

Sentencia Tribunal Supremo Sala 2ª 10/10/2018

Tribunal Supremo Sala 2ª, 10-10-2018 , nº 2201/2017, rec.459/2018,

Procedimiento: Recurso de casación

Pte: Magro Servet, Vicente

ECLI: ES:TS:2018:3386

ANTECEDENTES DE HECHO

Seguido por la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, Sección Sexta, el procedimiento del Tribunal del Jurado, dimanante de la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Sta. Cruz de Tenerife bajo el nº 19 de 2017 de Ley de Jurado, se dictó sentencia con fecha 12 de mayo de 2017 , que contiene los siguientes Hechos Probados:

"CONFORME AL ACTA DEL VEREDICTO EXTENDIDA POR EL JURADO, en congruencia con el objeto del veredicto, SE DECLARAN PROBADOS LOS SIGUIENTES HECHOS: En agosto de 2015, Juliana , de 76 años de edad (nacida en 1939), convivía, junto con su hijo, el acusado Vidal mayor de edad y sin antecedentes penales computables, la esposa de éste y el hijo común de ambos, en la vivienda sita en el BARRIO000 , CALLE000 , Bloque NUM000 , NUM001 NUM002 de S/C de Tenerife, teniendo la anciana otra hija, la acusada Elena mayor de edad y sin antecedentes penales, que si bien no convivía con ellos, había acordado con su hermano el compartir las labores de cuidado y atención de madre. Juliana padecía desde el año 2000 una serie de enfermedades, entre ellas osteoporosis, artrosis, incontinencia urinaria y adicción a benzodiazepinas, y demencia senil habiendo sufrido, años atrás, al menos dos tentativas de autolisis. Por razón de su edad y enfermedades, Juliana sufrió un deterioro progresivo, perdiendo la posibilidad de caminar, así como la autonomía para realizar las actividades básicas de la vida diaria tales como asearse o comer, asumiendo Vidal , junto con su hermana Elena , la obligación del cuidado personal y diario de su madre. Ambos acusados, a pesar de ser conscientes de la situación de su madre y teniendo capacidad para cuidarla y ocuparse de ella, sin embargo desatendieron totalmente sus necesidades más elementales; dejando de alimentarla mínimamente, asearla, limpiar su entorno, cambiar su posición en la cama y curarle las heridas, lo que desembocó, como resultado previsible y evitable, en el fallecimiento de doña Juliana , hecho que se produjo el 26 de Agosto de 2015 entre las 18 y 20 horas, dándose, por parte de los familiares aviso a las 10 horas del día 27 de Agosto. La causa fundamental o principal del fallecimiento fue un cuadro de desnutrición crónica en grado de caquexia, anemia severa, úlceras de cúbito infectadas y bronconeumonía aguda purulenta. La causa intermedia un cuadro de sepsis grave secundario a la causa fundamental y especialmente al estado de úlceras de cúbito sobreinfectadas. La causa inmediata fue un cuadro de insuficiencia respiratoria aguda".

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a Vidal y Elena , como autores criminalmente responsables, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de homicidio por comisión por omisión ya descrito, a cada uno de ellos, a las penas de DIECISIETE AÑOS DE PRISIÓN E INHABILITACIÓN ABSOLUTA DURANTE EL MISMO TIEMPO y al pago de las costas procesales. Para el cumplimiento de las penas impuestas será de abono a los acusados el tiempo que hubieren estado preventivamente privados de libertad por esta causa. Llévase la presente resolución, junto con el acta del

veredicto, al legajo de sentencias, dejando certificación de todo ello en la causa. Notifíquese esta resolución a las partes, junto con el acta del veredicto. Contra la presente sentencia, de acuerdo con lo establecido en los artículos 846 bis a) y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cabe interponer por escrito ante esta Sección y en el plazo de DIEZ DÍAS, a contar desde la última notificación, RECURSO DE APELACIÓN del que conocerá la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias".

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por las representaciones de los acusados Dña. Elena y D. Vidal, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con fecha 24 de julio de 2017, cuya Parte Dispositiva es la siguiente: Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de D. Vidal y Dña. Elena contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2017, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado nº 92/2016, procedente del Juzgado de Instrucción nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, la cual confirmamos en todos sus apartados, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta instancia. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación, el cual se anunciará en el plazo de cinco días ante esta Sala y se formalizará ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados Dña. Elena y D. Gerardo, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

I.-El recurso interpuesto por la representación de la acusada Dña. Elena, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Vulneración de precepto constitucional del artículo 24.1 de la C.E., derecho a la tutela judicial efectiva, como autoriza el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración de precepto constitucional del artículo 24.2 de la C.E., derecho a un proceso público con todas las garantías; por infracción de la exigencia contenida en el artículo 120.3 y 24.1 C.E. Segundo.- Por infracción de ley al amparo de lo prevenido en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 138 en relación con el artículo 140.1 del Código Penal e indebida inaplicación del artículo 229 en concurso ideal con el artículo 142 del Código Penal con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal. Conculcación derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales del artículo 24.1 C.E.

II.-El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Vidal, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por vulneración de precepto constitucional del art. 24.1 Constitución Española, derecho a la tutela judicial efectiva, como autoriza el art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración de precepto constitucional del art. 24.2 Constitución Española, derecho a un proceso público con todas las garantías; por infracción de la exigencia contenida en el artículo 120.3 y 24.1 de la Constitución, que reconocen el derecho a la Presunción de Inocencia.

Segundo.- Por Infracción de Ley al amparo del artículo 849.1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 138 en relación con el artículo 140.1 del Código Penal e indebida inaplicación del Art. 229 C.P. en concurso ideal con el Art. 142 C.P. con concurrencia del Art. 23 del Código Penal de la circunstancia mixta de parentesco.

Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 9 de octubre de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 24 de Julio de 2017 al resolver el recurso de apelación frente a la dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Tenerife de fecha 12 de Mayo de 2017 por la que se condena a Vidal y Elena , como autores criminalmente responsables, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de homicidio por comisión por omisión ya descrito, a cada uno de ellos, a las penas de DIECISIETE AÑOS DE PRISIÓN E INHABILITACIÓN ABSOLUTA DURANTE EL MISMO TIEMPO y al pago de las costas procesales.

El resultado de hechos declarados probados por el Jurado fue el siguiente:

"En agosto de 2015, Juliana , de 76 años de edad, (nacida en 1939) convivía, junto con su hijo, el acusado Vidal mayor de edad y sin antecedentes penales computables , la esposa de éste y el hijo común de ambos, en la vivienda sita en el BARRIO000 , CALLE000 , Bloque NUM000 , NUM001 NUM002 de S/C de Tenerife, teniendo la anciana otra hija, la acusada Elena mayor de edad y sin antecedentes penales, que si bien no convivía con ellos, había acordado con su hermano el compartir las labores de cuidado y atención de madre. Juliana padecía desde el año 2000 una serie de enfermedades, entre ellas osteoporosis, artrosis, incontinencia urinaria y adicción a benzodiazepinas, y demencia senil habiendo sufrido, años atrás, al menos dos tentativas de autolisis.

Por razón de su edad y enfermedades, Juliana sufrió un deterioro progresivo, perdiendo la posibilidad de caminar, así como la autonomía para realizar las actividades básicas de la vida diaria tales como asearse o comer, asumiendo Vidal , junto con su hermana Elena , la obligación del cuidado personal y diario de su madre.

Ambos acusados, a pesar de ser conscientes de la situación de su madre y teniendo capacidad para cuidarla y ocuparse de ella, sin embargo desatendieron totalmente sus necesidades más elementales; dejando de alimentarla mínimamente, asearla, limpiar su entorno, cambiar su posición en la cama y curarle las heridas, lo que desembocó, como resultado previsible y evitable, en el fallecimiento de doña Juliana , hecho que se produjo el 26 de Agosto de 2015 entre las 18 y 20 horas, dándose, por parte de los familiares aviso a las 10 horas del día 27 de Agosto.

La causa fundamental o principal del fallecimiento fue un cuadro de desnutrición crónica en grado de caquexia, anemia severa, úlceras de cúbito infectadas y bronconeumonía aguda purulenta.

La causa intermedia un cuadro de sepsis grave secundario a la causa fundamental y especialmente al estado de úlceras de cúbito sobreinfectadas.

La causa inmediata fue un cuadro de insuficiencia respiratoria aguda.

Se interpone recurso de casación por los condenados.

RECURSO DE CASACIÓN DE Vidal

1.- Por vulneración de precepto constitucional del art. 24.1 Constitución Española , derecho a la tutela judicial efectiva, como autoriza el art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración de precepto constitucional del art. 24.2

Constitución Española , derecho a un proceso público con todas las garantías; por infracción de la exigencia contenida en el artículo 120.3 y 24.1 de la Constitución , que reconocen el derecho a la Presunción de Inocencia.

Se alega como motivo 1º al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ de denuncia la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, art. 24.2 CE por ausencia de prueba de cargo en relación con la condena por delito de homicidio por comisión por omisión por los recurrentes en la persona de su propia madre por dejarle morir en la forma descrita en el relato de hechos probados.

Señala el recurrente que nos encontramos, por tanto, con un fallo condenatorio basado en unas meras pruebas indiciarias que no reúnen los mínimos requisitos establecidos por la Jurisprudencia para adquirir eficacia probatoria para desvirtuar la presunción de inocencia.

Añade que ignora en todo momento la gravedad y extensión de la enfermedad de la madre. Entiende que su deterioro se debe a la evolución de las múltiples enfermedades, osteoporosis, artrosis, incontinencia urinaria, adicción a las benzodiacepinas, y demencia senil, que venía padeciendo desde el año 2000.

El recurrente señala que no podía imaginar, inexistencia de dolo, un final, que a pesar de su amplio historial médico, no pudieron prever profesionales que la atendieron. Asimismo, en la causa de la muerte constan datos médicos que mi patrocinado a pesar de sus atenciones no podía considerar ni valorar, como es la bronconeumonía aguda purulenta. Y que cumplía el dictado del artículo 142 del Código Civil , en sentido amplio, si bien dadas las características de las diferentes enfermedades que su madre padecía no fueron suficientes, pues en sus declaraciones consta que la alimentaban, aunque "últimamente comía poco", lo que demuestra una ignorancia, no negligencia y menos aún un dolo con finalidad de muerte.

Pues bien, hay que recordar que este Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión ahora alegada, siendo fiel reflejo del criterio de la Sala la STS 143/2013 de 28 Feb. 2013, Rec. 10977/2012 en donde se recogen los aspectos fundamentales de ese derecho anclado en el art. 24.2 CE .

Por ello, el examen de la cuestión planteada requiere traer a colación, aun sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba para desvirtuar dicha presunción.

a.- Dos principios básicos.

Derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas.

Como venimos afirmando, el derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 "solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado". Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos

considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (SSTC. 145/2003 de 6.6 , 300/2005 de 2.1 , 70/2007 de 16.4).

En este ámbito además de los supuestos de inferencias ilógicas e inconsecuentes, la STC. 204/2007 de 24.9 , ha considerado asimismo insuficiente las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

En definitiva como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas sentencias 753/2007 de 2.10 , 672/2007 de 19.7 ,cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena,cerciorándose también de queesa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio,al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, el tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se práctica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

En definitiva el control que compete al Tribunal Supremo respecto de la verificación de la prueba de cargo

suficiente para acreditar la efectiva concurrencia de todos y cada uno de los elementos del delito de que se trate no consiste en cuestionar "la específica función judicial de calificación y subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables, sino en verificar que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para la adecuada valoración", en comprobar "que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada"; y en "supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante".

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda que el derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE "se configura, en tanto que tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la práctica de la prueba y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86 , 107/89 , 384/93 , 206/94 , 24/97 , 81/98 , 189/98 , 1/99 , 235/2002 , 300/2005 , 66/2006).

B)El principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos (art. 741 LECr).

Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del " in dubio pro reo" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida como signo incriminador, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio in dubio pro reo, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una

actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado (STS 45/97, de 16.1).

b.- Diferencia entre presunción de inocencia y principio in dubio pro reo.

Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria.

La presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo.

Ello no ocurre con la regla in dubio pro reo, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatória existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional sólo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de la duda" (STS 70/98 de 26.1 , 699/2000 de 12.4).

Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad se trataba de un principio interpretativo y que por lo tanto no tenía acceso a la casación. Sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada, hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (STS 999/2007, de 12-7 ; 677/2006, de 22-6 ; 836/2004, de 5-7 ; 479/2003 ; 1125/2001; de 12-7).

Es verdad que en ocasiones el tribunal de instancia no plantea así la cuestión, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio. Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un sólo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el tribunal, a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiese condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado.

La STS 666/2010 de 14-7 , explica cómo el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál deber ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida si el tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS 709/97, de 21-5 ; 1667/2002, de 16-10 ; 1060/2003, de 25-6).

En ese sentido la STS 999/2007, de 26-11 con cita de la STS 939/98, de 13-7 , recordaba que el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes, con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECr ., pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos es preciso examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo.

c.- ¿Cuándo cabe invocar el principio in dubio pro reo?

1.- El principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar la casación cuando resulte vulnerado en su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de la duda.

2.- Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que duda, ni puede pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en caso de duda (STS 1186/95, de 1-12 ; 1037/95, de 27-12)".

Por otro lado, como ya dijimos en la STS 413/2015 de 30 Jun. 2015, Rec. 10829/2014 "el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

¿Y qué es lo que debe comprobar el Tribunal Supremo en estos casos?

1.- Que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo.

2.- Se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar debe analizarse el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

¿Dónde está el límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba? Como establece la STS. 1507/2005 de 9.12 :

"El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria,

es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral.

- 1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal
- 2.- Cómo lo dice.
- 3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

- a.- El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio".
- b.- El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical.

Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 , que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

En definitiva sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTs 458/2009 de 13-4 y 131/2010 de 18-1 ; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presenció. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

¿Y qué es lo que puede comprobar y controlar el Tribunal Supremo?

1.-Aspecto negativo:No le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes.

2.-Aspecto positivo:Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables.

¿Cuándo existirá "justificación de la duda?

Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva.

¿Qué dos cuestiones son claves en la apreciación del Tribunal de Instancia?

1.- Es necesario que concurre prueba de cargo lícita y válida.

2.- Es preciso también que el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza.

a.- Sin lo primero (prueba de cargo y válida) es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia.

b.- Si falta lo segundo (Convencimiento y certeza), porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo".

c.- Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba.

Alcance del control casacional respecto a la presunción de inocencia:

Se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en sí misma, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTC. 68/9, 117/2000, SSTS. 1171/2001 , 220/2004 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1333/2009).

En razón a lo expuesto debe analizarse, pues, si concurre prueba suficiente para declarar enervada la presunción de inocencia, y en este caso resulta que el TSJ en su sentencia ha cumplido debidamente el deber de motivación que le compete a la luz de la resolución del recurso de apelación frente a la sentencia dictada por el Tribunal de enjuiciamiento, y así la desglosa en el resultado probatorio que resulta de la siguiente valoración, que se deriva de la conclusión condenatoria a la que llegó el Tribunal del Jurado:

1.- Declaración del acusado.

"Consta acreditado a través de la prueba de declaración-confesión del condenado que éste era consciente del estado de salud de su madre, de las llagas muy feas que tenía y de su obligación de hacerle las curas, para lo cual reconoce que la enfermera le informó cómo tenía que hacerlo dejándole el material para llevarlo a cabo.

También reconoce que el centro médico se encontraba a escasos metros de su casa y que contaban con una silla de ruedas para trasladar a su madre. Que desconocía que su madre tuviera gusanos en una herida.

Que no sabía que algunas llagas llegaban al hueso. Declaró que aseaba a su madre dos o tres veces al día, que la lavaba en la silla de ruedas y la bañaba en la cama, haciéndole la comida tres veces al día, e incluso que el día de su fallecimiento le había dado de merendar un cortado.

La también condenada Elena, hija de la difunta, reconoce que durante el último año no llevaron a su madre al médico y que tenía algunas llagas pero que aparte de esto estaba bien, porque hablaba, veía la tele y no se quejaba.

Igualmente manifiesta que el día antes de morir fue a su casa, la cambió y la puso en la silla de ruedas haciéndole las curas y que estaba normal incluso riendo.

2.- Declaración testifical.

La declaración de los testigos y peritos contradicen las afirmaciones efectuadas por los condenados:

a.- Por su parte, la enfermera Africaniega haber estado en casa de la fallecida un mes antes de que esta falleciera, argumentando que la anotación que aparece en la historia clínica es un volcado de datos, siendo la última vez que fue a su casa en enero de 2014. Expone también que se desplazó al domicilio de doña Juliana el día de su fallecimiento relatando que su estado de encogimiento no era normal, que en tal estado no podía sentarse, comer o moverse a una silla, tampoco comer sola o coger la comida. En cuanto a la higiene responde que la habitación entera olía mal, que el colchón estaba sucio, al igual que la pared que estaba sucia y marrón.

b.- El testigo y policía nacional con carnet n° NUM003 contesta que estuvo en él y pudo apreciar el mal olor en la habitación de la víctima, la cual está tapada con una sábana de franela, tenía un esparadrapo y doble pañal, se encontraba en pésimas condiciones, que la suciedad del suelo, y que había heces por el olor y la impresión visual, diciéndole el hijo Vidal que ella había empeorado hacía algunas semanas. Que el cadáver tenía las uñas muy descuidadas, el cuerpo lleno de suciedad, una costra de suciedad en los pies y en el cuerpo. Manifiesta también este testigo que la hija, Elena le dijo que venía a ver a su madre muy frecuentemente y que la aseaba, la curaba y le daba de comer, que había estado la tarde anterior, y que había aseado a su madre recientemente cortándole el pelo y las uñas, exponiendo igualmente que el día 29 de julio pidieron asistencia en casa pero que no vinieron.

Manifiesta también este testigo que le tomó declaración a Noelia, nieta de la víctima, la cual le dijo que había visto a su abuela un día antes y que no le había visto llagas. Igualmente expone que le tomó declaración a Macarena, la pareja de Vidal diciéndole ésta que la anciana llevaba una semana sin comer mucho.

c.- El policía nacional con número NUM004, que también estuvo en el lugar de los hechos declarando en el Plenario que cuando llegó también se encontraban allí una patrulla, la policía científica y el médico forense, y expone un testimonio muy similar al del policía anterior en cuanto al olor, la suciedad, la impresión que le causó ver el cuerpo de la fallecida, no solo por las pronunciadas llagas sino también por la extrema delgadez del

cuerpo. Igualmente manifiesta la falta de higiene del cuerpo, el cual no se había aseado recientemente con una suciedad muy pronunciada, al igual que la habitación, totalmente descuidada y sucia y con el suelo y las paredes manchadas de lo que opina que son heces. Manifiesta igualmente que las declaraciones que tomó a los familiares eran diferentes acerca de lo que la fallecida estaba comiendo.

d.- La declaración de la doctora Mariola, de la cual la fallecida era paciente, aclaró que cuando dice "visita" no es que necesariamente venga el paciente, sino que puede venir cualquier familiar, que trató a la víctima, pero que ya hacía mucho tiempo que no iba por consulta y que tampoco consta que la fallecida estuviera en el programa de asistencia domiciliaria.

3.- Prueba pericial.

La prueba pericial practicada en el juicio oral fue aún más contundente que la de los policías que acudieron al domicilio de la víctima una vez denunciado por los familiares su fallecimiento:

a.- Los facultativos del Servicio de Criminalística números NUM005 y NUM006 afirman que en el estómago no había sedimentos de alimentos ni fragmentos sólidos, por lo que la fallecida no había ingerido alimentos sólidos en seis horas antes del fallecimiento como mínimo, así como que el líquido encontrado en el estómago no era compatible con el de un cortado, concluyendo que la fallecida estaba deshidratada, con anemia importante que podría proceder de la desnutrición, con infección grave de bacterias y que estaba consumiendo sus reservas proteínicas al no recibir alimentos.

b.- El facultativo NUM007 habla de una desnutrición severa, y el facultativo NUM008 responde que el pulmón padecía una infección grave y además con pus en los bronquios, siendo las manifestaciones externas fiebre, tos y esputos.

Que las llagas son dolorosas y que el fallo multiorgánico da lugar a una muerte agónica, pues hay una falta de oxigenación, los pulmones no funcionan y en un hospital se pone morfina para ayudar a una muerte digna.

c.- Los médicos forenses, doctores Moises y Balbino, contestan que el cuerpo estaba en posición fetal anquilosada y que para ese anquilosamiento de las piernas sugiere que la fallecida tenía que haber pasado muchos meses en esa posición.

Afirman que el cuerpo de la víctima se les presenta desnudo, con solo doble pañal, uno encima de otro, con una desnutrición grave de alimento y de líquido, sin rastro de leche ni de café, falta de higiene crónica, con manchas en la piel de meses en todo el cuerpo, las manos y en los pies con suciedad de heces, suciedad en el cuello, las orejas y las nalgas, y las uñas con crecimiento de meses, concretamente la del pulgar del pie tenía 1 cm., lo que indica un año sin cortarla.

El cadáver tenía larvas de mosca de varios días de evolución, lo que indica que no se habían limpiado en días, e incluso una cucaracha. Que tanto las escaras, múltiples, llegando algunas al hueso, como la anquilosis indican que el cuerpo adoptó esa posición y no se le movió.

Que la gasa que sujetaba el esparadrapo estaba verde y con secreciones, lo cual significa que llevaba varios días puesta.

Que las heridas del cadáver estaban casi todas abiertas y sucias y que esas heridas duelen mucho porque son abiertas. Igualmente afirman que la fallecida muy difícilmente pudo hablar el día anterior, aunque podía haber gemido, concluyendo que hubo un cuadro muy largo de agonía y dolor por la falta de respiración y por las llagas abiertas, a lo que se suma la fiebre y demás patologías.

En cuanto a su historial médico responden que hubo un ingreso en noviembre de 2013 por múltiples úlceras infectadas, pero que fue dada de alta poco después y portaba un cuadro de desnutrición, pero que no tenía nada que ver con las que presentaba el cadáver.

Respecto al ingreso de enero de 2014, también por úlceras e infección, fueron curadas y se ordenó el seguimiento y curas, ignorando si siguieron el tratamiento y el seguimiento y que no ve en el historial otra actividad hasta diciembre de 2014 en que fueron a pedir pañales. Aclaran que las personas del entorno debieron darse cuenta de la gravedad porque no es normal y debían de haber pedido ayuda si no podían hacerlo ellos.

Por ello, señala el Tribunal en su sentencia que "es contundente la prueba de la que contó el Jurado para dar por probados los hechos que fueron calificados como delito de homicidio en comisión por omisión.

El Jurado fundamenta la decisión de dar por probados los hechos en la abundante prueba que tuvo a su disposición así como en las contradicciones que pudo apreciar en las declaraciones de las cuatro personas que estuvieron cerca de la víctima: Sus hijos, Vidal y Elena, la pareja de Vidal, Macarena, y su nieta Noelia. Y así fundamentó la culpabilidad de ambos:

«Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes:

1.- Apreciar contradicciones en las declaraciones de ambos acusados con respecto a los cuidados y la limpieza de la fallecida.

2.- La inspección ocular que pone de manifiesto el alto grado de abandono en que se encontraba la fallecida.

En un informe, aportado a la causa, del Centro Hospitalario de la Candelaria de 28 de noviembre de 2013 cuando hace mención, en la exploración física de la fallecida a "paciente, consciente, demenciada" y "se valora preferentemente por neurología y cambios de posición cada dos horas" lo que pone de manifiesto que los acusados no hicieron caso a las recomendaciones médicas.

3.- La unión de todas las pruebas periciales forenses, biológicas y toxicológicas, vista oral, y documentales demuestran que la fallecida ha muerto por las infecciones generalizadas y un fallo multiorgánico originado por una prolongada desatención que Juliana, al ser una persona dependiente tal como se recoge en el Salud, necesitaba de cuidados y asistencia para realizar las actividades diarias, como asearse y comer, por lo tanto, dependía de sus hijos que actuaran como cuidadores y quienes desatendieron esas necesidades elementales, dejando de alimentarla, asearla, limpiarle la habitación además de no suministrarle los medicamentos necesarios para paliar sus enfermedades, dando como resultado "previsible y evitable" la muerte.

Tras analizar las pruebas periciales biológicas, químicas, histopatológicas y forenses además de las pruebas testificales de los policías que acudieron a la vista oral, el Jurado concluye que, si se hubiera tratado adecuadamente a la fallecida, con un mínimo de interés, el resultado hubiera sido diferente. No obstante, la situación degeneró en la muerte de Juliana que fue calificada por el médico forense D. Moises como una "muerte agónica, dolorosa y sufrida".

Vemos, pues, que, muy lejos de la situación de ausencia de prueba que se describe por el recurrente, la convicción del Tribunal está basada en prueba suficiente y, además, contundente, circunscrita a testifical absolutamente de cargo, y prueba pericial que coteja la situación de auténtico abandono en la que se encontraba la fallecida, la cual tuvo una muerte agónica y dolorosa, que se acredita con las pruebas practicadas y que, además, hacen depositar en los propios hijos de la fallecida, como cuidadores de la misma, una responsabilidad

no solo penal, sino, también, moral, al haber desatendido de forma extensa en el tiempo a su propia madre sin preocuparse de atenderle en la evitación del largo sufrimiento que debió pasar, como consta en la prueba valorada por el Tribunal, en razón al deterioro físico en el que se encontraba la fallecida, y las evidentes pruebas del dolor que tuvo que padecer y sufrir la misma ante la absoluta desatención de sus propios hijos que la dejan en estado de absoluto abandono. Y sin que, por ello, pueda constituir un tipo penal de menor graduación punitiva en torno a un mero acto de abandono, sino que la tipificación es correcta al tratarse de un acto gravísimo de omisión, cual es el de dejar morir a su propia madre a no prestarle los más elementales cuidados para su vida, causándole, además, una muerte grave y dolorosa.

La propia Audiencia Provincial, también señala en su sentencia que "de la documental aportada se desprende que en fecha 28 de noviembre de 2013, alta hospitalaria del Hospital de La Candelaria, ya se hace mención a las condiciones físicas de la paciente, al señalarse que se trata de una persona demenciada que debe ser valorada por neurólogo y que debe ser cambiada de posición cada dos horas. Cuidados que no dispensaron los acusados. En su declaración los forenses señalaron que la rigidez de las extremidades inferiores (posición fetal) provenía de muchos meses en dicha posición.

Por otra parte del historial médico de la fallecida procedente de su Centro de Salud en Los Gladiolos se desprende que salvo para lo que en régimen ambulatorio se denomina "repetir", esto es, acudir a por medicamentos, en nuestro caso gasas o betadine, Dña Juliana no acudió en los últimos años a consulta médica ni fue requerida presencia del facultativo en el domicilio. Extremo que fue corroborado por la doctora de dicho centro médico así como por la enfermera, doña Mariola , y doña Africa , concretamente esta última negó categóricamente que el día anterior al fallecimiento acudiera al domicilio a curar las heridas".

Con ello, existe prueba suficiente del estado de abandono en el que se encontraba la fallecida, pero por la absoluta omisión de los cuidados que tenían los hijos y que, sin embargo, no le dispensaron, dejándole morir, a sabiendas de que con su omisiva actuación le estaban causando un sufrimiento grave que le iba a causar la muerte de forma y manera irremediable, por cuanto es sumamente descriptivo el cuadro en el que se encontraba la fallecida, según consta en la prueba testifical y pericial practicada en el plenario, y que ya se ha referido.

Además, dado que por su estado la fallecida no podía realizar el desplazamiento por sí sola al centro médico para que le atendieran debidamente eran sus hijos, como garantes, los que, pudiendo hacerlo, no atendieron sus obligaciones ante su madre. Obligación, ésta, que en principio es civilística del art. 142y143 CC, por cuanto los hijos deben prestar la debida atención a sus padres ante la edad adulta de éstos cuando no tienen medios ni posibilidades de cuidarse por sí solos, y esta desatención absoluta dejándoles a su suerte configura un marco penal por la ilicitud por omisión de la necesidad de suministrarle atención en la medida en la que deben llevarles a centros médicos cuando sea patente esta necesidad. Ello se comprueba en el estado deteriorado que tenía la fallecida por la absoluta desatención de sus propios hijos.

Debe dejarse claro, pues, la obligación de los hijos de atender a sus padres, como obligación, no solo natural, sino como obligación civil, que desemboca en el ámbito penal, cuando ante la posición de garantes de los hijos respecto de sus padres, aquéllos les desatienden con resultados semejantes a los que aquí constan, falleciendo la víctima ante la absoluta desidia y desatención de los hijos, que, ante la evidencia de la necesidad de atención, no solo personal, sino, también, médica le dejan morir de forma cruel, como consta en el relato de hechos probados, al relatar que:

"Ambos acusados, a pesar de ser conscientes de la situación de su madre y teniendo capacidad para cuidarla y ocuparse de ella, sin embargo desatendieron totalmente sus necesidades más elementales; dejando de alimentarla mínimamente, asearla, limpiar su entorno, cambiar su posición en la cama y curarle las heridas, lo que desembocó, como resultado previsible y evitable, en el fallecimiento de doña Juliana , hecho que se produjo el 26 de Agosto de 2015 entre las 18 y 20 horas, dándose, por parte de los familiares aviso a las 10 horas del día

27 de Agosto.

La causa fundamental o principal del fallecimiento fue un cuadro de desnutrición crónica en grado de caquexia, anemia severa, úlceras de cúbito infectadas y bronconeumonía aguda purulenta .

La causa intermedia un cuadro de sepsis grave secundario a la causa fundamental y especialmente al estado de úlceras de cúbito sobreinfectadas.

La causa inmediata fue un cuadro de insuficiencia respiratoria aguda".

Queda, asimismo, probada la existencia de dolo en los recurrentes, ya que tiene declarado esta Sala que en los delitos de omisión está presente cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa, que es lo que ha sucedido en el presente caso.

La omisión, como ilícito penal, concurre con claridad en los casos de graves incumplimientos de las obligaciones de atención y cuidado que desembocan en un resultado lesivo o mortal, como en este caso, ya que concurre un nexo de unión o de causalidad entre la omisión grave y el resultado producido. Recordemos que el art. 142 CC señala que: Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, y el art. 143 CC añade, como complemento, que Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1.º Los cónyuges. 2.º Los ascendientes y descendientes. Se atiende, así, a una obligación de carácter civil, en principio, pero que puede y debe tener efectos en el orden penal si, como consecuencia de ese incumplimiento grave, se produce una situación en nexo causal con el incumplimiento de la obligación de garantes que existe en derivación de esa inicial obligación civil. De esta manera, el resultado mortal irrumpe en el nexo causal relacionado directamente con un omitir que lleva como consecuencia a la muerte de la persona que tiene el derecho a recibir la atención médica y el cuidado por el obligado a prestarlo, que en este caso no son otros que sus propios hijos. Distinto sería que aun ante el incumplimiento propio de la obligación se busquen, al menos, los medios para que esta obligación de cumpla por tercero, pero si esta tampoco se busca se produce una situación omisiva grave de la que deriva no solo una responsabilidad por el mero acto del abandono, sino, también, por el resultado final que es el desencadenante de la omisión previa del cumplimiento de la obligación de cuidado y atención.

Bajo esta posición, los hijos tienen esta obligación que no solo es natural, sino jurídica cuando los padres no pueden cuidarse por sí solos. Se trata de una obligación de derecho natural en esencia, pese a su plasmación posterior en normativa civilística en cuanto regulalos alimentos entre parientes.

Puede llegar a afirmarse, pues, que los hijos tienen una obligación superior a la moral de atender a sus padres cuando éstos han alcanzado una edad que no pueden valerse por sí mismos, y aparecen como garantes de esa atención indispensable que los hijos deben prestar a sus padres en sintonía con la reciprocidad de la atención que éstos tuvieron con ellos prestando los debidos cuidados y atención cuando los necesitaban por no poder valerse, de igual modo, por sí mismos. En el caso de que esa obligación no se cumpla debidamente, en una u otra dirección, y se incumpla gravemente la tutela de garante que ambos tienen en distintas épocas de la vida se convierte en una obligación legal incumplida, que acarrea responsabilidades que, en este tipo de casos, como se constata en el relato de hechos probados, tiene un alto grado de reprochabilidad, no solo social, que la tiene, sino también, y sobre todo, penal.

Por todo ello, y fijadas estas precisiones de carácter obligacional de los recurrentes, que son la esencia de la ilícita omisión de cuidado y asistencia, se entiende que ha habido, por ello, prueba bastante tenida en cuenta como de cargo para enervar la presunción de inocencia, ya que, como manifiestan en sus declaraciones los acusados, ambos se encargaban del cuidado de su madre, quien, por su edad y múltiples enfermedades que

padecía, era incapaz de valerse por sí misma, permaneciendo de continuo en la cama, y, pese a ello, la abandonaron absolutamente habiendo quedado acreditado por la prueba testifical y pericial médica practicada en el acto del juicio oral.

Los acusados tenían la conciencia de poder percibir las consecuencias de su conducta omisiva, y pese a ello asumieron las consecuencias que de ello se derivaban, ya que no podrían dejar de prever el resultado fatal que finalmente se produjo, el cual puede ser previsto por cualquier persona sin un gran esfuerzo de conocimiento o comprensión. La desidia y dejadez fue notoria ante una grave situación omisiva, cual es la de atender a su madre enferma y dejar de hacerlo, pese a poder evitarlo. No se trata de un mero acto de abandono como delito de riesgo, es decir, por el mero acto del abandono, sino de un omitir doloso y consciente a sabiendas, porque era fácilmente predecible, que ese omitir llevaría consigo la muerte de su madre. Además, en el ámbito penológico se tiene en cuenta por el Tribunal, aunque no es objeto de recurso, la gravedad del omitir y el sufrimiento que tuvo que padecer la madre, al morir lentamente y, posiblemente, de forma agónica, como se constata con las pruebas testificales y pericial que se han practicado. La gravedad de los hechos que queda resuelta en el ámbito penológico tiene su base en la agonía que tuvo que padecer la madre, motivada por el no hacer de sus hijos, y el sufrimiento mayor que el que puede desprenderse de un acto homicida puntual de corta duración en el padecer de la víctima, lo que convierte el hecho en más reprochable aún, y que tiene su efecto en el ámbito de la pena, ya que, incluso, el Magistrado- Presidente destacó en la sentencia que "según declararon los médicos forenses, la muerte fue lenta y dolorosa".

El motivo se desestima

2.- Por Infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 ° y 2° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 138 en relación con el artículo 140.1 del Código Penal e indebida inaplicación del Art. 229 C.P . en concurso ideal con el Art. 142 C.P . con concurrencia del Art. 23 del Código Penal de la circunstancia mixta de parentesco.

Señala el recurrente que no está de acuerdo de que haya quedado acreditado el dolo del recurrente, pues no podía imaginar el desenlace, ni planificarlo, es de aplicación el delito de abandono del art. 229 del Código Penal , junto al art 142 del mismo texto legal .

Entiende que, subsidiariamente, los hechos son constitutivos de un delito de abandono en concurso ideal con el delito de homicidio imprudente concurriendo la circunstancia modificativa mixta de parentesco.

Debemos desestimar este motivo, ya que, como señala esta Sala del Tribunal Supremo 459/2013 de 28 May. 2013, Rec. 11039/2012 :

"Podrá sostenerse la imprudencia cuando el omitente, por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida".

En este caso, ello de ningún modo se infiere de los hechos que se declaran probados ni de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, ya que el relato de hechos probados no detalla "un desconocimiento" de la gravedad de la situación de hecho que tenía la madre, ya que del resultado de la testifical y pericial se desprende que las evidencias del estado de la madre eran graves, y ello determina que la situación es una absoluta inacción hasta dejarle morir.

No se trata de una mera imprudencia que dé como resultado una muerte, sino de una auténtica acción dolosa de ambos hijos respecto de su propia madre, lo que convierte el acto en sí mismo considerado, como de mayor gravedad, dada la directa relación parental que une, o debe unir a los hijos con sus padres, y la obligación de

garantes que los hijos tienen para con sus padres, cuando llegada la mayor edad de éstos deben atenderles y cuidarles debidamente.

Situación distinta es que le hubieran dispensado asistencia por tercera persona o centro asistencial, con lo cual la posición de garante queda respondida con la cobertura necesaria, aunque sea por terceros y no por ellos mismos, pero en este caso no se trató de un acto imprudente, o de un mero abandono del art. 229 CP, sino de una omisión pura de asistencia dolosa, a sabiendas, por consecuencia, de que iba a morir, y si no por dolo por directo, por dolo eventual.

La doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo en cuanto a las cuestiones alegadas por el recurrente es clara al respecto.

1.-Comisión por omisión: Señala, asimismo, la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 27 Jun. 1997, Rec. 3248/1996, que:

"La estructura del delito de comisión por omisión que ha venido precisando la doctrina de esta Sala (cfr., entre otras muchas, S 19 Ene. 1994) no se ve desautorizada por el art. 11 CP vigente.

El tipo objetivo se integra por las siguientes notas:

- a) que la no evitación del resultado que implica la omisión sea equivalente a su causación;
- b) que el resultado que no se ha evitado sea típico y
- c) que se haya infringido un especial deber jurídico que le era exigible para la evitación del resultado por su posición de garante.

Y las fuentes de esa posición de garantía vienen concretadas en el citado art. 11, en una doble alternativa, en los siguientes términos:

«a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar» y

«b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

Se afirmará la imputación objetiva del resultado cuando el sujeto que se hallaba en posición de garante hubiese podido evitarlo mediante la acción que le era exigible y ha omitido".

Por otro lado, señala el art. 11 CP que:

"Los delitos 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. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

2.-Exigencias en la aplicación del art. 11 CP: También, en la Sentencia de esta Sala 363/2007, de 28 de marzo se declara que:

"Los elementos fácticos que permiten la aplicación del artículo 11 del Código Penal son los siguientes:

- a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley.
- b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 C.P. exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación.
- c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate.
- d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.
- e) 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 jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

3.-La posición de garante: En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 64/2012 de 27 Ene. 2012, Rec. 598/2011 se trató de un tema en el que la posición de garante era de la madre respecto de la hija, y se hizo constar que:

"En los delitos de resultado la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo es de apreciar cuando el omitente se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir el resultado.

En otros términos tanto realiza la conducta típica, en este caso matar, quien realiza activamente una conducta dirigida a la producción del resultado como quien estando obligado a defender un bien jurídico, vida de un hijo menor, en este caso de 1 año de edad, frente a agresiones que le ponen seriamente en peligro, se desentiende completamente de su protección y deja actuar al agresor, omisión de la actuación debida. Esa omisión es equivalente a la acción en la medida en que el incumplimiento de su deber de actuar en protección de la hija menor, ante la situación de peligro de muerte, supone la realización de tipo del homicidio calificado que se declara probado pues la omisión, repetimos en las circunstancias del hecho, por quien tiene un deber especial de actuar en defensa del bien jurídico en grave peligro, nacido de los deberes legales de asistencia y protección y de la propia naturaleza de la relación entre padres e hijos menores".

Incidimos en este caso en que la posición de garante a lo largo de la vida en el círculo familiar empiezan a tenerla los progenitores frente a sus hijos menores, pero, también, mucho más tarde, los hijos respecto a los padres cuando éstos, por su avanzada edad, y su falta de autonomía y absoluta dependencia, están necesitados de una ayuda por su entorno familiar, que son sus hijos.

Y son responsables penalmente ante un estado de abandono absoluto de éstos, siendo quienes, por su cercanía y descendencia, deben atenderles, pudiendo hacerlo, y no delegando esta obligación natural y jurídica en terceros. Es esta inacción ante una necesidad lo que les hace responsable por omisión ante el previsible resultado mortal que les pueda ocurrir a quienes están a su cuidado si queda probado, como en este caso ocurrió, que este fatal desenlace se produce, precisamente, por el estado de abandono en el que dejan a la madre. Y ello, es hecho perfectamente probado.

La única opción de no aplicarles a los hijos esta responsabilidad como garantes se centra en que hubieran dispuesto una cobertura de esa asistencia en terceras personas a quienes por contrato, u otro mecanismo, se les

hubiera adjudicado la asistencia a los progenitores, con lo que esta posición haría entrar a los hijos en una "desatención más moral" que punible, ya que habrían traspasado contractualmente esta obligación en este tercero, pero, al menos, habría cubierto esta obligación, aunque depositándole en personas que les van a atender medicamente, y en muchos casos con la profesionalidad que conlleva una atención personal que aunque no puede sustituir a un hijo, sí, al menos, intentar hacerlo ante el abandono de su responsabilidad moral por los hijos.

4.- Inaplicación del dominio del hecho de quien ocupa la posición de garante: También señalamos en la sentencia de esta Sala 358/2010 de 4 Mar. 2010, Rec. 11215/2009 que:

"El criterio del dominio del hecho no puede ser aplicado a la modalidad comisiva por omisión, pues por su propia naturaleza quien omite una conducta no dirige nada, no siendo posible considerar que quien omite, con su inacción contribuya a la realización del resultado. La jurisprudencia de esta Sala, vid. STS 24 de julio de 1992, ha considerado que la omisión no es una simple complicidad, sino de autoría en el delito, dado que el garante omitente tiene un comportamiento equivalente al del sujeto activo. Decíamos en aquella Sentencia, y ahora reproducimos, que en los delitos de resultado la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo es de apreciar cuando el omitente se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir el resultado".

5.- El dolo eventual en la conducta omisiva: También, en la sentencia de esta Sala 41/2018 de 25 Ene. 2018, Rec. 10487/2017 recordamos que:

"Para la existencia del dolo eventual basta con conocer los elementos del tipo objetivo de los que resulta la creación de un peligro jurídicamente desaprobado, y, además, admitir el resultado como altamente probable. En realidad, si el resultado es, objetivamente y para cualquier observador medio, altamente probable, la continuación con la acción demuestra la aceptación de ese probable resultado, sin que sea necesario nada más".

Visto el resultado de hechos probados cualquier persona, salvo prueba de su discapacidad, o imposibilidad física, o psíquica, lo que aquí no concurre, podría valorar y percibir la necesidad de la asistencia a la madre en esas circunstancias, y aquí esta asistencia no se produce, por lo que es adecuada la calificación de homicidio en comisión por omisión.

E insistimos en que aunque suele ser más habitual la condena en casos de padres que desatienden su obligación de garantes respecto de sus hijos, no por ello debe descartarse el acto ilícito penal en el caso de que sea al revés, por lo que, incidimos, en que exactamente igual que los padres son garantes de sus hijos menores, los hijos mayores deben ser garantes de cuidado y atención médica de sus padres mayores y con necesidad de atención médica, cuyo incumplimiento no lleva como consecuencia el de una obligación moral, sino un ilícito penal por el que acertadamente han sido condenados.

Además, la sentencia del TSJ descarta este motivo al señalar que: "La conducta de la omisión produce un resultado de muerte, que es lo que incardinan dichos hechos en el art. 138 del Código Penal y no en el pretendido 229 del mismo cuerpo legal. A tal fin, cabe señalar que la sentencia del Tribunal del Jurado, afirma la concurrencia del elemento subjetivo y objetivo que requiere el delito de homicidio del art. 138 C.P., indicando que el dolo homicida incluye tanto el dolo directo como el eventual, que, como todo factor anímico, debe inferirse del comportamiento externo acreditado. Las diferencias entre el dolo eventual y la culpa consciente, fronteriza con aquél, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, presenta al primero de ellos, dolo eventual, "cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico ...

El Tribunal del Jurado llega al hecho consecuencia explicitando que la desatención llevada a cabo por los hijos

de la víctima, desatención en cuanto a alimentación, bebida, mínima higiene personal, desatención en la curación de las úlceras y llagas que como consecuencia del encamamiento padecía la fallecida, es un descuido de tal magnitud del que sólo puede concluirse, de forma razonable y lógica que los condenados, aun en el supuesto de que no tuvieran la intención directa de provocar con sus actos de omisión la muerte de la víctima, sí que comprendían que con tal actuación podían causar la muerte de Juliana , y, pese a ello, aceptaron tal resultado como posible, persistiendo en su falta de atención y de cuidado, infiriendo de todo ello que pudiera producirse un "resultado previsible y evitable" de fallecimiento de la víctima, por lo que queda plenamente acreditado todos y cada uno de los elementos del delito de homicidio del art. 138 del Código Penal ".

Se descarta el delito de abandono del art. 229 CP.

Por otro lado, debemos descartar absolutamente la comisión de un delito del art. 229 CP , ya que el abandono, como tal, no es un acto que corresponde a lo que se ha producido, ya que lo ocurrido es un delito de resultado, y, el tipo penal del art. 229 CP es de riesgo.

Sobre este tipo penal ya declaramos en la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 347/2018 de 11 Jul. 2018, Rec. 1381/2017 que:

"Hay que recordar que en los casos del abandono de menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección el legislador ha querido incluir y diferenciar los distintos supuestos, y así:

- 1.- Consta de un tipo básico, que se describe en el artículo 229.1.
- 2.- Dos tipos agravados: uno en el artículo 229.2 por la cualidad del sujeto activo, y otro el ahora analizado del art. 229.3 CP , porque el abandono se realiza en unas condiciones en que se ponen en peligro concreto otros bienes jurídicos del menor o persona necesitada de especial protección, y
- 3.- Un tipo privilegiado por la corta duración del abandono, que se contempla en el artículo 230 y que rebaja la pena de los artículos anteriores.

Las modalidades del art. 229 y 230 CP son supuestos de abandono propio frente a la modalidad de abandono impropio del art. 231 CP .

Respecto al bien jurídico protegido en este caso del art. 229.3 CP ahora analizado, más que las relaciones jurídico familiares la doctrina considera que se trata de proteger en el caso del tipo penal del art. 229.3 CP la dignidad de la persona, de su integridad física y moral, lo que no se solapa exactamente con la vida y la salud de las personas. Y de esta manera asociamos a ello que en los casos en los que el resultado lesivo sobrevenga asociado al abandono procede apreciar un concurso de delitos, puesto que, como apunta la doctrina, la dignidad de la persona no es equivalente a la suma de vida, salud, libertad y otros derechos del individuo, sino que siempre queda un remanente que puede ser menoscabado.

Además, recordemos que la inexigencia de la constatación de un resultado en el tipo penal del art. 229.3 CP viene reflejado en que se añade in fine en el precepto «sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave», por lo que queda claro que el tipo penal del art. 229.3 CP es un delito de constatación del peligro concreto para la vida, salud o integridad de las personas. Y debe añadirse que el fundamento de esta agravación es, precisamente, la tutela de tales bienes jurídicos antes reseñados.

Por ello, si en el caso del art. 226, y el delito del art. 229.1 debe interpretarse como un delito de aptitud abstracta o peligro hipotético, la doctrina concluye que tal intelección es coherente con el subtipo agravado del apartado 3, que requiere algo más: la verificación de un peligro concreto y constatado en los hechos probados, que en este

caso se destaca al señalar el hecho probado que la condenada dejó de velar por su tutelado, suprimiendo los envíos de dinero, poniendo fin a los tratamientos y asistencias que se le prestaban en España para el cuidado de sus graves secuelas, no informando al Juez sobre su situación, ni rindiendo cuentas sobre su administración, ni promoviendo de ningún modo la recuperación de su capacidad y su mejor inserción social. Tal situación se ha prolongado de manera ininterrumpida hasta la actualidad, lo que ha puesto en peligro la salud del tutelado. Por ello, la situación descrita en los hechos probados evidencia esa situación de peligro que debe siempre recogerse en los hechos probados, como aquí consta, llegando el Tribunal a la convicción por la inferencia de esa constatación del peligro.

Como señala la doctrina, este tipo agravado proviene de las tradicionales figuras de delitos cualificados por el resultado que existían en el anterior CP. Concretamente los arts. 488 y 489 del CP /1944 agravaban la pena para el supuesto de que del abandono o de la entrega indebida del menor resultase su muerte o se pusiese en peligro concreto su vida. Como es sabido, gracias a que la legislación española se recondujo al principio de responsabilidad subjetiva al exigir que el resultado cualificante fuese imputable al autor, al menos, a título de culpa (art. 1 párr. 2º ACP tras la reforma llevada a cabo por LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal), ya no resultaba suficiente la mera causación para que pudiesen ser imputadas las formas agravadas, sino que tales resultados tendrían que ser imputables al autor tanto objetiva como subjetivamente. De este modo, las tradicionales figuras de delitos cualificados por el resultado se convirtieron en tipos complejos o compuestos, suponiendo una loable mejora desde el punto de vista del respeto al principio de culpabilidad. Incluso, algunos autores tratan ese art. 229.3 CP como una modalidad de tipos cualificados por el resultado de peligro.

El art. 229.3 CP obedece a esta transformación, configurándose así como un tipo compuesto, integrado por una primera parte que constituye el abandono del menor o incapaz (aparts. 1 y 2 del art. 229 CP) y por una segunda parte que vendría a ser un delito específico de peligro concreto para la vida, salud, integridad física o indemnidad sexual del menor o incapaz. El tipo agravado trataría así de proteger también estos otros bienes jurídicos adelantando la intervención penal a una fase previa a la lesión y para ello se contentaría con la simple puesta en peligro concreto de los mismos".

Dolo eventual y culpa consciente

Sobre las diferencias entre ambas señalamos en la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 203/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10572/2017 que:

"Como recuerdan las SSTS 41/2014 de 29 de enero o 419/2015 de 12 de junio , con cita de la SSTS 1064/2005 de 20 de septiembre y 1573/2002 de 2 de octubre , respecto a la hipótesis del resultado atribuible a título de dolo eventual cabe mantener dos tesis que marcan la diferencia con la imprudencia que postula la recurrente:

- 1.- En el dolo eventual, el autor se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado representado en la mente del autor.
- 2.- En la culpa consciente, en cambio, no se quiere causar la lesión aunque también se advierte su posibilidad y, pese a ello, se actúa.

Es decir, se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor.

Obra con culpa consciente quien, representándose el riesgo que la realización de la acción puede producir en el mundo exterior al afectar a bienes jurídicos protegidos por la norma, lleva a cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá y, sin embargo, éste se origina por el concreto peligro desplegado.

Por su parte la STS 54/2014 de 11 de febrero, con cita de otras anteriores, explicó que "la jurisprudencia de esta Sala considera que en el dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo (dolo eventual y culpa consciente) una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo.

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

En el dolo eventual, el autor también se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado (representado en la mente del autor).

En la culpa consciente, no se acepta como probable el hipotético daño, debido a la pericia que el agente cree desplegar, o bien confiando en que los medios son inidóneos para producir aquél, aún previendo conscientemente el mismo. En el dolo eventual, el agente actúa de todos modos, aceptando la causación del daño, siendo consciente del peligro que ha creado, al que somete a la víctima, y cuyo control le es indiferente.

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

En definitiva, concluyó la STS 54/2015 de 11 de febrero, que "cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no puede controlar, debe responder de los resultados propios del peligro creado, aunque no persiga tal resultado típico".

En la sentencia se explicita con detalle el alcance de la comisión de los hechos con el dolo que se desprende de los hechos probados descartándose la culpa consciente.

En tal sentido, en modo alguno puede tratarse de los hechos probados ni como un delito de homicidio imprudente ni como un delito del art. 229 CP, ya que concurre en los hechos un dolo relevante directo o eventual por el que los hijos eran conscientes de lo que podría ocurrir, y finalmente ocurrió, y debieron representárselo como probable, por lo que el estado en el que se encontraron a la madre era el desenlace final que ellos podría esperar y asumieron dolosamente a sabiendas de que si no le atendían podría ocurrir lo que

sucedió, y es la muerte de su propia madre.

Respecto a postular ambos recurrentes la atenuante del art. 23 CP para que opere como atenuante el parentesco es sabido que en los delitos de omisión en los que se trata la posición de garante no se aplica el art. 23 CP .

Señala esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 195/2018 de 24 Abr. 2018, Rec. 655/2017 que

"De conformidad con la jurisprudencia de esta Sala -cfr. SSTS 870/2014, 18 de diciembre ; 64/2012, 27 de enero ; 988/2006, 10 de octubre y 20/2001, 22 de enero - , se excluye la aplicación de la agravante de parentesco cuando se trata de un delito cometido por omisión, si ha sido precisamente esa relación de parentesco la que ha determinado la condena de la madre por revestirla de la «posición de garante» respecto de un hijo. Son precisamente estos 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 Código Penal , determinan la posición de garante y justifican la condena como autora por omisión. De ahí que la aplicación de la agravante de parentesco, derivada de esta misma relación parental, implicaría su doble valoración en perjuicio del reo, vulnerando así el principio non bis in ídem".

Pero tampoco puede operar como atenuante, ni mucho menos, dado el grave resultado de los hechos probados provocado por la omisión deliberada de ambos recurrentes.

Incluso, esta gravedad lleva al Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado a llevar a cabo la individualización judicial de la pena para fijar la de 17 años de prisión en atención a la cruda y grave realidad a que desemboca el "omitir" de los condenados en su obligación de ayuda a su madre, dejándole literal y dolosamente morir, ya que se recoge en el FD 4º de la sentencia "el estado en el que se encontraba la fallecida, con un deterioro físico tan ostensible queresultaba sobrecogedor",destacando que su situación fue provocada por la dejadez incomprensible de sus propios hijos, lo que lleva al Magistrado- Presidente a individualizar la pena atendidas las circunstancias del caso por su gravedad.

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN DE Elena

1.- Vulneración de precepto constitucional del artículo 24.1 de la C.E ., derecho a la tutela judicial efectiva, como autoriza el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración de precepto constitucional del artículo 24.2 de la C.E ., derecho a un proceso público con todas las garantías; por infracción de la exigencia contenida en el artículo 120.3 y 24.1 C.E .

Se alega por la recurrente que "la sentencia resolutoria de apelación, no expresa contundentemente en qué concreta prueba se basa para afirmar la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia de la condenada, se limita a expresar que las contradicciones de los hijos fueron notables y que ello analizado conjuntamente con el resto de prueba acredita la situación de necesidad de la madre, de la cual eran conscientes ambos, desoyendo las argumentaciones de la defensa de la recurrente en cuanto a que no era conocedora del alcance o consecuencias del resultado de la muerte. Se alude como elemento de convicción del jurado a que Juliana , la fallecida, al ser una persona dependiente tal y como se recogía en el Servicio Canario de Salud, necesitaba de cuidados y asistencia para realizar las actividades básicas de la vida diaria, como asearse comer, por lo tanto dependía de sus hijos que actuaban como cuidadores y quienes desatendieron esas necesidades elementales, dejando de alimentarla, asearla, limpiarle la habitación además de no suministrarle los medicamentos necesarios para sus enfermedades, dando como resultado "previsible y evitable" la muerte, de quien si se hubiera tratado adecuadamente con un mínimo de interés, no habría fallecido".

Apunta también la recurrente que "la posición de garante de la condenada era indiscutible, ahora bien, no consta acreditado que ella fuera consciente del resultado final, ni de que la muerte fuera previsible y evitable; a dicho respecto nos remitimos a sus manifestaciones en el plenario: que la cuidaba, que tenía algunas llagas pero que aparte de eso estaba bien, porque hablaba, veía la tele y no se quejaba, que el mismo día antes de morir fue a su casa, la cambió, la puso en la silla de ruedas haciéndole las curas y estaba normal incluso riendo; incluso que el día 29.07.15 pidieron asistencia pero no acudieron".

Pues bien, debemos reproducir lo antes expuesto con respecto al anterior recurrente ya que la obligación de asistencia y atención era de ambos, y el resultado de hechos probados es concluyente, así como la prueba practicada ya antes citada de la que se desprende la total desatención a la que estaban sometiendo ambos a su madre, con el cuadro final que detectan peritos y testigos y que no se corresponde con el relato que señala la recurrente.

Decir que "no era consciente" del resultado posible final no puede aceptarse en ningún concepto, dada la situación en la que se encontraba la fallecida, dado que no es preciso que la recurrente sea una experta en atención o cuidados médicos, sino que cualquier persona, sin precisar un conocimiento técnico médico específico puede ver y valorar lo que su madre estaba pasando y debió atenderle debidamente. Al no hacerlo no incurre solo en un homicidio imprudente, o abandono del art. 229 CP, sino en un delito de homicidio en comisión por omisión.

Y así, como apunta la fiscalía, quiénes ostentaban la condición de garantes, eran perfectamente conscientes del peligro que su desatención en los deberes impuestos por el art. 142 CC suponía para la vida de su madre y de la alta probabilidad de que ese resultado se produjera, que aceptaron o ante el que al menos se mantuvieron indiferentes.

El hecho probado es concluyente. Así, se señala que:

"Ambos acusados, a pesar de ser conscientes de la situación de su madre y teniendo capacidad para cuidarla y ocuparse de ella, sin embargo desatendieron totalmente sus necesidades más elementales; dejando de alimentarla mínimamente, asearla, limpiar su entorno, cambiar su posición en la cama y curarle las heridas, lo que desembocó, como resultado previsible y evitable, en el fallecimiento de doña Juliana, hecho que se produjo el 26 de Agosto de 2015 entre las 18 y 20 horas, dándose, por parte de los familiares aviso a las 10 horas del día 27 de Agosto.

La causa fundamental o principal del fallecimiento fue un cuadro de desnutrición crónica en grado de caquexia, anemia severa, úlceras de cúbito infectadas y bronconeumonía aguda purulenta.

La causa intermedia un cuadro de sepsis grave secundario a la causa fundamental y especialmente al estado de úlceras de cúbito sobreinfectadas.

La causa inmediata fue un cuadro de insuficiencia respiratoria aguda".

Se reproduce lo antes expuesto para el anterior recurrente en torno a la suficiencia de la motivación del Tribunal en relación a la prueba practicada.

El motivo se desestima.

2.- Por infracción de ley al amparo de lo prevenido en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 138 en relación con el artículo 140.1 del Código Penal e indebida

inaplicación del artículo 229 en concurso ideal con el artículo 142 del Código Penal con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal . Conculcación derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales del artículo 24.1 C.E .

Pretende trasladar a terceros la responsabilidad de lo ocurrido cuando es hecho probado que la sucesión de inactividad se debe a los recurrentes. Se desestima el motivo por cuanto ya ha sido analizado anteriormente.

Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **DECLARAR NO HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por las representaciones de los acusados Dña. Elena y D. Vidal , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 24 de julio de 2017, en el que se desestimaron los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de indicados acusados contra sentencia de fecha 12 de mayo de 2017 de la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, Sección Sexta. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas procesales ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Francisco Monterde Ferrer

Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

Susana Polo García