratos habituales previsto y penado en el art. 173. 2 del C. P.

Como dice la SsTS 409/2006 (RJ 2006\1952), 1159/2005 de 10 de octubre (RJ 2005\7070) y 261/2005 de 28 de febrero (RJ 2005\7470), la situación muy grave, intolerable, en que se encuentran las personas más débiles del hogar frente a quienes ejercen habitualmente violencia física -también la psíquica debe contar- fue puesta de relieve por todos los sectores sociales, motivando que la LO 3/89 (RCL 1989\1352) con propósito merecedor de todas las alabanzas creara un tipo penal en el capítulo de las lesiones, art. 425, para castigar "al que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, "recogiendo en la Exposición de Motivos de esta Ley que se justifica la reforma" al responder a la deficiente protección de los miembros más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticas más agresivas de otros miembros del mismo, sancionando los malos tratos ejercidos sobre el cónyuge cuando a pesar de no integrar individualmente consideradas más que una sucesión de faltas se produce de un modo habitual".

El nuevo Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) en su art. 153 con el mismo buen propósito ya referido de la reforma de 1989 mantiene la figura penal con algunas mejoras técnicas y un endurecimiento de la penalidad "el que habitualmente ejerce violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieran o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare".

Este artículo fue modificado por las Leyes Orgánicas 11 y 14/ 99 de 30 de abril (RCL 1999\1115) y de 9 de junio (RCL 1999\1555) de modificación del CP en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas -Exposición de Motivos- ha introducido diversas reformas tanto en el CP como en la LECrim (LEG 1882\16) por LO. 11/2003 de 29.9 (RCL 2003\2332), integrándolo en el art. 173.2 y 3.

Por lo que se refiere al tipo del art. 173 estas son:

a) El sujeto pasivo ha de guardar una relación especial con el agente -que puede ser tanto hombre como mujer- y amplía el mismo: así en relación a la



convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia more uxorio al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca situaciones en que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquella, los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela acogimiento o guarda de hecho o de derecho de uno u otro.

b) Se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la física y ahora se extiende también a la violencia psíquica.

c) Se da una definición legal de habitualidad que se vértebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y, finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior, la habitualidad, término de clara raíz criminológica viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la concurrencia de los elementos citados que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada.

Como conclusión de este breve resumen legislativo puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del art. 173 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo CP.

En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su inicial ubicación sistemática dentro del título III del CP, relativo a las lesiones, siempre se declaró que el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atender el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, art. 10, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos y degradantes -art. 15- y en el derecho a la seguridad -art. 17- quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39.

Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud y no solo como un



mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria, pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de estas y de las propias víctimas.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

La STS 927/2000 de 24 de junio (RJ 2000\5792) realiza un detenido estudio de las características y funciones del art. 153 CP (actual 173) que penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable y su doctrina debe complementarse por otras sSTS 645/99 de 29 abril (RJ 1999\3332), 834/2000 de 19 de mayo (RJ 2000\4896), 1161/2000 de 26 de junio (RJ 2000\5801) o 164/2001 de 5 marzo (RJ 2001\1304). La violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar. Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 153 (hoy 173) es lo que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito (se estaría en un supuesto de concurso de delitos, art. 77, y no de normas) ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia.

Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivos de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no solo por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata



de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia.

Finalmente en cuanto a la habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física 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 si 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.

Esta es la postura más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multirreincidencia en falta de malos tratos -lo que podría constituir un problema de "non bis in idem"- 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 en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

TERCERO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Debido a que el Ministerio Fiscal y la acusación particular imputan a los acusados hechos diferentes presuntamente ocurridos en fechas distintas y constitutivos de los delitos que son objeto de acusación, razones de sistemática aconsejan analizar la prueba practicada diferenciando entre cada uno de los citados hechos y fechas.

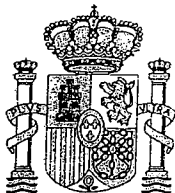
1º.- En cuanto a los hechos presuntamente ocurridos en fecha 18 de diciembre de 2005 y fechas anteriores. (Delito de malos tratos habituales del art. 173. 2º del C. P en concurso real con un delito de lesiones del art. 147 en relación con el art. 148. 3º del C. P).



El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, tienen reiteradamente declarado que para que pueda dictarse una sentencia condenatoria, es preciso que la prueba de cargo sea obtenida con todas las garantías legales y habiéndose dado lugar a los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción.

En el presente supuesto se ha dado lugar a todos estos principios y en cuanto al material probatorio que ha permitido llegar al convencimiento moral de la realidad de los hechos, venciendo así el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24. 2 de la Constitución Española, puede citarse fundamentalmente : En primer lugar el informe de asistencia del Hospital Vall d'Hebron en donde consta " en fecha 18. 12. 2005 es traída a urgencias por traumatismo braquial D tras caída casual de la cama según refieren los acompañantes" y de los informes médicos forenses obrantes en las actuaciones a los folios 199 y 200 y folios 1869 y siguientes y que fueron ratificados en el acto de la vista oral, en donde se describen las lesiones que presentaba la menor Alba C C en fecha 18 de diciembre de 2005 cuando fue ingresada en el Hospital Materno Infantil Vall d'Hebrón de Barcelona.

A lo largo de la Instrucción y preguntada por estos hechos la procesada Ana Maria Cano Fondevilla va dando distintas versiones. Así en fecha 1 de febrero de 2006 en su declaración (folio 72) como denunciante y ante la denuncia que interpuso la misma contra su ex marido el Sr. Alvaro Luis Caldas manifestó que: " Álvaro se llevó a Alba el día 16. 2. 2005 desde Terrassa porque no quiere que sepa su domicilio actual. Que el día 18 - domingo- Alvaro la llama por teléfono y le dice que le va al llevar a la niña y que no se encontraba bien y cuelga el teléfono. Que la tarde de ese día Álvaro le trae a la niña con la ropa, se da la vuelta y se va en el coche. Que Alba esta llorando y dice que le duele el brazo derecho. Que le preguntó a su hija si se había golpeado diciéndole que no. Que le preguntó que le había pasado en el brazo respondiéndole que no le había pasado nada. Que cuando le quitó la ropa pudo ver que a la altura del hombro lo tenía inflamado por lo que la llevó al ambulatorio de Montcada de Urgencias que de allí la llevaron en ambulancia al Vall d'Hebron. Que en todo esto Alba le decía que no había pasado nada. Que en el Vall' Ebron al desnudarla le pudo ver moratones por el cuerpo en la espalda y en las piernas. Que le preguntó a Alba por esos moratones respondiéndole que se había caído en el parque. Que quedó ingresada constatando que tenía el húmero roto y equimosis a nivel de la espalda. Que en el Hospital dos enfermeras le han manifestado que le habían preguntado a Alba por las lesiones, diciendo una de ellas que le había dicho que se había caído de la cama y otra que su padre le había retorcido el brazo".

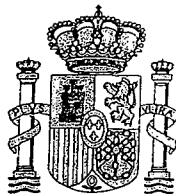


Dicha declaración como se dijo la prestó la hoy acusada en virtud de la denuncia que interpuso en su día contra su ex marido Alvaro Luis Caldas por un presunto delito de malos tratos y abusos sexuales. Denuncia que dió lugar a la incoación de Diligencias Previas nº 178/ 2996 ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Fraga obrantes a los folios 1050 a 1145, siendo sobreseidas en virtud de auto obrante al folio 1103.

De nuevo en su declaración en sede policial a los folios 31 y siguientes de las actuaciones y preguntada por los hechos del día 18 de diciembre de 2005 manifestó: " Que como ya respondió en su momento ante el Cuerpo Nacional de Policía de Montcada i Reixach esas lesiones se las produjo el padre biológico de la niña, el Sr. Álvaro Luis Calas Almuster. Que la declarante se ratifica en esas declaraciones y manifiesta que en esta ocasión Francisco Javier no tuvo nada que ver".

En su declaración en sede de instrucción en fecha 13. 3. 2006 al folio 359 y preguntada por las lesiones de Alba de fecha 18. 12. 2005 manifiesta que " el viernes 16 de diciembre y sobre las 20: 00 horas se dirigió en compañía de Alba y Francisco Javier al hotel Don Cándido de Terrassa a fin de hacer entrega de su hija a su padre... que en el momento de hacer la entrega de su hija quedaron en que en el mismo sitio la recogería el domingo a la 8 de la tarde... que Alvaro Luis le devolvió a la niña sin darle ninguna explicación y su hija se quejaba del brazo. Que llevó a su hija primero al ambulatorio de Montcada y despues al hospital Vall d'Ebron viendo la declarante que llevaba moratones....".

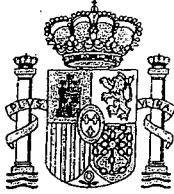
Igualmente el procesado Francisco Javier Pérez Espinosa respecto de las lesiones que presentaba Alba el día 18 de diciembre de 2005 trata en un primer momento de imputárselas al padre biológico de la menor. Así en su declaración judicial al folio 215 declara que " las lesiones que presentaba la niña en el mes de diciembre las observaron después de estar con su padre biológico y que el mismo día la llevaron a un centro de asistencia...". En igual sentido declara en el acto de la vista oral que " el 18 de diciembre de 2005 ya convivía con ella - refiriéndose a la procesada-, Alba ese fin de semana estuvo con su padre que cree que vive en Huesca, ese fin de semana no vió a Alba, no estuvo presente cuando el padre devolvió a Alba a su madre, ni tampoco cuando ésta se la entregó a su padre... cuando vió a Alba estaba blanca y la llevaron al ambulatorio donde se diagnosticó fractura de húmero, No le rompí el brazo , no hice nada a Alba ni vió a la acusada que hiciera algo a Alba..." Posteriormente el acusado en el acto del juicio oral se contradice, no ya con la intención de dirigir la responsabilidad de tales lesiones hacia el ex marido de la acusada, sino de dirigir tal responsabilidad a la procesada - todo ello claro está en el ejercicio legítimo de su derecho de defensa-. Así en el acto



de la vista oral manifestó " en fecha 18 de diciembre de 2005 no tiene constancia que ese fin de semana Alba estuviera con su padre biológico en Huesca..." y en otro momento de su declaración manifiesta " el 18 de diciembre de 2005 la acusada le dijo que se iban todo el fin de semana con unas amigas, y no le preguntó a donde ni con quien iba...". Lo cual desde luego no es cierto ya que de ser así la defensa de los imputados hubieran traído a juicio a las personas que presuntamente pasaron el fin de semana con la menor Alba, facturas de los hoteles en donde se hubieran alojado, facturas de restaurantes en donde hubieran comido...

Es evidente que ambos procesados faltan a la verdad de lo realmente ocurrido el fin de semana del 16 a 18 de diciembre de 2005, y ello es así porque el testigo Alvaro Luis Caldas Almuster (padre biológico de Alba) tanto en sede judicial a los folios 760 y ss tomo III como en su declaración en el plenario manifiesta que " el día 18 de diciembre de 2005 no estuvo con Alba. Que el día 16 de diciembre estuvo trabajando, el día 17 que era sábado fue a la compra y estuvo en su casa y el día 18 domingo fue de compras de regalos de Navidad con su actual pareja; que después le llamó la acusada y le dijo que Alba se había caído de la cama y el día 20 de diciembre fue al Hospital a ver a la niña que no había visto mas o menos desde el verano...".

Igualmente la menor María Teresa P A - cuya credibilidad será examinada en los fundamentos de derecho posteriores.- en la diligencia de exploración judicial que ha sido reproducida en el acto de la vista oral mediante el visionado del CD y preguntada por estos hechos manifestó: "... jugando en su habitación Alba se dió un golpetazo en la cama con los muelles y fueron corriendo al comedor en donde su papá y Ana María estaban sentados en el sofá jugando a las cartas... y tenías que hacerle así para subirle la mano (hace el gesto de subirle el brazo) y entonces la llevaron al ambulatorio...". Dicha declaración pone en efecto de manifiesto que ambos procesados faltan a la verdad al manifestar que en fecha 18 de diciembre de 2005 Alba se encontraba en Huesca con su padre biológico, o como dice el procesado en un momento posterior Ana María pasó ese fin de semana con unas amigas; ya que ha quedado probado que se encontraba en el domicilio sito en la calle Besos nº 44 de la localidad de Motcada i Reixach, y que fue en efecto el procesado en presencia de la acusada Ana María la que le rompió el brazo, al haber declarado en tal sentido los doctores Rodríguez Mayorga y Huguet Rámia ratificando su informe obrante a los folios 2635 y siguientes que la " fractura del brazo, es una fractura oblicua que requiere una torsión, es imposible se que produzca por una caída accidental dado que lleva consigo un componente traumático intenso por torsión".



Por todo lo expuesto ha quedado probado que el fin de semana del día 16 a 18 de diciembre de 2005 la menor Alba C. C. no estuvo en compañía de su padre biológico Álvaro Luis Caldas, sino que lo estuvo en compañía de los procesados.

Una vez acreditado por tanto que tales lesiones no fueron causadas por el Sr. Alvaro Luis Caldas, los procesados trataron de imputar tales lesiones a un accidente fortuito como es una caída de la cama. Así en el folio 235 consistente en el informe del hospital Vall d'Hebron de fecha 21. 12. 2005 emitido por el doctor Francisco Soldado Carrera, en el apartado enfermedad actual se hace constar: " 18. 12. 2005 es traída a urgencias por traumatismo braquial D tras caída casual de la cama según refieren los acompañantes". En igual sentido el testigo José Tomás G. M. que trabajó como carpintero en el domicilio de los acusados desde finales de enero hasta el 5 de marzo de 2006 manifestó en el acto de la vista oral que " vió a Alba con el brazo escayolado y moratones en la cara, preguntó por el brazo a la madre y esta le dijo que se había caído.." En cualquier caso ha resultado probado que la fractura diafaria del húmero derecho pueda ser producida por una caída de la cama ya que como informan los doctores Rodríguez Mayorga y Huguet Ramia: " se trata de una fractura oblicua que requiere una torsión, no se produce por una caída accidental puesto que hay un componente traumático intenso por torsión".

Excluido por tanto que la autoría de tales lesiones fuera una caída accidental de la cama, o que su autor fuera el padre biológico de Alba; la procesada - en el ejercicio legítimo de su derecho de defensa- trata de buscar el origen de tales lesiones en el propio comportamiento y conducta de Alba a la que califica de " movida e hiperactiva", alegando que la pegaban en el colegio un tal Cristian y que al ser delgada se caía mucho. Así en su declaración en sede judicial al folio 220 manifiesta que "... que su hija se le cayó en el parque el jueves pasado y también sabe que la pegan en el colegio, que la niña al estar tan delgada se cae fácilmente... que veía que tenía hematomas y arañazos pero que como se caía mucho nunca sospechó que la tuvieran que maltratar... que la niña tenía rasguños en la barbilla y por eso pidió una cita con la profesora y le manifestó que no se la podía dar porque se iban de colonias..." Igualmente en su declaración judicial al folio 359 declara que "... los moratones que habitualmente presentaba su hija se los causó según le contó la propia Alba en el colegio por lo que tenía solicitada cita con María Carmen profesora de Alba para que le diera explicaciones por estos hechos... que se postpuso en dos ocasiones el encuentro con la maestra la primera por motivos de salud de la maestra y la segunda por que se iban de colonias... que su hija en el Tibidabo no se hizo ninguna lesión o daño... que su hija tenía un rasguño en la barbilla y un moratón en el moflete que según le dijo Alba se lo había



hecho un niño llamado Cristian en el colegio..." . Por su parte en el acto de la vista oral manifiesta que " Alba estaba diagnosticada de hiperactividad y déficit de atención lo que hacía que fuera una niña bastante activa y alguna vez se caía y se daba golpes sola..." Sorprendiendo que declare en el acto de la vista oral al contrario de lo manifestado en sede de instrucción que " no vió hematomas ni cardenales en Alba", al contrario que el procesado el cual en el plenario manifiesta que " en ocasiones vió hematomas en la cara y falta de pelo en Alba y la acusada le dijo que la pegaban en el colegio y que se caía en el tobogán del parque... y que en fecha 4 de marzo de 2006 estuvieron en el bar la Cantonada, él, la acusada, Alba, Maite y también su hermano y su cuñada y éstos últimos le preguntaron por los morados que tenía Alba en la cara y por la falta de pelo y la acusada les dijo que había sido en el colegio y en el tobogán a Alba le preguntó su hermano y le dijo que en el colegio le pegaba un niño que se llamaba Cristian..." Extremos estos corroborados por el testimonio de Cristobal P. E. - hermano del procesado- el cual declara en la vista oral que el día 4 de marzo de 2006 vió un moratón en el ojo a Alba, así como en la frente, pomulo y ceja y una calva en la cabeza y le preguntó a la acusada y ésta le dijo que había sido un niño llamado Cristian que pegaba a Alba en el colegio y que era una niña que se caía mucho y que la semana pasada se había caído de un columpio y que ya había pedido hora para hablar con la profesora....".

Sin embargo tales declaraciones exculporias carecen del mas mínimo dado que permitan tenerlas por probadas .

En primer lugar debemos poner de manifiesto que la menor Alba C. C. comenzó a acudir al colegio El Viver en fecha 25 de enero de 2006, por lo que las lesiones que presentaba y que por los imputados son debidas a las agresiones que sufría en el colegio debieron producirse a partir de dicha fecha. No obstante la acusada en su declaración al folio 357 y 359 manifiesta que "... a raíz de irse a vivir con Francisco Javier su hija Alba de manera frecuente estaba triste y lloraba, que su estado diario era de tristeza la niña no reía y en ocasiones a parte de este comportamiento lloraba sin motivo y se ponía a gritar... que este curso escolar, coincidente con el período que inicia su relación y convivencia con Francisco Javier es cuando le llama la atención que su hija presente recuentemente moratones...". De dicha declaración se desprende por un lado que desde noviembre de 2005 en que la procesada inicia su relación sentimental con el acusado y comienzan a convivir a partir de diciembre de 2005 el comportamiento de Alba era triste, lloraba sin motivo... lo cual se contrapone con respecto al comportamiento de niña hiperactiva que describe en el acto de la vista oral. En segundo lugar la aparición de los moratones en su hija Alba coincide con el momento en que incia su relación de convivencia con el procesado y no con el inicio del curso escolar, dado que el



inicio de la convivencia dada de diciembre de 2005 y el curso escolar lo inicia Alba en fecha 25 de enero de 2006, esto es dos despues de haber iniciado la convivencia, meses éstos en los que según la propia procesada " le llama la atención que su hija presente frecuentemente moratones".

Por otro lado ese intento de la procesada de achacar los moratones, lesiones... que presentaba su hija Alba al hecho de caerse con frecuencia, peleas con otros niños en el colegio y en particular con uno llamado Cristiana sí como al carácter hiperactivo de Alba ha quedado desvirtuado en base a la prueba practicada en el acto de la vista oral. Así la testigo Sra. M^a Carmen S manifiesta en el acto del plenario que "... su trabajo era de tutora de la clase de Alba, tutora y maestra, en su clase no tenía ningún niño llamado Cristian... Alba era una niña obediente, tranquila, en el patio jugaba con juegos tranquilos, nunca se pegaba con otros niños, ni los otros niños la pegaban a ella.... la acusada no la llamó nunca para hablar con ella sobre si Alba tenía problemas en el colegio". En el mismo sentido la testigo Sra. Montserrat D. G en su calidad de directora de el colegio El Vivier al que acudía Alba manifestó en la vista oral que: "... empezó las clases el 25 de enero de 2006, se inscribió antes pero no pudo ir porque se rompió el brazo, que el día que la niña fue al colegio por primera vez vió que la misma tenía un chichón en la cabeza le preguntó a la madre y le dijo que se había caído que la niña se caía mucho... no le consta que Alba fuera una niña conflictiva, no le consta que los niños del colegio pegaran a Alba, su aspecto era de una niña muy delgadita y muy rapada y le dijo su madre que se lo había rapado porque en el otro colegio había tenido un problema de piojos, había un niño en el colegio llamado Crisitian pero no le consta que fuera un niño conflictivo...."

Por todo lo expuesto y excluído que la autoría de tales lesiones fuera una caída accidental de la cama, o que su autor fuera el padre biológico de Alba, así como que las lesiones que presentaba Alba desde el incicio de la convivencia con el procesado fueran debidas a su hiperactividad, caídas por parte de Alba, golpes que se diera sola, o que desde 24 de enero de 2006 le fueran causadas en el Colegio El Viver por otros niños; solo queda concluir que el autor material no solo de hipercaptación húmero derecho, sino tambien de la hipercaptación cresta ílfaca derecha y arco costal 11 izquierdo, equímosis múltiples en espalda, en cara y arañazos en cuello fuere el procesado FRANCISCO JAVIER PÉREZ ESPINOSA que con intención de atentar contra la integridad física de la menor Alba agredía a ésta en distintas ocasiones, todo ello con conocimiento de la procesada Ana María Cano que pese a advertir las heridas que presentaba la menor no adoptó decisión alguna para evitar el comportamiento del procesado poniendo de esta manera en grave peligro la integridad física de su hija menor de edad.



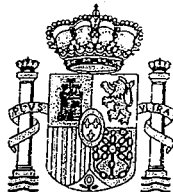
A dicha conclusión se llega no solo en atención a todo lo expuesto anteriormente, sino por todos los indicios que resultan de las declaraciones de la procesada tanto en fase de instrucción como en el acto de la vista oral a preguntas de su defensa. Como ya se ha expuesto el procesado Francisco Javier Pérez Espinosa niega en todo momento haber agredido a la menor Alba Caldas Cano. Igualmente la procesada Ana María Cano Fondevila en el acto de la vista oral manifiesta que " nunca ha visto al acusado pegar a Alba ni maltratarla... en dos o tres ocasiones el coacusado se quedaba a solas con Alba y ésta la llamaba a ella dentro de la casa estando en estancias diferentes, se lo comentó a Francisco Javier pero no le dió mucha importancia, se fiaba de Francisco Javier, no observó morados ni cardenales en la niña en las últimas ocasiones....". En su primera declaración en sede judicial al folio 219 y ss de las actuaciones la procesada Ana María Cano Fondevilla manifiesta que "... nunca ha visto que su compañero pegara a su hija, pero sabe que su hija tenía miedo pero no sabe porque... que sabe que a su hija la pegan en el colegio y que al estar tan delgada se cae facilmente... que desde principios de diciembre vive con su compañero. Que cuando ha estado a solas con la niña su compañero, la declarante también estaba en el domicilio. Que a veces se encontraba la declarante en el domicilio y veía como Alba gritaba y lloraba estando en la habitación con su compañero con la puerta cerrada, que en el cole le habían dicho que a la niña la pegaban y se dejaba pegar, que veía que tenía hematomas y arañazos pero como se caía mucho nunca sospechó que la tuvieran que maltratar... que antes cuando vivía en Viladecans la niña también tenía hematomas pero no tanto como ahora, ni tan seguidos, que la niña tenía rechazo a su compañero....." En sede judicial al folio 356 y ss. De las actuaciones manifiesta entre otros extremos que ".... conoció a Francisco Javier en septiembre de 2005 viéndole a diario y su hija Alba únicamente los fines de semana. Que a raíz de irse a vivir con Francisco Javier su hija Alba de manera frecuente estaba triste y lloraba. Que su estado diario era de tristeza, la niña no se reía y en ocasiones a parte de este comportamiento, lloraba sin motivo aparente y se ponía a gritar. Igualmente reclamaba la atención constante por parte de la declarante, queriendo que jugara con ella y que la acompañara dándole la mano hasta que se quedaba dormida... Que Francisco Javier se metía en la habitación de la niña y que cuando ella le preguntaba para que se metía explicaba que su intención era jugar. Que estando en esta situación es cierto que oyó a la niña gritar que esto sucedió en tres ocasiones, que no le dió importancia ya que la niña gritaba con frecuencia como ha explicado.... que Francisco Javier le reprochó que le llamara la atención por ello y le dijo que no le hacía ningún daño a la niña y que simplemente estaba jugando con ella ante lo que ella le dijo que si querían jugar que lo hicieran en el comedor...que los moratones que habitualmente presentaba su hija se los causó según le contó la propia Alba en el colegio...



que el año pasado su hija Alba curso estudios en un colegio de Viladecans sin que le llamara la atención durante el curso que su hija se produjera lesión alguna: Que este curso escolar coincidente con el período en que inicia su relación y convivencia con Francisco Javier es cuando le llama la atención que su hija presente frecuentes moratones...”

Descartado como se dijo que las lesiones que presentaba Alba fueran causadas por su padre biológico, por caídas de ella misma o en el colegio con peleas con otros niños; es evidente que estas eran producidas por el procesado el cual movido por el propósito de atentar contra la integridad física de la menor acudía a la habitación de ésta y allí la agredía lo que provocaba que Alba gritara y llorara llamando a su madre, la cual en un primer momento acudía a su llamada, si bien continuó consintiendo a lo largo del tiempo y sin hacer nada para impedirlo que el procesado se quedara a solas con la niña sabiendo como sabía que aprovechaba tales ocasiones para golpearla y agredirla, como demuestra el hecho de que las lesiones que presentaba Alba consistentes en moratones, hematomas, caída de pelo.... se comenzaron a producir desde el momento mismo en que la procesada comienza su relación sentimental con el acusado y posteriormente en diciembre de 2005 inicia su convivencia con él en el domicilio sito en la calle Besós nº 44 de la localidad de Montcada i Reixach.

Como se dijo anteriormente el acusado no solo causó en la menor Alba en fecha 18 de diciembre de 2005 la fractura diafisaria de húmero derecho que precisó tratamiento quirúrgico, sino también la hipercaptación en cresta ilíaca derecha y arco costal 11 izquierdo compatible con procesos agudos o recientes que fueron diagnosticados con la gammagrafía ósea, así como las equimosis múltiples en espalda, cara y arañazos en el cuello. Si bien es cierto tal y como ponen de manifiesto los médicos forenses Gabriel Font y María Teresa Marrón Moya el conjunto de hematomas datan de diferentes fechas y en diferentes partes del cuerpo y diferente estadio lo que implica que los había producidos pocas horas antes y otros datarían de fechas atrás. En igual sentido los doctores Rodríguez Mayorga y Huguet Rámia con respecto a los estadios evolutivos de las equimosis tal y como consta en el informe obrante al folio 2643 "dichas equimosis podrían tener desde unas horas a veinte días de evolución según los datos de que disponemos". Teniendo en cuenta que tales equimosis fueron diagnosticadas en fecha 18 de diciembre de 2005, y que los procesados iniciaron su relación sentimental en noviembre de 2005 y de convivencia en diciembre de 2005 y que como declara la procesada "coincidente con el periodo que inicia su relación y convivencia con Francisco Javier es cuando le llama la atención que su hija presente frecuentemente moratones", la única conclusión lógica es que tales lesiones fueron causadas por el procesado. Lo mismo cabe decir respecto de la lesión consistente en la hipercaptación en cresta ilíaca derecha y arco costal 11 izquierdo compatible



con procesos agudos o recientes que fueron diagnosticados con la gammagrafía ósea. En este sentido si bien es cierto que los doctores Rodríguez Mayorga y Huguet Rámia al folio 2642 de su informe manifiestan y así ratifican en el acto de la vista oral que " la captación gammagráfica implica en consecuencia que los traumatismos recibidos son anteriores a la fecha de la fractura, aunque la inespecificidad en cuanto al inicio de la visualización de la hipercaptación y respecto de la persistencia en la misma, impiden establecer la fecha real de dichos traumatismos que puede ser de muchos días atrás". No obstante dicha pericial practicada a instancia de la defensa consta en las actuaciones pericial forense de los doctores Gabriel Font y María Teresa Marrón en sus respectivos informes obrantes a los folios 199- 200 y 277- 278 ratificados en el acto de la vista oral, aclaran que la fractura de la cresta ilíaca – pelvis- y del arco costal 11 – costilla, se encontraban en fase de resolución con callo óseo y que dichas fracturas en todo caso fueron producidas en fechas anteriores al 18 de diciembre de 2005, y por la fase de consolidación en que se encontraban el traumatismo se produjo dos o tres semanas antes del 18 de diciembre de 2005. Todo ello nos lleva a la conclusión anterior en el sentido de que puesto que los procesados iniciaron su relación sentimental en noviembre de 2005 y de convivencia en diciembre de 2005 y que como declara la procesada " coincidente con el periodo que inicia su relación y convivencia con Francisco Javier es cuando le llama la atención que su hija presente frecuentemente moratones", la única conclusión lógica es que tales lesiones fueron causadas por el procesado.

2º.- Delito contra la integridad moral del art. 173. 1 del C. P.

Como se dijo en el apartado anterior el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, tienen reiteradamente declarado que para que pueda dictarse una sentencia condenatoria, es preciso que la prueba de cargo sea obtenida con todas las garantías legales y habiéndose dado lugar a los principios de intermediación, oralidad, publicidad y contradicción.

En el presente supuesto se ha dado lugar a todos estos principios y en cuanto al material probatorio que ha permitido llegar al convencimiento moral de la realidad de los hechos, venciendo así el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24. 2 de la Constitución Española, puede citarse fundamentalmente la exploración judicial de la menor María Teresa P A que como prueba preconstituída fue practicada en fecha 28 de abril de 2006 a presencia judicial, del Ministerio Fiscal, acusación particular y defensas de ambos procesados con la asistencia del Equipo Técnico Penal de Barcelona y que consta a los folios 929 a 935 de las actuaciones, así como su grabación en soporte CD que fue visionado y reproducido en el acto de la vista oral. En



dicha exploración judicial la menor María Teresa P A manifiesta "... Ana María, papá y Alba se fueron a vivir a casa de su papá con ella, Alba dormía en su habitación y yo en la cama de papá con él y Ana María... Alba echaba un poquito la comida porque no le entraba y entonces le entraban ganas de vomitar y echaba la comida al suelo y su padre le volvía a dar la comida vomitada... que cuando hacía esto a Ana María y a mí nos mandaba a mí habitación a jugar... que Alba echaba todas las "papas" al suelo, y entonces su padre le daba la comida vomitada, que esto lo sabe porque aunque le mandaba a la habitación a jugar lo veía porque el comedor no está muy lejos; su papá lo hacía con una cuchara hasta que conseguía que se lo tragase... Alba no podía hacer nada porque le ataba las manitas así (hace el gesto de colocar los brazos detrás de la silla) en la silla y entonces yo le quitaba el nudo, supongo que era jugando o algo... Mí padre lo de atarle las manitas se lo hacía a veces, una, dos o tres veces y lo hacía su papá siempre que Alba echaba las "papas". Pasó 2 o 3 veces lo de atarle las manos, la última vez el día que fueron al Tibidabo... Su padre le ataba las manos con un cinturón suyo del baño, le ataba fuerte y yo se lo quitaba pero él se lo volvía a atar fuerte... creo que era un juego pero a Alba no le gustaba porque le hacía daño en los brazos porque se los echaba muy atrás y le hacía daño y ya se había roto un brazo antes... A veces su papá le ponía a Alba en la boca un celo gordo y hacía un agujero y le daba agua con una jeringuilla, porque Alba no quería beber agua y como el agua es sana pues le ponía el precinto porque de alguna manera había que darle agua, a Alba esto no le gustaba... yo le quitaba el precinto con cuidado con una tijeras; esto su papá se lo hacía de vez en cuando no muchas veces; Alba se intentaba quitar el esparadrapo pero no podía porque estaba muy pegado...."

Sobre la validez de dicha exploración judicial ya nos hemos pronunciado en el fundamento de derecho primero de esta resolución, el cual damos por reproducido.

En cuanto a la credibilidad y veracidad del testimonio de la menor María Teresa P A no existe motivo alguno para dudar, así en el informe de peritaje psicológico emitido por Montserrat Farrán i Porté y Jordi Bayet i Royo obrante a los folios 1594 y ss. Se hace consta en el apartado de Exploración psicológica: " A nivell cognitiu no presenta dificultats d'atenció ni concentració. Es capac d'evocar records emmagatzemats en la memòria, apotant la informació amb detall. No s'aprecia tendència patològica a la fabulació", y en el apartado de conclusiones se hace constar: " Pel que fa al relat dels fets, fa una elaboració espontànea, poc estructurada i fragmentada, on les diferents parts formen un conjunt coherent i lògic. Aporta informació amb gran quantitat de detalls de tipus col·lateral que no es limiten a les



situacions de maltractament. Aquesta estructuració del relat des del punt de vista psicològic, li ofereix credibilitat. La menor no es sugestionable i verbalitza obertament quan no sap una cosa”.

En el acto de la vista oral los citados peritos Sra. Montserrat Farrán y Sr. Jordi Bayet, comparecieron y ratificaron dicho informe y tras referir el contenido de la exploración tal y como en su mayor parte – a los efectos del delito contra la integridad moral imputado- ha quedado expuesto anteriormente, manifiestan a preguntas de las partes que “ lo que relata Maite no es algo reproducido y aprendido por la niña porque alguien se lo haya dicho, la niña relata hechos que ha vivido... nada hace suponer ningún tipo de manipulación ni influencia externa ni en su vocabulario ni en la forma de narrar los hechos. Si se lo hubiera inventado por su edad no tiene capacidad para mantener una mentira y casar los hechos como lo hizo.”

Si bien es cierto y consta en autos un CD visionado en el acto de la vista oral grabado por Cristobal Pérez Espinosa- tío de Maite y hermano del procesado- y obrante a los folios 221 y 222 y grabado la misma noche de los hechos en donde Maite da una versión contraria a la expuesta en la exploración al manifestar que “ estaban jugando en la habitación y Alba se cayó de la cama...”. Preguntados los peritos por dicha declaración, Maite en la exploración judicial manifestó que “ se lo inventó porque sino su padre le reñía, dijo que estaban jugando en el filo de la cama y que se cayó al suelo, dijo esto porque tenía “chuchu”- miedo de que su padre le pegara...”. Preguntados los psicólogos en el acto de la vista oral por las diferentes versiones dadas manifiestan que en el caso de la grabación realizada por Cristobal Perez Espinosa si se le pregunta directamente la niña responderá lo que quieren oír, máxime si el que pregunta es un tío paterno. Sin embargo en la exploración debido a las preguntas formuladas y la forma de formularlas la exploración es abierta y la niña puede explicarse y lo que relata es evidente vivido.

Por lo expuesto la declaración de Maite reúne todos los requisitos de veracidad y credibilidad, máxime cuando la misma viene corroborada por otros datos como son la declaración de la Sra. Montserrat A A al folio 1193 y ratificada en el acto de la vista oral en donde manifiesta que “ Maite no le contaba lo que el acusado hacía a Alba, pero una vez que ella estaba declarando ante la Policía, Maite espontáneamente comentó a la policía lo de la sillas, los vómitos, el cinturón...cuando Maite volvía los fines de semana de estar con su padre venía llorando, que Maite jugaba con sus muñecas dándoles cañetes en el culo, las ponía desnudas contra la pared, les ataba los brazos y les ponía una jeringuilla en la boca... todo esto lo vió”. Ante esta declaración los psicólogos manifestaron que “ la niña tiene integrados todo los hechos



vividos como un juego, es coherente que la niña después juegue en su casa haciendo lo mismo con sus muñecas...”.

Por último en la diligencia de entrada y registro practicado en el domicilio sito en la calle Besós nº 44 2º 2ª de la localidad de Montcada i Reixach en virtud de auto de fecha 5. 3. 2006 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 24 de Barcelona (folio 23), se encontró tal y como consta al folio 26 y en el salón un cinturón amarillo con dibujos, de un albornoz y dicho cinturón está atado sin corresponder con la medida de la cintura de la menor. Las fotografías de dicho cinturón constan a los folios 482 y 483 de las actuaciones. Dicha diligencia de entrada y registro y hallazgo del cinturón fue ratificada por los agentes del Cuerpo de los Mossos d'Esquadra que la practicaron. Así en concreto los agentes nº 1310 y 7353 manifiestan “ que intervinieron en el registro y encontraron un cinturón amarillo que estaba anudado y rodeando una silla del comedor... exhibido folio 482 manifiestas ser ese el cinturón”.

Como ha quedado expuesto en el párrafo 2º del apartado B) de los hechos declarados probados contenidos en esta resolución : “ De todas estas acciones era perfectamente conocedora la acusada ANA MARÍA PÉREZ ESPINOSA y pese a ello no adoptó decisión alguna para evitar el comportamiento vejatorio del procesado sobre su hija menor de edad ”.

Y decimos que ha quedado probado que tenía conocimiento de tales acciones en base fundamentalmente a las múltiples contradicciones en que incurre la acusada en sus declaraciones tanto en el acto de la vista oral como en sus declaraciones en fase de instrucción. Así en el acto del plenario manifiesta que “ nunca ha visto al acusado pegar a Alba ni maltratarla... que en dos o tres ocasiones Alba se quedaba a solas con el acusado y estando ella en el comedor Alba la llamaba; se lo comentó al acusado pero ella no le dió importancia porque no tenía ningún motivo para no fiarse de él... no pensó que Alba al quedarse a solas con el acusado estuviera en peligro porque se fiaba de él...”. Tal declaración en el acto de la vista oral es prestada sin duda en el ejercicio del derecho de defensa, si bien no coincide con lo manifestado en sede de instrucción. Así en su declaración ante los Mossos d'Esquadra en fecha 6 de marzo de 2006 – leída en el acto de la vista oral- debidamente asistida de letrado, y obrante a los folios 31 a 39, preguntada por los hechos ocurridos en fecha 18 de diciembre de 2005 manifestó “ que la declarante se ratifica en esas declaraciones y manifiesta que en esta ocasión Francisco Javier no tuvo nada que ver”, lo cual sin duda significa que en otras ocasiones en que Alba aparecía con lesiones, sí tenía algo que ver. Igualmente preguntada “ Por si sabe si Francisco Javier ataba a Alba a la silla responde que nunca ha visto nada parecido. Preguntada para que diga si sabe si Francisco Javier golpeaba a



Alba, responde que no lo ha visto nunca, pero sí recuerda que en dos o tres ocasiones ha visto como Francisco Javier entraba en la habitación de Alba, cerraba la puerta y al rato Alba empezaba a llorar y a gritar. Que entonces la declarante en estas ocasiones entraba en la habitación y preguntaba porque estaba llorando la niña, respondiendo Alba que no pasaba nada. Que la última vez que paso ésto hace una semana aproximadamente, la declarante se sentó con Francisco Javier y le dijo que no quería que se encerrara más con la niña y hasta la fecha no lo ha vuelto a hacer. Preguntada para que diga si ha podido ocurrir esta situación más veces no estando presente la declarante en el domicilio, responde que no que la declarante no ha dejado nunca sola a la niña con Francisco Javier exceptuando ocasiones como la noche de los hechos (...), preguntada para que diga si sabe si en casa se ataba a Alba a las sillas, se le daba agua con una jeringuilla y en caso de que la niña vomitase se le hacía comer su propio vómito, responde que la declarante que sepa en casa no pasa eso. Que en alguna ocasión la declarante ha obligado a comer a Alba ya que come poco y que la niña ha vomitado pero nunca se le ha obligado a comer el vómito ya que este se ha recogido y se ha tirado a la basura". Igualmente en su declaración en sede de instrucción al folio 356 y ss. Después de describir tres situaciones en que el procesado se encerraba en la habitación de Alba con la niña, manifiesta " Que la declarante tras esta tercera vez habló con Francisco Javier y le dijo que no le gustaba que se metiera con su hija en su habitación... que Francisco Javier le reprochó que le llamara la atención por ello y le dijo que no hacía ningún daño a la niña y que simplemente estaba jugando con ella, ante lo que ella le dijo que si querían jugar que lo hicieran en el comedor.... que la declarante era conocedora de que su hija tenía miedo o respeto a Francisco Javier..."

Igualmente en su declaración judicial a los folios 219 y ss. Manifiesta que "... imagina que durante esos 10 minutos su compañero pudo haber atado a Alba en la silla con un cinturón de albornoz ya que según ha sabido en la entrada y registro la policía encontró el citado cinturón atada a una de las sillas del comedor y que un policía manifestó que el nudo estaba muy bien hecho... que a veces se encontraba la declarante en el domicilio y veía como Alba gritaba y lloraba estando en la habitación con su compañero con la puerta cerrada...". Respecto a las manifestaciones respecto del cinturón del albornoz atado a la silla, sorprende realmente que declare que " se imagina que en esos 10 minutos su compañero pudo haber atado a Alba a la silla con el cinturón del albornoz", ¿ como puede realmente imaginar tal cosa si previamente – como afirma- no lo había visto nunca?, ¿ el hecho de encontrar un cinturón de albornoz alrededor de una silla y con un nudo hecho, permite imaginar que alguien lo ha utilizado para atar a una niña?, y ¿ cómo afirma que se imagina esto, si en otra declaración al folio 54 declaró que: Mientras esperaban en la salita de espera le preguntó a Francisco Javier que qué había pasado,



respondiéndole él, he entrado en el comedor y me he encontrado a la niña tirada en el suelo y he tardado en bajar porque la he intentado reanimar, ya sabes que he estado 12 años en la Cruz Roja, y que la declarante se lo creyó debido a su estado de nervios". Desde el punto de vista de la lógica y el sentido común no es posible imaginar tal cosa si previamente y en ocasiones anteriores no ha visto realizar tal comportamiento. Y si se imaginaba tal hecho, como es que deja a solas al procesado con su hija durante 10 minutos, imaginándose que podría estar comportándose de tal manera?.

En definitiva todo lo expuesto pone de manifiesto que la procesada tenía conocimiento de que cuando el acusado y Alba estaban a solas en la habitación de ésta, algo ocurría hasta el punto de que Alba comenzaba a llamarla, a llorar y a gritar por lo que le llegó a comentar que no quería que se encerrara más con la niña. Sin embargo en el juicio oral manifiesta que "no tenía motivos para no fiarse de él, que no pensó que Alba estuviera en peligro porque se fiaba del acusado"; tal afirmación no es cierta sino todo lo contrario la acusada sabía que algo ocurría cuando el acusado estaba a solas con Alba ya que los moratones y heridas que Alba presentaba, tal como ha quedado dicho, comenzaron a presentarse frecuentemente a raíz del inicio de su relación sentimental y convivencia con el procesado. Pese a ello la acusada permitía que el acusado estuviera a solas con Alba y así lo declara la menor Maite P

A cuando manifiesta que "... cuando Alba echaba las papas al suelo, a Ana y a mí nos mandaba a la habitación a jugar y entonces le daba la comida vomitada del suelo, lo sabe porque lo veía porque el comedor no está muy lejos..."; por tanto si lo veía la menor Maite, también debía verlo la procesada Ana María, la cual en todo caso sabía que el procesado ataba a Alba a la silla dado que el cinturón del albornoz con el nudo hecho fue encontrado en la diligencia de entrada y registro en el salón del piso y alrededor de una de las sillas del comedor. Otro dato que permite inferir que Ana María conocía que el acusado maltrataba a su hija menor es el hecho de que la misma en todo momento afirme que el procesado "se encerraba en la habitación de Alba", tal encierro no podía darse ya que en la fecha en que ocurrieron los hechos se estaban cambiando las puertas interiores del piso. Así al folio 38 y preguntada para que diga si estan cambiando las puertas del piso y en caso afirmativo desde cuando, responde que sí hace dos meses que un carpintero está haciendo este trabajo. En el mismo sentido declara el testigo Sr. José M:

G en el acto del plenario, el cual es el carpintero que hacía tales trabajos, manifestando que trabajó en el piso de los procesados desde finales de enero hasta que ocurrieron los hechos, que su trabajo consistió en cambiar las puertas interiores del piso, y que los pomos o manetas de las puertas no las puso hasta el día 3 de marzo de 2006; de lo que se deduce que pese a que el acusado estuviera a solas con Alba en su habitación la puerta de ésta estaba abierta dado que no se podía cerrar y la madre en todo caso tenía



conocimiento de lo que ocurría en su interior sin hacer nada para evitarlo, del mismo modo que tenía conocimiento de lo que ocurría en el comedor cuando el procesado obligaba a Alba a tragarse sus propios vómitos que recogía del cuello y beber agua a través de una jeringuilla, porque aunque la mandara a la habitación de Alba, ésta no se podía cerrar y se veía lo que ocurría en el comedor como manifiesta Maite al decir " lo veía porque el comedor no está lejos", por tanto si lo veía Maite era porque la puerta de la habitación estaba abierta y por lo tanto también lo veía la procesada.

3º.- Delito de lesiones del art. 149 del C. P.

Como se dijo en el apartado anterior el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, tienen reiteradamente declarado que para que pueda dictarse una sentencia condenatoria, es preciso que la prueba de cargo sea obtenida con todas las garantías legales y habiéndose dado lugar a los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción.

En el presente supuesto se ha dado lugar a todos estos principios y en cuanto al material probatorio que ha permitido llegar al convencimiento moral de la realidad de los hechos, venciendo así el principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24. 2 de la Constitución Española, puede citarse fundamentalmente la exploración judicial de la menor María Teresa P A que como prueba preconstituída fue practicada en fecha 28 de abril de 2006 a presencia judicial, del Ministerio Fiscal, acusación particular y defensas de ambos procesados con la asistencia del Equipo Técnico Penal de Barcelona y que consta a los folios 929 a 935 de las actuaciones, así como su grabación en soporte CD que fue visionado y reproducido en el acto de la vista oral. En dicha exploración judicial la menor María Teresa P A, la cual y con respecto a tales hechos manifiesta: "... ese día antes de ir a la feria comieron pizza y Alba echó las "papas", que estaban en casa su padre, Ana María, Alba y yo, que querían ir a la feria pero Alba no quería, que entonces ellos salieron y dejaron a Alba sola en el comedor y su padre puso la oreja en la puerta a ver si oía algo, pero no escucharon nada; su padre mandó a ella y a Ana María abajo y bajaron, su padre entonces abrió la puerta y le dijo que se había encontrado a Alba en el suelo y bajó corriendo con Alba en brazos y fueron en coche al Ambulatorio, que fueron muy rápido... su padre tardó en bajar un poquito y le picaron dos veces al timbre, su padre bajó corriendo con Alba en brazos y Ana María decía: ay, que se me ha muerto.....".

En cuanto al valor probatorio de dicha declaración conviene recordar lo ya resuelto en los fundamentos de derecho anteriores, así (a riesgo de reiterar) : "En cuanto a la credibilidad y veracidad del testimonio de la menor María



Teresa Pérez Alba no existe motivo alguno para dudar, así en el informe de peritaje psicológico emitido por Montserrat Farrán i Porté y Jordi Bayet i Royo obrante a los folios 1594 y ss. Se hace constar en el apartado de Exploración psicológica: " A nivell cognitiu no presenta dificultats d'atenció ni concentració. Es capac d'evocar records emmagatzemats en la memòria, aportant la informació amb detall. No s'aprecia tendència patològica a la fabulació", y en el apartado de conclusiones se hace constar: " Pel que fa al relat dels fets, fa una elaboració espontànea, poc estructurada i fragmentada, on les diferents parts formen un conjunt coherent i logic. Aporta informació amb gran quantitat de detalls de tipus collateral que no es limiten a les situacions de maltractament. Aquesta estructuració del relat des del punt de vista psicològic, li ofereix credibilitat. La menor no és sugestionable i verbalitza obertament quan no sap una cosa".

En el acto de la vista oral los citados peritos Sra. Montserrat Farrán y Sr. Jordi Bayet, comparecieron y ratificaron dicho informe y tras referir el contenido de la exploración manifiestan a preguntas de las partes que " lo que relata Maite no es algo reproducido y aprendido por la niña porque alguien se lo haya dicho, la niña relata hechos que ha vivido... nada hace suponer ningún tipo de manipulación ni influencia externa ni en su vocabulario ni en la forma de narrar los hechos. Si se lo hubiera inventado por su edad no tiene capacidad para mantener una mentira tanto tiempo y casar los hechos como lo hizo."

Si bien es cierto y consta en autos un CD visionado en el acto de la vista oral grabado por Cristobal P. E - tio de Maite y hermano del procesado- y obrante a los folios 221 y 222 y grabado la misma noche de los hechos en donde Maite da una versión contraria a la expuesta en la exploración al manifestar que " estaban jugando en la habitación y Alba se cayó de la cama...". Preguntados los peritos por dicha declaración, Maite en la exploración judicial manifestó que " se lo inventó porque sino su padre le reñía, dijo que estaban jugando en el filo de la cama y que se cayó al suelo, dijo esto porque tenía "chuchu"- miedo de que su padre le pegara...". Preguntados los psicólogos en el acto de la vista oral por las diferentes versiones dadas manifiestan que en el caso de la grabación realizada por Cristobal P. E: si se le pregunta directamente la niña responderá lo que quieren oír, máxime si el que pregunta es un tío paterno. Sin embargo en la exploración debido a las preguntas formuladas y la forma de formularlas la exploración es abierta y la niña puede explicarse y lo que relata es evidente vivido".

El procesado tanto en sede judicial como en el acto de la vista oral - sin duda en el ejercicio legítimo de su derecho de defensa- mantiene en todo momento que " oyo un ruido en la habitación de Alba y al ir, vio a la niña ya en el suelo



inconsciente". Así en fase de instrucción y al folio 214 y ss. Manifiesta que " ... estaba viendo la televisión con su compañera sentimental mientras las niñas estaban en la habitación de Alba. Que el declarante oyó un golpe fuerte y se levantó y subió a la habitación de la niña siendo seguido por su compañera. Que vio a la niña en el suelo mirando hacia arriba con los pies como encogidos y respirando de manera rápida, entrecortada... que en ningún momento se quedó a solas con Alba.. que fue todo muy rápido y se quedó solo con la niña fue muy poco rato. Que es cierto que salían del domicilio para ir a la feria de Santa Perpetua. Que puede que dijera a su compañera que fueran saliendo ella y Maite y que después salía él con Alba... que en ningún momento golpeó a la niña, que no es cierto que mientras estaba con su compañera dijera que si le preguntaban que había pasado dijera que se había caído de la cama... que se estaban poniendo las chaquetas, estaba la televisión puesta y fue en el momento de levantarse cuando escucharon el ruido". Igualmente en el acto de la vista ora declaró que " escuchó un ruido que venía de la habitación en que Alba y Maite estaban jugando, se levantó , fue y vio a Alba inconsciente en el suelo.... Estaba en el suelo creo que no había sangre... él no se quedó a solas con Alba mientras Maite y la acusada esperaban abajo, estaban los cuatro en el piso... no sabe como Alba se produjo las lesiones sabe que los médicos dicen que las lesiones son imposibles con un caída... al ver a Alba la cogió y la llevó al lavabo para echarla agua en la cara y la llevó al ambulatorio de Montcada..."

Tal declaración no se corresponde con lo realmente ocurrido, ya que como se dijo el procesado se quedó a solas con Alba durante al menos 10 minutos mientras Maite y la procesada le esperaban abajo. Y fue durante ese tiempo cuando movido con la intención de menoscabar su integridad física la agredió zarandeándola violenta y brutalmente hasta el punto de producir un hematoma subdural izquierdo con edema cerebral importante.

El hecho de que las lesiones sufridas como manifiesta el procesado se hubieren producido como consecuencia de una caída de la cama en la habitación en donde Alba y Maite estaban jugando resulta del todo imposible atendiendo a la prueba pericial practicada en el acto de la vista oral. Así los peritos doctores Gabriel Font y María Teresa Marrón Moya ratificaron sus informes obrantes a los folios 199- 200 y 277- 278, y declaran ante el Tribunal que " presentaba hematomas de diferentes fechas y en diferentes partes del cuerpo, y que por su diferente estadía los habría de pocas horas antes y otros de días atrás... el hematoma subdural se produjo por una aceleración- desaceleración de cierta violencia máxime si el paciente no tiene problemas de coagulación, que no existía, lo que produce un traslado del encéfalo dentro del cerebro... se descarta caída casual de la cama como decía la madre..." En el mismo sentido



los doctores Francisco Javier Guerri Ripoll, Joaquina Mansilla, Rodríguez Mayorga y Emilio Huguet manifestaron en el acto de la vista oral que " el hematoma subdural, es de origen violento causado por un traumatismo en el que se incluye el síndrome del niño sacudido, esto es una aceleración y desaceleración brusca del cerebro por zarandeos o sacudidas de la cabeza del menor; desde luego tiene un origen traumático como es una sacudida del niño o un zarandeo que produce la rotura de las arterias con una intensidad desde luego muy severa para producir la rotura de los vasos sanguíneos... no se produjo desde luego por un golpe contra el suelo dado que no existían lesiones óseas ni cutáneas por lo que se descarta totalmente; tampoco se produjo por un golpe con un objeto... sino hubieran intervenido los servicios médicos esas lesiones seguramente hubieran producido la muerte..." En el mismo sentido los doctores Rodríguez Mayorga y Huguet declararon que " hay un traumatismo encefálico no un traumatismo craneal por lo que no existió un golpe directo sino que se produjo por sacudidas o zarandeos..."

Por tanto habiendo quedado acreditado que fue el procesado el que permaneció a solas con Alba durante al menos 10 minutos, y que la lesión se produjo por un violento y brusco zarandeo, la única conclusión lógica y así ha quedado probado que fue el procesado el autor de tales lesiones; ya que con anterioridad no se había producido traumatismo alguno causante de tales lesiones sino al contrario Alba había pasado el día normalmente estando con su madre la procesada y el procesado tomando el vermut en el Bar la Cantonada (tal y como han declarado los testigos) y pasó la tarde en el parque del Tibidabo de Barcelona, tal y como ha declarado María Teresa P A .

En cuanto a la participación de la procesada Ana María Cano Fondevilla la misma ha quedado probada en base a lo ya dicho en los fundamentos de derecho anteriores sobre su participación en el resto de los delitos imputados. Así a modo de resumen tenía conocimiento de que cuando el acusado y Alba estaban a solas en la habitación de ésta, algo ocurría hasta el punto de que Alba comenzaba a llamarla, a llorar y a gritar por lo que le llegó a comentar que no quería que se encerrara más con la niña, y que si jugaban que lo hicieran en el comedor. Sin embargo en el juicio oral manifiesta que " no tenía motivos para no fiarse de él, que no pensó que Alba estuviera en peligro porque se fiaba del acusado", como es que dice que se fiaba del acusado si hasta en tres ocasiones Alba estando a solas con el mismo la llamaba gritando y llorando y la acusada había dicho al procesado que no le gustaba que estuviera a solas con su hija; pese a ello y asumiendo el alto riesgo de que el acusado como en veces anteriores agrediera a la menor estando a solas, el día 4 de marzo de 2006 permitió que éste permaneciera a solas con Alba hasta diez minutos, sabiendo y consintiendo las lesiones que se produjeron ya que



éstas empezaron a manifestarse tal y como ha declarado la procesada coincidiendo en la época que inició su relación sentimental y de convivencia con el procesado.

4º.- Como se dijo no ha quedado probado que la caquexia que fue diagnosticada en fecha 4 de marzo de 2006 a la menor Alba C. C. fue producida por la desnutrición y falta de cuidados por parte de los procesados. Decimos esto en base a la prueba practicada en el acto de la vista oral en donde los forenses ratificando el informe obrante al folio 1893 manifiestan que la "caquexia es un estado de malnutrición, es una enfermedad no súbita sino que requiere una evolución larga". En el mismo sentido los doctores Rodríguez Mayorga y Huguet declaran que la "caquexia no se puede precisar el momento inicial, en cualquier caso la menor pesaba 14 Kilos que en una niña de 5 años no es una caquexia excesivamente grave son dos o tres kilos menos de lo que le correspondería... la caquexia mejora con un aporte alimentario adecuado...". Ha quedado probado que la menor Alba era una niña que presentaba dificultades al comer, pero no ha resultado probado que los acusados provocaran dicha desnutrición, así el testigo Sr. G. M. manifiesta que "... coincidía con los procesados y Alba algunas veces comiendo en el bar, que Alba se sentaba junto a su hijo para que al verle comer a éste aquella comiera más... que Alba comía muy poco y le costaba comer, que los acusados en el Bar si pedían comida para Alba". Igualmente la testigo Sra. Montserrat D. manifiesta en su calidad de directora del colegio El Viver a donde asistía Alba que "... comía a veces en el colegio y las monitoras del comedor ni le comentaron nunca que comiera mal...", en el mismo sentido la testigo Sra. S. manifiesta que "Alba comía en el colegio casi cada día, que el primer día sí hubo que darle la comida con la cuchara pero que después ella ya comía sola perfectamente... sino hubiera comido bien las monitoras le habrían informado.

5º.- En cuanto al delito de malos tratos habituales del art. 173. 2 del C. P ha quedado probado en base a todo lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, que pone de manifiesto que la menor Alba C. C. desde el mes de noviembre de 2005 en que la procesada comienza su relación sentimental con el acusado y posteriormente desde diciembre de 2005 hasta el 4 de marzo de 2006 en que convivieron juntos, el comportamiento de los acusados hacia la menor supuso desde luego un atentado contra la paz



familiar y se demuestra desde luego en agresiones continuas y trato vejatorio del que fue objeto, que constituyen sin duda un ambiente de dominación y temor que hubo de sufrir, hasta el punto tal y como ha quedado probado en virtud de la prueba practicada a Alba se le caía el pelo por lo que siempre llevaba gorra y si se la quitabas se ponía a gritar y si le tocaba la cara igual (exploración de Maite Pi A).

CUARTO.- AUTORÍA.

De los referidos delitos contra la integridad moral del art. 173. 1 del C. P, delito de malos tratos habituales del art. 173. 2 del C. P en concurso real con un delito de lesiones del art. 147, 148. 31 y 149 del C. P. son criminalmente responsables el procesado Francisco Javier Pérez Espinosa en concepto de autor material y la procesada Ana María Cano Fondevilla en concepto de auora por comisión por omisión, excepto en el delito contra la integridad moral, como se verá mas adelante.

En efecto, si bien los dos procesados han negado en todo momento haber tenido participación alguna en los hechos imputados, estima el Tribunal que la prueba practicada permite la imputación de los delitos en los conceptos anteriormente señalados.

En primer término debe tenerse en cuenta que en las fechas en que se ocasionaron los delitos de referencia- desde finales de noviembre de 2005 hasta 4 de marzo de 2006- la menor Alba C C convivía con su madre, la procesada Ana María, y con el compañero sentimental de ésta, Francisco Javier, en el domicilio sito en la calle de la localidad de Montcada i Reixac (Barcelona). De ello se infiere por tanto de forma cierta que las agresiones y vejaciones a la menor se produjeron en el núcleo familiar que formaban la menor y los procesados. Y en este punto debe significarse – como ya se ha puesto de manifiesto .- que hasta que Ana María no inicia su relación sentimental y posterior convivencia con el procesado Francisco Javier no se detectó en la situación personal del menor incidencia alguna, y fue desde esa fecha cuando la menor comienza a presentar síntomas de agresión tales como equimosis múltiples en espalda y nariz, arañazos, fractura de húmero derecho....

La comisión de las agresiones sobre la menor en el marco del señalado ámbito familiar determina que los únicos posibles autores materiales son en virtud de



la prueba practicada y valorada en conciencia los propios procesados. La del procesado Francisco Javier Pérez Espinosa como autor material y directo de tales delitos y la de la procesada Ana María Cano Fondevilla como autora por comisión por omisión de los delitos imputados, ya que en efecto, la prueba practicada ha puesto de manifiesto que tuvo conocimiento de las agresiones y vejaciones ocasionadas de forma reiterada por Francisco Javier a su hija y las consintió sin adoptar decisión alguna para evitar el comportamiento del procesado poniendo con ello en grave peligro tanto la dignidad como la integridad física de su hija de cinco años de edad Alba C. C.

El artículo 11 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) se refiere a la comisión por omisión señalando que los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación, equiparándose a tal efecto la omisión a la acción cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. Por tanto los requisitos para su apreciación son:

- 1) que se haya producido un resultado de lesión o de riesgo propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley;
- 2) que se hay omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 exigiendo que la no evitación del resultado equivalga a su causación;
- 3) que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado;
- y 4) que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente (STS 9 de octubre de 2000 [RJ 2000\9958]).

Concurren en el supuesto enjuiciado los elementos de la tipicidad omisiva equivalente a la acción.

En efecto, en primer término se han cometido dos delitos de lesiones, uno del art. 147 en relación con el art. 148. 3º del C. P, un delito de lesiones del art. 149 del C. P, que integran un delito de malos tratos habituales del art. 173. 2 del C. P y un delito contra la integridad moral del art. 173. 1 del C. P. Delitos que consisten en la producción de un resultado. En segundo término la procesada omitió una acción que le era exigible y que hubiera evitado el resultado lesivo, acción que estaba en condiciones de realizar, ya que hubiera evitado el resultado con la simple acción de apartar físicamente al menor de la



convivencia con Francisco Javier o no permitir en ningún caso que éste estuviera a solas con la menor. Y por último, la procesada, en tanto que madre del menor, era la garante de su indemnidad física por los deberes de guarda legalmente definidos en el artículo 154 del Código Civil (LEG 1889\27).

Debe concluirse por tanto que la conducta omisiva de la procesada al consentir y no realizar acto alguno tendente a impedir la acción del procesado equivalió a su causación.

La jurisprudencia ha establecido de forma reiterada que la imputación de los resultados lesivos a la madre o al padre de un menor que incumple sus deberes de custodia, atención, preservación y guarda permitiendo que otro les agrede con su conocimiento, halla su fundamento en el deber de garantía o posición de garante que la ley atribuye a los progenitores y que les impone garantizar que el resultado lesivo no se produzca, por lo que la no evitación consciente y voluntaria del resultado ha de equipararse a su propia causación (SSTS de 26 de junio de 2000 [RJ 2000\5801] y 22 de enero de 2002 [RJ 2002\2631]).

No obstante y en virtud del principio de legalidad, el Tribunal se plantea no obstante la posibilidad de imputar a la procesada Ana María Cano Fondevilla a título de comisión por omisión el delito contra la integridad moral del art. 173. 1 del C. P que le es imputado tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular. La respuesta en este sentido ha de ser negativa y ello porque como se dijo uno de los requisitos para su apreciación como se dijo es que se haya producido un resultado de lesión o de riesgo propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley, lo cual no ocurre en el caso de autos dado que el tipo del art. 173. 1 del C. P no es un delito de resultado sino de simple actividad.

En este sentido conviene recordar que el trato degradante supone una intervención aprehensible y no consentida sobre una persona, aun cuando no se trate de una agresión material o física, que objetivamente niegue al sujeto su propia condición de persona, convirtiéndole (tratándole como) en un simple objeto, violando, de este modo, la dignidad que es inherente a su condición de ser humano. Y cuando una conducta de esta naturaleza se lleva a cabo, sobre una persona vulnerable (bien por sus condiciones físicas o psíquicas o por la situación en que se halla respecto del agresor), es decir, cuando se le cosifica y el titular del bien jurídico (la integridad moral que equivale a la dignidad humana) queda sometido a la voluntad de un tercero, el atentado contra el bien jurídico es grave, pues nada hay más grave (salvo privarle de la vida) que tratar a una persona como una cosa (en el mismo sentido la STS de 8 de mayo de 2002 [RJ 2002\6709] que entiende que lo esencial a efectos de cumplimiento del tipo es someter a la víctima, de forma intencionada, "a una



situación degradante de humillación e indigna para la persona" con la consiguiente lesión de su integridad moral y de su dignidad como ser humano).

La Sala en este sentido comparte íntegramente el fundamento de derecho 6º contenido en la Sentencia 6/ 2007 de fecha 8 de enero dictada por la Sección 2ª de la A. P de Barcelona; Pte. Sra. Dª Mª José Magaldi Paternostro, en donde se declara que : "...Sin embargo no comparte la Sala la atribución de autoría que la Juez a quo efectúa en su sentencia respecto de dicha acusada y que funda en haber actuado en comisión por omisión. Y no la comparte porque entiende que el tipo penal del artículo 173 del CP (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) no permite su realización en comisión por omisión al tratarse de un tipo de mera actividad y no de un tipo de resultado como lo hace la Juez a quo. Se trata, en consecuencia, de un delito que se consuma con la mera realización de la conducta (realizar tratos degradantes) que lesiona el bien jurídico protegido (menoscabando gravemente su integridad moral) al igual, por ejemplo, que el delito de injurias del artículo 208 del CP que se consuma con la realización de una conducta (realizar una acción o proferir una expresión) que lesiona el bien jurídico protegido honor ("que lesiona la dignidad de la persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación").

En precisamente porque se trata de un tipo de mera actividad que, si a raíz de haber infligido tratos degradante típicos, se causan lesiones (físicas o psíquicas) o la muerte, existirá concurso de infracciones entre el delito contra la integridad moral y las lesiones u homicidio.

A juicio de la Sala, la Juez a quo, al igual que un sector de la doctrina penal, confunde delito de lesión con delito de resultado. En efecto, cierto es que los tratos degradantes lesionan gravemente la integridad moral o dignidad humana y es por ello precisamente que el tipo se configura como un delito de lesión (del bien jurídico) y no de mera puesta en peligro del mismo. Pero esta lesión del bien jurídico que constituye, por así decirlo, "el resultado jurídico" no se traduce en el resultado material o "modificación del mundo exterior aprehensible por los sentidos" (como lo definiera a principios del siglo XX un conocidísimo penalista alemán) que permite definir una infracción penal como delito de resultado como lo son, por ejemplo, el homicidio y el hurto. (quien estaba vivo, muere y la cosa que estaba en poder de su dueño pasa materialmente a la esfera de dominio del sustractor).

Pues bien, así calificado el tipo del artículo 173 del CP, es de común conocimiento que la comisión por omisión solo es factible en los delitos de resultado material pero nunca en los delitos de mera actividad en los que la acción para su relevancia típica exija "un resultado jurídico" que no es otro que.

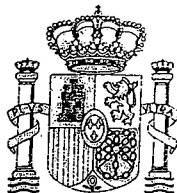


la lesión del bien jurídico y son, por ello, delitos de lesión en oposición a los delitos de peligro abstracto (así la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379 del CP) en los cuales la conducta se limita a poner en riesgo (de lesión) al bien jurídico protegido. La imposibilidad dogmática del cumplimiento de un tipo de mera actividad en comisión por omisión halla claro reflejo en el artículo 11 del CP que regula precisamente esta modalidad omisiva, enumerando sus exigencias legales, y estableciendo que "los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado" (como por ejemplo el homicidio) solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el texto de la Ley, a su causación (de aquel resultado material). Dicho en términos sintéticos: la comisión por omisión solo es posible en los delitos de resultado material....".

Lo expuesto no puede conducir, sin embargo, a la absolución de la acusada sino solo a exigir responsabilidad penal a la misma en virtud de una conducta que, sin poder ser calificada de autoría por lo antedicho, puede perfectamente ser calificada como una intervención (activa, por las razones que después explicaremos) penalmente relevante a título de cómplice.

Partiendo de la base de que, a tenor de los hechos declarados probados, la acusada Ana María, madre de la menor Alba C. C. y encontrándose ambas en el ámbito del domicilio familiar y por tanto dentro del núcleo doméstico, tenía el dominio del hecho sobre todo cuanto en el mismo sucedía y, por lo tanto, sobre la penosa e indigna situación a la que estaba siendo sometida su hija menor por parte del procesado y que conocía aquella situación concreta, con su conducta, desde luego accesoria respecto de la conducta del autor material contribuía activamente a mantenerla con actos simultáneos, en cuanto su actuación no se limitó a saber y consentir las condiciones indignas en que se encontraba su hija menor de edad sino que en su posición de garante tenía la obligación legal de evitar tal situación, lo que permite calificar su conducta como complicidad en lo que se refiere al delito concreto contra la integridad moral del art. 173. 1 del C. P.

Lo dicho en ningún modo puede pensarse supone una vulneración del principio acusatorio y en este sentido ha venido declarando la Jurisprudencia del Tribunal Supremo entre otras en Sentencia nº 221/ 2001 de 19 de febrero la cual declara que : " La Constitución protege en el párrafo 2 del artículo 24 el derecho de toda persona a ser informada de la acusación que contra ella se formule. Con mayor precisión aún se establece tal derecho en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977\893 y ApNDL 3630) [artículo 14.3 a)] y en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales(RCL 1979\2421 y ApNDL 3627)



[artículo 6.3 a)] que constituyen parte de la legislación española tras la correspondiente adhesión y su publicación en España, y que describen que esa información se hará sin demora y en idioma que comprenda el acusado, y que se referirá a la naturaleza y a la causa de la acusación. Y no sólo procede esta información que permite al acusado conocerla y defenderse, sino que, cuando en el procedimiento penal que contra él se instruya llegara a ser acusado, el contenido de esa acusación en cuanto a los hechos y en cuanto a su calificación jurídica determina los límites del proceso, de tal modo que, por respeto al llamado principio acusatorio, no se le podrá condenar por hechos no incluidos en la acusación, ni por delito alguno distinto al que es objeto de acusación a no ser que los elementos jurídicos del delito distinto sean los mismos hasta el punto de poderse afirmar su homogeneidad con el de acusación, ni podrá tampoco el Tribunal estimar circunstancias agravantes no incluidas en la acusación, ni apreciar un grado de perfección o de participación más grave que los utilizados en las conclusiones definitivas, ni imponer pena más grave que la solicitada para el delito.

Al respecto de la apreciación por el Tribunal de un grado de participación inferior al de la acusación, puede acordarse libremente por el Tribunal sin necesidad de someter a debate tal transmutación calificadora (sentencia de 10 de noviembre de 1995 [RJ 1995\8321]) siempre que no se adopten en la resolución hechos distintos a los incluidos en las conclusiones de las partes acusadoras y que la sanción que se imponga no sea superior o por delito distinto que no fuere homogéneo todo con el fin de no dejar indefenso al acusado ante hechos o peticiones de pena que no hubiera conocido con tiempo para defenderse adecuadamente”.

Por lo dicho se ha de concluir que en este caso la acusada conoció los hechos de que se le acusaba y la calificación que de ellos como delito contra la integridad moral hacía tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular, que ambas le acusaban como autora por comisión por omisión del art. 11 del C. P, por lo que pudo defenderse adecuadamente, sin que el principio acusatorio se entienda vulnerado por calificar su conducta como de mera complicidad y no de autoría ya que lo es del mismo delito.

QUINTO.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

El Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el acto de la vista oral solicitó se apreciara en ambos procesados:



1.- Agravante de parentesco del art. 23 C. P en todos los delitos, y 2.- En el delito de tentativa de asesinato la agravante de lugar del art. 22.2 C. P por haberse cometido en el domicilio familiar.

La acusación particular en sus conclusiones definitivas solicitó se apreciara en ambos acusados, 1.- Agravante de alevosía en todos los delitos del art. 22.1 del C. P; 2.- La agravante de abuso de superioridad en todos los delitos imputados del art. 22. 2 C. P; y 3.- La agravante de parentesco excepto en el 173. 2 del C. P.

Procede entrar a examinar todas y cada una de dichas peticiones separadamente no solo en cuanto a los delitos imputados, sino su concurrencia o no respecto de cada uno de los acusados.

1º.- ALEVOSÍA.

La acusación particular solicitaba la apreciación de dicha circunstancia agravante en todos y cada uno de los delitos objeto de imputación.

El art. 22 del C.P establece que son circunstancias agravantes: 1º.- Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía 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 pudiera proceder de la defensa del ofendido.

A) No procede su apreciación en el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 del C. P por el que los acusados vienen siendo condenados.

Como ha declarado en reiteradas ocasiones la Jurisprudencia del Tribunal Supremo entre otras SSª nº 20/ 2001 de 22 de enero de 2002 , el delito de malos tratos familiares constituye un «aliud» y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal, afirmando también que los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. Asimismo hemos afirmado que el bien jurídico protegido por este delito no es propiamente la integridad física de los agredidos (si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y además la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio «ne bis in idem»); sino la **pacífica convivencia familiar**, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas sino contra las relaciones familiares, pese a su



ubicación sistemática. También hemos destacado que esta norma penal ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia, lo que determina que el tipo lleve ínsito, al menos, un cierto abuso de superioridad.

Aplicando esta doctrina a la cuestión controvertida es claro que las agravantes referidas a los medios, modos o formas con los que se ejecuta cada agresión concreta, como lo es la alevosía, deben ser apreciadas en la sanción separada de cada una de dichas agresiones como delitos o faltas contra la integridad física, pero no reproducirse al sancionar adicionalmente el delito contra la paz familiar integrado por la habitualidad del comportamiento violento, pues en primer lugar este delito no es propiamente un delito contra las personas – únicos en los que resulta aplicable la agravante de alevosía, conforme al art. 22 1º del CP/1995– sino contra la pacífica convivencia familiar y en segundo lugar, si el modo de ejecución de una agresión concreta se utilizase repetidamente tanto como agravante del delito de lesiones como del delito de malos tratos habituales, se estaría vulnerando el principio «ne bis in idem».

Ello no quiere decir que el mayor desvalor de la acción derivado del modo alevoso de comisión de una o más agresiones quede sin sanción, pues agravará, en cada caso, si procediese, los delitos integrados por cada agresión concreta.

B) Tampoco procede su apreciación en el delito de contra la integridad moral del art. 173.1 del C. P por el que los acusados vienen siendo condenados; y ello porque tal como se dijo dicha agravante está prevista para los delitos contra las personas, no debe apreciarse en el delito contra la integridad moral porque en él la indefensión de la víctima que queda al arbitrio o voluntad del sujeto activo va implícita en el tipo, STS de 29-12-1989 (RJ 1989\9812).

C) Procede su estimación en el delito de lesiones del art. 149 del C. P por el que vienen condenados los acusados y ello porque la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que lo realmente relevante de la misma radica en el aseguramiento de la ejecución del hecho utilizando para ello medios o formas en la ejecución que, por sí mismos, constituyan una ventaja decisiva para el agresor que trata de esta manera de garantizar el éxito del ataque corporal, y que pueden contemplarse tres supuestos de alevosía: la llamada proditoria que se caracteriza por el empleo de la trampa o emboscada; la súbita o inopinada, cuando el agente desencadena el ataque imprevisto, cuando está desprevenido el sujeto pasivo; y, finalmente, la denominada de aprovechamiento, en que el autor se vale de una especial situación no provocada de debilidad defensiva de la víctima, como sucede cuando el ofendido es un niño de corta edad. También ha puesto de manifiesto la jurisprudencia que la referida circunstancia en



términos generales tiene un carácter mixto, y que para ser apreciada se necesita la concurrencia, tanto de un elemento objetivo, como de otro de naturaleza subjetiva, de forma que no sólo es necesario que la mecánica comisiva muestre la forma alevosa o traicionera de la acción, sino que es necesario, en este tipo de agravante, la existencia de un dolo en la forma de realizar la acción, lo que se ha dado en llamar ánimo tendencial. No obstante tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de manifiesto que hay situaciones en que esa dicotomía entre lo subjetivo y lo objetivo es casi imposible de ser distinguida, precisamente porque la acción, objetivamente considerada, entraña y lleva consigo el ánimo o intención de aprovechamiento de la situación de defensa de la víctima, ya que el sujeto activo ha de ser siempre consciente de que su actividad se produce «sobre seguro» ante la total incapacidad de reacción de su oponente. Es decir, cuando la acción se realiza sobre un menor o un desvalido, ese ánimo tendencial subjetivo queda incluido de forma indisoluble en el dato de las características de «necesaria» indefensión de la víctima (STS de 22 de julio de 1991 [RJ 1991\6004]). Es por ello que la jurisprudencia ha afirmado la existencia de alevosía en los ataques a personas indefensas, cuando quien es objeto del ataque es un desvalido por la edad (SSTS de 3 de diciembre 1993 [RJ 1993\9242] y 6 de marzo de 1996 [RJ 1996\1901]).

A la vista de lo expuesto se estima que no ofrece duda en el supuesto enjuiciado la concurrencia de la referida circunstancia agravante de alevosía al ser la víctima una niña de cinco años de edad y sin posibilidad alguna de defensa o reacción a las agresiones de los acusados habida cuenta que ellos eran los responsables de su persona.

Pese a lo dicho y lo razonado en los fundamentos de derecho anteriores, no procede su estimación en cuanto al delito del art. 147 en relación con el art. 148. 3 del C. P. Ya que como se dijo la menor edad de la víctima –cinco años en la fecha de los hechos.– ya ha sido tenido en cuenta por la acusación particular en su calificación jurídica de los hechos como lesiones del art. 148. 3 del C. P, por lo que su nueva toma en consideración a los efectos de aplicación de la mencionada circunstancia agravante queda proscrita a tenor de lo prevenido en el art. 67 del mencionado texto legal, según el cual: «las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse».(entre otras SSª A. P de Barcelona nº 783/ 1999 de 20 de julio. Sección 2ª).



2º.- PARENTESCO.

El art. 23 del C. P dispone: " Es circunstancia que puede atenuar o agravar al responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente".

A) Dicha agravación procede en todo caso respecto del acusado FRANCISCO JAVIER PÉREZ ESPINOSA (en todos los delitos excepto en el delito de malos tratos habituales del art. 173. 2 del C. P por los motivos que se dirá) y ello porque la circunstancia mixta de parentesco descrita en el art. 23 del Código Penal está fundado en la existencia de una relación parental a la que se asimila una relación de análoga afectividad dentro de los grados descritos en el artículo. En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio pietatis causa en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación.

Como se dijo no procede su estimación como acertadamente puso de manifiesto la acusación particular en sus conclusiones definitivas en el delito de malos tratos habituales, ya que el delito del art. 173.2 del Código Penal sanciona la conducta del que habitualmente ejerce violencia física o psíquica contra quien sea o haya sido cónyuge o sobre personas que esté o haya estado ligado a él de forma estable por análoga relación de afectividad, así como contra los descendientes y menores que con él convivan, entre otros sujetos pasivos. Este precepto penal tiende, por tanto, a proteger a los sujetos vulnerables dentro de la relación familiar frente a esta especial victimización, que se constituye en instrumento de perpetuación de una situación de dominio y que se produce, además, en un medio cerrado, como es el doméstico, que ofrece especiales facilidades para su perpetuación y, correlativamente, mayores dificultades de elusión por parte de la víctima. Esto es lo característico desde un punto de vista político-criminal y lo que le da un contorno especial. El



Tribunal Supremo tiene afirmado que el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder arbitrario y despótico, de una persona sobre su pareja y los menores convivientes; por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia. (STS de 7 de septiembre del 2000 [RJ 2000\7925]).

En el delito de lesiones lo que se protege es la integridad física de las personas, por lo que, si bien la circunstancia mixta de parentesco no puede ser apreciada respecto del delito previsto en el artículo 173.2 por ser parte integrante del tipo, no ocurre lo mismo respecto de los concretos actos de violencia, en los que si cabe tal apreciación (en este mismo sentido ya se ha pronunciado esta misma Audiencia Provincial en Sentencias de 1 de marzo [ARP 2002\440] y 20 de junio de 2002 [ARP 2002\694] y 3 de noviembre de 2003 [JUR 2004\18897], criterio seguido por otras Audiencias Provinciales como la de Asturias, Sentencia de 21 de octubre de 2003 [ARP 2003\815], entre otras).

B) No procede su estimación respecto de la acusada ANA MARÍA CANO FONDEVILA pues la consideración de la misma como autora de los delitos en su modalidad de comisión por omisión como ya se refirió en el fundamento jurídico anterior obliga a que si se ha apreciado el parentesco como generador de una posición de garante, no se puede tener otra vez en cuenta como circunstancia agravante del delito cometido en régimen de comisión por omisión, y así lo ha considerado la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2002 (RJ 2002\2631), («Son precisamente estos mismos deberes derivados de la relación parental los que, como infracción de un especial deber jurídico del autor conforme a lo expresamente prevenido por el art. 11 del CP/1995, determinan la posición de garante y justifican la condena de la madre de la menor como autor por omisión. Derivar de la misma infracción de los deberes parentales una circunstancia de agravación adicional implica una doble valoración, en perjuicio del reo, de una misma infracción, por lo que vulneraría el principio non bis in idem (..) En definitiva, la apreciación de la posición de garante por infracción de deberes parentales absorbe la agravante de parentesco, porque la condena ya integra el presupuesto de la agravación»).



3º.- ABUSO DE SUPERIORIDAD.

El art. 22 del C. P dispone: Son circunstancias agravantes: 2º.- Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

Se postula por parte de la Acusación Particular la apreciación en todos los delitos objetos de imputación la agravante del art. 22. 2º del C. P esto es el abuso de superioridad.

No procede su apreciación. En primer lugar y en cuanto a los delitos de lesiones del art. 148. 3º y art. 149 del C. P como se dijo anteriormente ha sido apreciada la agravante de alevosía del art. 22. 1 del C. P, por tanto dicha petición en la forma que ha sido expuesta, es jurídicamente insostenible, y ello, porque la alevosía supone la supresión de todo riesgo y toda posibilidad defensiva procedente del ofendido, mientras que el abuso de superioridad, también denominado alevosía de segundo grado, concurre en los supuestos de mero desequilibrio de fuerzas, nunca se llega a eliminar totalmente las posibilidades de defensa, ni concede al agresor un plus de inseguridad al eliminar el riesgo que pudiera proceder de la reacción de la víctima, en síntesis, se podría decir, que la superioridad supone una «disminución» de las posibilidades de defensa del ofendido, y la alevosía supone una «eliminación» de las mismas, de ahí, que la alevosía sea incompatible con el abuso de superioridad (SSTS 3-12-1991 [RJ 1991\8965], 18-11-1992 [RJ 1992\9356], 29-6-1995 [RJ 1995\4585]).

Igualmente tampoco puede apreciarse la agravante de abuso de superioridad en el delito de malos tratos habituales del art. 173. 2 del C. P, y ello porque el aprovechamiento de esa especial situación de desvalimiento, representada en este caso por una niña de corta edad, ya es «inherente» al delito citado, cuando habla de hijos, ascendientes, incapaces precepto éste, como se ha indicado en esta resolución que tiene como finalidad la protección de las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia, así pues el agredir a una niña de corta edad – cinco años – , que convivía con los acusados, unido a la habitualidad, son los elementos típicos del delito del art. 173. 2 del C. P , sin que el mismo haga distinción entre hijos mayores o menores de edad, entendiéndose incluidos todos, dado que también incluye a personas totalmente desvalidas como son los incapaces.

Igualmente tampoco procede su apreciación en el delito de contra la integridad moral del art. 173.1 del C. P por el que los acusados vienen siendo



condenados; y ello porque tal como se dijo en dicho delito la indefensión de la víctima que queda al arbitrio o voluntad del sujeto activo va implícita en el tipo, STS de 29-12-1989 (RJ 1989\9812).

4º.- LUGAR.

El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas solicitó se apreciara en los acusados y respecto de todos los delitos objeto de imputación la circunstancia agravante del art. 22. 2º del C. P esto es " con aprovechamiento de las circunstancias de lugar", por entender que los delitos fueron cometidos en el domicilio familiar.

No procede su estimación. Como declara la Jurisprudencia del Tribunal Supremo entre otras en SSª 803/ 2002 de 7 de mayo con cita de la sentencia de 8 de julio de 1986 (RJ 1986\4055), se pronunció por la incompatibilidad de la circunstancia de «despoblado» (de significación equivalente a la actual de «lugar») con la de alevosía, puesto que aquélla busca eliminar el riesgo de que otras personas pudieran acudir en auxilio de la víctima. Es decir, neutralizar una última posibilidad de defensa, de esa procedencia, con lo que tal agravante concurre objetivamente a reforzar el desvalimiento objetivo de la víctima, elemento central de la circunstancia del actual art. 22. 1º Código Penal.- alevosía.-

SEXTO.- RESPONSABILIDAD CIVIL Y COSTAS PROCESALES.

Los responsables criminalmente de un delito o falta los son también civilmente y las costas procesales se imponen por ministerio de la ley a los culpables de todo delito (Arts. 116 y 123 del Código Penal).

Atendiendo a la gravedad de los hechos, de las lesiones producidas, el clima de terror y miedo generado en el entorno familiar de Alba de cinco años de edad; la gravedad y permanencia de las secuelas que le han producido las cuales conllevan que la misma haya sufrido una pérdida total de la autonomía personal precisando de tercera persona para la supervivencia, con limitación grave o anulación de su desarrollo, educación, aprendizaje, movilidad, comunicación, vida habitual, la vida personal, la vida comunitaria y social y relaciones interpersonales; se estima ajustado a Derecho conceder en



concepto de responsabilidad civil la cantidad solicitada por las acusaciones esto es un millón cuinientos mil eruos (1. 500. 000 euros)"

SÉPTIMO.- DETERMINACIÓN DE LA PENA.

1.- FRANCISCO JAVIER PÉREZ ESPINOSA.

Por el delito contra la integridad moral del art. 173. 1 del C. P concurriendo la agravante de parentesco (art. 66.3º C. P) procede imponer la pena de seis meses a dos años en su mitad superior, esto es 15 meses y 1 día a 2 años.

Por el delito de lesiones del art. 148.3º del C. P concurriendo la agravante de parentesco, procede imponer la pena de dos a cinco años en su mitad superior, esto es 3 años y 6 meses a 5 años, con las accesorias previstas en el art. 57 del C. P.

Por el delito de lesiones del art. 149 del C. P concurriendo la agravante de parentesco y alevosía procede imponer la pena de seis a doce años en su mitad superior, esto es de 9 años y 1 día a 12 años, con las accesorias del art. 57 del C. P.

Por el delito de malos tratos habituales del art. 173 del C. P la pena de 6 meses a 3 años, en su mitad superior esto es de 22 meses a 3 años.

En todos los casos este Tribunal, atendiendo a la gravedad de los hechos, lo prolongado en el tiempo, las circunstancias personales y edad de la víctima, gravedad de las lesiones y secuelas causadas, estima ajustado a derecho la imposición en todos los casos de las penas en su grado máximo.

2.- ANA MARÍA CANO FONDEVILLA.

Por el delito contra la integridad moral del art. 173. 1 del C. P en calidad de cómplice, la pena inferior en grado a la señalada en la ley, esto es prisión de tres a seis meses.

Por el delito de lesiones del art. 148.3 del C. P la pena de prisión de dos a cinco años.

Por el delito de lesionese del art. 149 del C. P con la agravante de alevosía la pena de prisión de seis a doce años en su mitad superior esto es prisión de nueve años y un día a doce años.



Por el delito de malos tratos continuados del art. 173. 2 del C. P la pena de 6 meses a 3 años, en su mitad superior esto es de 22 meses a 3 años.

En todos los casos este Tribunal, atendiendo a la gravedad de los hechos, lo prolongado en el tiempo, las circunstancias personales y edad de la víctima, gravedad de las lesiones y secuelas causadas, estima ajustado a derecho la imposición en todos los casos de las penas en su grado máximo.

OCTAVO.- PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

El Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales elevadas a definitivas en el acto de al vista oral solicitó al amparo del art. 170 del Código Civil, se acordare respecto de la procesada Ana María Cano Fondevilla la privación de la patria potestad con respecto a su hija Alba C C

Dicho precepto señala 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; y en este sentido la jurisprudencia se ha pronunciado admitiendo que dicho pronunciamiento pueden efectuarlo los tribunales penales no sólo por vía de imposición de una pena, sino también 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 la patria potestad.

En el supuesto examinado se constata efectivamente un gravísimo incumplimiento por parte de la procesada de sus deberes de cuidado y asistencia de su hija menor de edad, de forma que debe ser estimada la pretensión de la acusación y acordar la privación de la patria potestad respecto de dicha menor, lo cual comporta que en contra de lo solicitado por la procesada en el acto de la vista oral y en ejercicio de su derecho a la última palabra en ningún caso en su condición de madre biológica será esta informada a través de este Tribunal ni directa ni indirectamente en el centro penitenciario en donde se encuentre del estado de salud y evolución de la menor Alba C C



Vistos los artículos anteriormente citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. EL REY, emito el siguiente,

FALLAMOS.

Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado/ a **FRANCISCO JAVIER PÉREZ ESPINOSA** en concepto de autor de un delito de:

- Un delito contra la integridad moral previsto y penado en el art. 173. 1 del C. P. con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco del art. 23 del C. P a a pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. En aplicación de lo dispuesto en el art. 57 y 48 del C. P, se prohíbe al condenado aproximarse a la persona de ALBA C. C su domicilio, centro escolar, casa de acogida o cualquier lugar en que se encuentre a una distancia no inferior a los 1. 000 metros, así como comunicarse con ella por cualquier medio, por un período de cinco años superior a la pena de prisión impuesta.

- Un delito de lesiones previsto y penado en el art. 148. 3º del C. P. con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco del art. 23 del C. P a a pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. En aplicación de lo dispuesto en el art. 57 y 48 del C. P, se prohíbe al condenado aproximarse a la persona de ALBA C. C, su domicilio, centro escolar, casa de acogida o cualquier lugar en que se encuentre a una distancia no inferior a los 1. 000 metros, así como comunicarse con ella por cualquier medio, por un período de cinco años superior a la pena de prisión impuesta.

- Un delito lesiones previsto y penado en el art. 149 del C. P. con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco del art. 23 del C. P y la agravante de alevosía del art. 22. 1º del C. P a pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena . . En aplicación de lo dispuesto en el art. 57 y 48 del C. P, se prohíbe al condenado aproximarse a la persona de ALBA C. C su domicilio, centro escolar, casa de acogida o cualquier lugar en que se encuentre a una distancia no inferior a los 1. 000 metros, así como comunicarse con ella por cualquier medio, por un período de diez años superior a la pena de prisión impuesta.



- Un delito de malos tratos habituales previsto y penado en el art. 173 del C. P. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de cinco años. En aplicación de lo dispuesto en el art. 57 y 48 del C. P, se prohíbe al condenado aproximarse a la persona de ALBA C. C. su domicilio, centro escolar, casa de acogida o cualquier lugar en que se encuentre a una distancia no inferior a los 1. 000 metros, así como comunicarse con ella por cualquier medio, por un período de cinco años superior a la pena de prisión impuesta

Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado/ a **ANA MARÍA CANO FONDEVILLA** en concepto de autora de un delito de:

- Un delito contra la integridad moral previsto y penado en el art. 173. 1 del C. P. en calidad de cómplice del art. 29 del C. P sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a a pena de SEIS MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. En aplicación de lo dispuesto en el art. 57 y 48 del C. P, se prohíbe al condenado aproximarse a la persona de ALBA C. C. su domicilio, centro escolar, casa de acogida o cualquier lugar en que se encuentre a una distancia no inferior a los 1. 000 metros, así como comunicarse con ella por cualquier medio, por un período de cinco años superior a la pena de prisión impuesta.

- Un delito de lesiones previsto y penado en el art. 148. 3º del C. P. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a a pena de CINCO AÑOS DE PRISION con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. En aplicación de lo dispuesto en el art. 57 y 48 del C. P, se prohíbe al condenado aproximarse a la persona de ALBA C. C. su domicilio, centro escolar, casa de acogida o cualquier lugar en que se encuentre a una distancia no inferior a los 1. 000 metros, así como comunicarse con ella por cualquier medio, por un período de cinco años superior a la pena de prisión impuesta .

- Un delito lesiones previsto y penado en el art. 149 del C. P. con la concurrencia de la circunstancia agravante de alevosía del art. 22. 1º del C. P a pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena . . En aplicación de lo dispuesto en el art. 57 y 48 del C. P, se prohíbe al condenado aproximarse a la persona de ALBA C. C



su domicilio, centro escolar, casa de acogida o cualquier lugar en que se encuentre a una distancia no inferior a los 1.000 metros, así como comunicarse con ella por cualquier medio, por un período de diez años superior a la pena de prisión impuesta.

- Un delito de malos tratos habituales previsto y penado en el art. 173 del C. P. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de cinco años. Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad sobre la menor Alba C. C. por un período de cinco años. En aplicación de lo dispuesto en el art. 57 y 48 del C. P., se prohíbe al condenado aproximarse a la persona de ALBA C. C., su domicilio, centro escolar, casa de acogida o cualquier lugar en que se encuentre a una distancia no inferior a los 1.000 metros, así como comunicarse con ella por cualquier medio, por un período de cinco años superior a la pena de prisión impuesta.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 76. 1 del C. P. se fija en VEINTE AÑOS el límite máximo de cumplimiento efectivo de las condenas.

Las penas de prohibición de comunicación y aproximación impuestas a los procesados respecto de la menor Alba C. C. se cumplirán de conformidad con el art. 57 1º párrafo 2 del C. P. de forma simultánea a la pena de prisión.

Los condenados deberán abonar conjunta y solidariamente en concepto de responsabilidad civil al legal representante de la menor ALBA C. C. la cantidad de un millón quinientos mil euros (1.500.000 €) en concepto de responsabilidad civil por las lesiones y secuelas causadas.

Todo ello con expresa condena en costas procesales por mitad, con inclusión de las causadas por la acusación particular.

Abónese a los condenados todo el tiempo que por esta causa se encuentran en situación de prisión provisional. (Francisco Javier Pérez Espinosa desde 7 de marzo de 2006; y Ana María Cano Fondevilla desde 13 de marzo de 2006)

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles de que contra la misma podrán interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma dentro del plazo de cinco días.



Así por esta nuestra sentencia de la se unirá certificación al rollo , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente constituido en Audiencia Publica, en el mismo día de su fecha. De lo que doy fe .