



Roj: **SAP B 11901/2015 - ECLI: ES:APB:2015:11901**

Id Cendoj: **08019370082015100723**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **8**

Fecha: **23/11/2015**

Nº de Recurso: **18/2014**

Nº de Resolución: **748/2015**

Procedimiento: **Sumario**

Ponente: **JESUS NAVARRO MORALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

### SECCIÓN OCTAVA

### BARCELONA

Rollo de Sumario núm. 18/2.014

Sumario núm. 1/13

Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Manresa de los de Barcelona

### SENTENCIA N.º

Ilmas. Señorías:

D. Carlos Mir Puig

D. Jesús Navarro Morales

D<sup>a</sup> Mercedes Otero Abrodos

En la ciudad de Barcelona, a veintitrés de noviembre del año dos mil quince.

Vista en Juicio Oral y público ante la Sección Octava de esta Audiencia Provincial la presente causa nº 28/14, procedente de Sumario núm. 1/13, tramitadas por el Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Manresa, seguido por los delitos de LESIONES y de MALTRATO EN EL AMBITO FAMILIAR, contra los acusados Pelayo , nacido en Mali el día NUM012 de 1.982, con NIE núm. NUM013 , declarado insolvente, carente de antecedentes penales y en situación de libertad provisional por razón de la presente causa y Juana , nacida en Bamako (Mali) el día NUM012 de 1.986, con NIE núm. NUM014 , igualmente declarada judicialmente insolvente, carente de antecedentes penales y en situación de libertad provisional por razón de la presente causa.

Ha comparecido en el procedimiento el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Roció Arana Lucas, el letrado D. Francesc Claveroll por la Acusación Particular ejercida en nombre de La Generalitat de Catalunya y los letrados D. Sergi Muñoz Álvarez y D<sup>a</sup> Montserrat Pich Costa en la respectiva defensa de los dichos acusados.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús Navarro Morales, que expresa el parecer unánime del Tribunal, habiéndose observado todas las prescripciones legales, salvo la del plazo para dictar sentencia por razón de la excesiva carga competencial que pesa sobre éste Tribunal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. El día 30 de octubre último se concluyeron las sesiones del juicio oral y público señaladas en la causa tramitada por el Juzgado de Instrucción referida en el encabezamiento.



**SEGUNDO.** El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos a que se refiere el presente procedimiento como constitutivos de los siguientes delitos: A) Un delito de lesiones previsto en el art. 149, 1º del C. Penal ; y, B) Un delito de lesiones en el ámbito familiar previsto y penado en el art. 153, 2 y 3 también del C. Penal , estimando concurrente en ambos acusados la circunstancia agravante de parentesco prevista en el art. 23 en relación al delito del apartado A).

En función de esa calificación, solicitó para el acusado las siguientes penas: 1º) Por el delito del apartado A) la pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como privación del derecho a la patria potestad en relación con la menor Visitacion , interesando asimismo conforme al art. 57.2 del C. Penal la pena de prohibición de aproximación a una distancia inferior a 1.000 metros y de comunicación por cualquier medio a los menores Avelino , Celestina y Visitacion por tiempo de doce años, y, 2º) Por el delito del apartado B) la pena de 1 año de prisión, así como la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y la pena de prohibición de aproximación a una distancia inferior a 1.000 metros y de comunicarse por cualquier medio, a los menores Avelino , Celestina y Visitacion , por tiempo de dos años.

En función de esa calificación, solicitó para la acusada como autora del delito del apartado A) las siguientes penas: la pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, así como accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como privación del derecho a la patria potestad en relación con la menor Visitacion , interesando asimismo conforme al art. 57.2 del C. Penal la pena de prohibición de aproximación a una distancia inferior a 1.000 metros y de comunicación por cualquier medio a los menores Avelino , Celestina y Visitacion por tiempo de doce años.

Como calificación alternativa al delito del apartado A) el Ministerio Fiscal calificó los hechos como un delito de lesiones por imprudencia grave del art. 152.1 y 2, solicitando para ambos acusados en este caso y en la conclusión quinta las penas de dos años y tres meses de prisión, manteniendo el resto de conclusiones.

Interesó asimismo el Ministerio Fiscal el pago de las costas procesales causadas a cargo de los acusados y que indemnicen de manera conjunta y solidaria a la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia de la Generalitat de Catalunya, como legal representante de los menores, en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por las lesiones causadas y por las secuelas derivadas para los menores Avelino y Visitacion ; cantidades que se verán incrementadas con el interés legal que establece el art. 576 de la L.E. Civil .

**TERCERO.-** Por su parte, la Acusación Particular calificó definitivamente los hechos como constitutivos de los siguientes delitos: A) Dos delitos de maltrato en el ámbito familiar, previstos y penados en el art. 153, 1 , 2 y 3 del C. Penal y un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar previsto y penado en el art. 173.2 del mismo Código ; y, B) Un delito de lesiones previsto y penado en el art. 149.1 del C. Penal , entendiendo concurrente en ambos acusados respecto de ese último delito la circunstancia agravante de parentesco prevista en el art. 23 del C. penal .

Reputó la Acusación Particular autor al acusado de todos y cada uno de esos cuatro señalados delitos, mientras que reputó autora a la acusada del delito de lesiones del art. 149.1 y del delito de maltrato en el ámbito familiar previsto en el art. 153.1 y 3 del C. Penal .

En función de esa calificación principal, interesó la Acusación Particular para el acusado las siguientes penas:

-I) Por el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del art. 173.2, las penas de DOS AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante 5 años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante cinco años, así como a la prohibición de aproximación a los menores Avelino , Celestina y Visitacion durante dos años superior a las penas de prisión que se impongan, conforme al art. 57.2 del C. Penal .

-II) Por el delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153.1, 2 y 3, consistente en quemar la cara al menor Avelino con una cuchara, la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el mismo tiempo, privación para el derecho a la tenencia y porte de armas durante 3 años, inhabilitación para el ejercicio del la patria potestad durante 3 años y prohibición de aproximación a los menores Avelino , Celestina y Visitacion a menos de 1.000 metros y comunicación por cualquier medio con esos menores durante dos años superior a las penas de prisión que se impongan, conforme al art. 57.2 del C. Penal .

-III) Por el delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153.1, 2 y 3, consistente en golpear con un palo y maltratar al menor Avelino , pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 80 días, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación para el ejercicio de la patria



potestad durante 3 años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 3 años así como la de prohibición de aproximación a los menores Avelino , Celestina y Visitacion a menos de 1.000 metros y comunicación por cualquier medio con esos menores durante 1 año, conforme al art. 57.2 del C. Penal .

-IV) Por el delito de lesiones del art. 149.1, las pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, así como la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación a los menores Avelino , Celestina y Visitacion a menos de 1.000 metros y comunicación por cualquier medio con esos menores durante 10 años superior a las penas de prisión que se impongan, conforme al art. 57.2 del C. Penal .

Interesó asimismo la pena de privación de la patria potestad en relación con la menor Visitacion , conforme a los arts. 55 y 56 del C. Penal .

Del mismo modo y para la acusada, solicitó las siguientes penas:

-I) Por el delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153.1, 2 y 3, consistente en golpear y maltratar al menor Avelino , pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 80 días, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 3 años, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad durante 3 años y prohibición de aproximación a los menores Avelino , Celestina y Visitacion a menos de 1.000 metros y comunicación por cualquier medio con esos menores durante 1 año, conforme al art. 57.2 del C. Penal .

-II) Por el delito de lesiones del art. 149.1 del C. Penal , la pena de NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, así como la pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación a los menores Avelino , Celestina y Visitacion a menos de 1.000 metros y comunicación por cualquier medio con esos menores durante 10 años superior a las penas de prisión que se impongan, conforme al art. 57.2 del C. Penal .

Interesó asimismo se le impusiera a la acusada la pena de privación de la patria potestad en relación con la menor Visitacion ( art. 55 del C. Penal ).

Igualmente y en el trance de conclusiones definitivas introdujo la Acusación Particular como calificación alternativa al delito de lesiones del art. 149.1 la de delito de lesiones imprudentes del art. 152, NUM012 , 2ª, solicitando que en este caso, se impusieran las siguientes penas:

-Al acusado la pena de prisión de TRES AÑOS, con la accesoria legal de inhabilitación para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de la patria potestad durante el mismo tiempo, así como la de prohibición de aproximación a menos de 1.000 metros y de comunicarse con los menores Avelino , Celestina y Visitacion durante 2 años superior a la pena de prisión que se imponga ( art. 57.2 del C. Penal ).

-A la acusada, la pena de prisión de DOS AÑOS, con la accesoria legal de inhabilitación para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de la patria potestad durante el mismo tiempo, así como la de prohibición de aproximación a menos de 1.000 metros y de comunicarse con los menores Avelino , Celestina y Visitacion durante 2 años superior a la pena de prisión que se imponga ( art. 57.2 del C. Penal ).

Interesó asimismo La Acusación Particular el pago de las costas procesales causadas a cargo de los acusados, incluidas las de la Acusación Particular y que indemnizen de manera conjunta y solidaria a los dichos menores a través de la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia de la Generalitat de Catalunya, como legal representante de los menores Avelino y Visitacion , en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por las lesiones causadas y por las secuelas derivadas para los dichos menores; cantidades que se verán incrementadas con el interés legal que establece el art. 576 de la L.E. Civil .

CUARTO.- La Defensa del acusado en el trámite de calificación, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, negando los hechos de las acusaciones e interesando la libre absolución del mismo.

QUINTO.- Finalmente, la Defensa de la acusada, modificando sus conclusiones provisionales en el acto del juicio, calificó definitivamente los hechos como no constitutivos de infracción penal, interesando su libre absolución por todas las acusaciones formuladas contra la misma, planteando no obstante como alternativa la concurrencia de las circunstancias atenuantes del art. 21.1, referente al 20.1 y 20.3 del C. Penal .

Como calificación alternativa, calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones imprudentes leves del art. 152.2 del C. Penal , solicitando para su patrocinada la pena de seis meses de multa, a razón de 2 euros diarios.

SEXTO.- En el enjuiciamiento de estos hechos se han observado todas las prescripciones legales, salvo la del plazo para dictar sentencia por causa de la excesiva carga competencial que pesa sobre ésta Sección.



## HECHOS PROBADOS

**ÚNICO.-** De la valoración racional y conjunta de la prueba practicada en el plenario resultan probados y así se declaran los siguientes extremos:

**-A)** Que los acusados Pelayo y Juana (ambos mayores de edad, carentes de antecedentes penales, con nacionalidad de Mali y residencia legal en España), procedentes de su país de origen, se instalaron en España y son padres de tres hijos menores de edad, de nombres Avelino , nacido en Mali el NUM015 de 2.008, Celestina , nacida en Moía (Barcelona) el día NUM016 de 2.011 y Visitacion , nacida el día NUM017 de 2.012 en Barcelona.

Tras el alumbramiento de la citada menor Visitacion -que nació tras cesárea, prematura y con bajo peso, sin que conste acreditado que la madre se alimentara deficientemente para perjudicar el feto ni que solicitaran los acusados el alta voluntaria en el hospital-, regresaron estos con la menor y sus restantes hijos al domicilio familiar sito en la CALLE002 num. NUM018 , NUM019 , NUM020 de la localidad de Moía, donde eran asistidos desde 2.011 por los Servicios Sociales del Ayuntamiento de esa localidad, por la situación de penuria económica que atravesaban los acusados, recibiendo servicios asistenciales y ayuda alimenticia del dicho Ayuntamiento.

Declaramos asimismo probado que ya en su domicilio y tras un breve periodo de lactancia materna, la menor Visitacion fue alimentada por los acusados con biberones de leche en polvo para lactantes, en los que, además de no observarse las proporciones adecuadas de leche en polvo y agua, introducían para espesar la leche otras sustancias como arroz, cereales, aceite, cacao y sal, completamente contraindicadas para la salud de un recién nacido.

La referida alimentación, se suministraba a la menor Visitacion por los acusados desoyendo los consejos que para la preparación de los biberones recibían de forma reiterada del personal de los servicios sociales que le asistían en su domicilio, omitiendo la diligencia que les era exigible por la corta edad de la criatura y sin que conste acreditado que fueran conscientes los acusados del grave riesgo que la misma corría, ni que lo hicieran con desprecio de la salud e integridad física de la misma.

La preparación de los dichos biberones se hacía indistintamente por ambos acusados, si bien bajo las estrictas directrices del acusado Pelayo , hombre de férreas creencias religiosas y culturales de su país de origen (Mali), que insistía en que se alimentara a sus hijos conforme a la dieta típica de su país y frente al cual, su esposa, la acusada Juana , mujer de inteligencia media baja, prácticamente analfabeta y desconocedora de la lengua castellana y catalana, mostraba una total sumisión, propia de la religión mahometana que profesan y de los roles imperantes en la cultura de su país de origen.

Consecuencia de la dicha inadecuada alimentación, la menor Visitacion hubo de ser trasladada el día 1 de Diciembre de 2.012 al Cap de Moía, donde fue diagnosticada de grave crisis alimentaria, siendo derivada de urgencia al Hospital del Vall d'Hebrón de Barcelona, donde ingresó en la UCI con un cuadro de deshidratación hipernatrémica grave, con insuficiencia respiratoria, acidosis metabólica, insuficiencia renal, hipotermia y depresión neurológica, causando alta hospitalaria el día 29 de diciembre de ese mismo año, con diagnóstico de encefalopatía por trastorno metabólico (deshidratación hipernatrémica) con insuficiencia de funciones viscerales que puso en riesgo muy grave su vida, quedándole como secuela enfermedad consistente en encefalopatía (afección de sus funciones), que presumiblemente evolucionará a un retardo mental grave con estado vegetativo.

**-B)** Reputamos igualmente probado que en fecha anterior y próxima al día 24 de octubre del año 2.012, el acusado Pelayo , en el domicilio familiar antes citado, como manifestación de la patria potestad ejercida sobre el resto de la familia y con el ánimo de menoscabar la integridad física de su hijo Avelino , cogió una cuchara que se encontraba a gran temperatura y con ella golpeo al dicho menor en la cara, causándole una quemadura en el pómulo izquierdo, sin que se prevean secuelas y sin descartar una posibilidad de cicatriz hipocrómica facial.

Tras sucederse los acontecimientos narrados, la Dirección General de la Atención a la Infancia y adolescencia (DGAIA), dependiente de la Generalitat de Catalunya, resolvió en expediente administrativo declarar el desamparo de los tres menores y constituir el acogimiento de urgencia en beneficio de los mismos, ante la situación de riesgo provocada por sus progenitores.

No ha quedado suficientemente acreditado que el acusado ejerciese violencia física o psíquica de forma habitual sobre el citado Avelino ni que le insultase, golpease o encerrase en una habitación, ni, por tanto, que la acusada consintiera esas prácticas.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**PRIMERO.** De la calificación jurídica de los hechos.

-I) Los hechos que reputamos probados en el apartado A) del factum de ésta Sentencia son constitutivos de un delito de imprudencia grave con resultado de lesiones, previsto y penado en el art. 152.1 , 2º del C. Penal .

En efecto, el acervo probatorio autoriza a concluir como probado, como más adelante se razonará, que la menor Visitacion , consecuencia de la incorrecta y negligente alimentación que se le dispensaba por sus padres, sufrió un cuadro muy grave de deshidratación hipernatrémica, con insuficiencia de funciones viscerales que puso en riesgo muy grave su vida, quedándole como secuela enfermedad consistente en encefalopatía (afección de sus funciones), que presumiblemente evolucionará a un retardo mental grave con estado vegetativo. Concorre, en consecuencia, tanto el elemento del obrar imprudente grave, como la causación de una enfermedad psíquica, que de ser su causación dolosa sería subsumible en el art. 149.1 del C. Penal . Se llenan así las exigencias típicas del precitado art. 152.1 , 2º del C. Penal .

Acogemos por tanto en éste punto la calificación alternativa formuladas sobre esos hechos por las Acusaciones en sus conclusiones definitivas y descartamos la calificación principal que las mismas formulan al subsumir el hecho en el art. 149.1 del C. Penal , que entendemos no resulta aplicable al no concurrir el dolo, ni directo ni eventual, de causar en la menor las tales graves lesiones.

-II) Por su parte, los hechos declarados probados en el apartado B) del relato de hechos probados de esta Sentencia son constitutivos de un delito de lesiones dolosas del art. 153.2 y 3 del Código Penal , por cuanto la prueba alcanzada en el plenario autoriza a concluir -como más adelante se razonará adecuadamente- que el acusado en la fecha que se cita en el factum de la presente sentencia y en el domicilio familiar quemó deliberadamente en la cara con un cuchara caliente a su hijo menor de edad de nombre Avelino , generándole una quemadura en el pómulo izdo.

Se colman así las exigencias típicas del indicado delito de lesiones, a saber: a) Un acto de acometimiento físico por cualquier procedimiento o acto de maltrato (en este caso, aplicarle una cuchara ardiendo al menor sobre la cara); b) El ánimo de lesionar (ánimus laedendi); c) La efectiva causación de un menoscabo físico o psíquico; d) Relación de causalidad entre la acción lesiva y el resultado habido; de todo punto concurrente en el caso de autos pues, como se razonará en fundamento jurídico que sigue, ninguna duda existe de que las lesiones sufridas por la víctima son consecuencia directa de la agresión desplegada por el acusado; y, e) Que la víctima sea de las señaladas en el art. 173.2 del C. Penal , exceptuadas las que se establecen en el apartado1 del dicho art. ; exigencia que se cumple en el caso de autos por ser la víctima hijo del agresor y convivir con el mismo al tiempo de ocurrir los hechos.

-III) Finalmente, los hechos enjuiciados NO SON constitutivos ni del delito de maltrato habitual del art. 173.2, del que se acusa a ambos acusados por la Acusación Particular, ni del segundo delito del art. 153.1,2 y 3, por el que se formula acusación por la Acusación Particular en relación al acusado. Y ello, porque este Tribunal concluye que no ha resultado suficientemente acreditado que el acusado Pelayo ejerciera violencia física o psíquica de forma habitual sobre su referido hijo Avelino , ni que le insultara, golpeara con un palo o encerrara en su habitación, como se afirma por la Acusación Particular, no resultando por tanto tampoco acreditado que la acusada Juana consintiera esos supuestos malos tratos hacia su hijo.

**SEGUNDO.** De la valoración probatoria en relación con el delito de imprudencia grave con resultado de lesiones del art. 152.1 , 2º del C. Penal del que ha sido víctima la menor Visitacion .

En relación a este delito y como ya hemos adelantado, la prueba alcanzada en el plenario, valorada racionalmente y en conciencia conforme a los dictados del art. 741 de la L.E.Crim ., autoriza a concluir que las relatadas lesiones de la menor le fueron causadas no de forma dolosa, pero si con imprudencia grave, al desoír de una forma grosera los acusados -aunque con la distinta incidencia culpabilística que luego se indicará- las indicaciones que les suministraban los cuidadores sociales y otros profesionales y vecinos acerca de cómo debían prepararse los biberones de leche en polvo con la que se alimentó a la pequeña Visitacion tras el breve periodo de lactancia materna, resultando acreditado que no solo no respetaban la proporción de leche en polvo y agua, sino que además y para espesar la leche de los biberones, le eran agregadas, siguiendo las instrucciones del acusado, otras sustancias tales como cacao, aceite, arroz y sal, que eran propias de la dieta de su país de origen (Malí) y que resultaban de todo punto contraindicadas para la salud de un recién nacido, como es el caso de autos.

En efecto y aunque ambos acusados en el acto del juicio -que solo contestaron las preguntas de sus Defensa - negaron que introdujeran en el biberón de su hija Visitacion otras sustancias ajenas a la leche artificial en polvo, éste Tribunal no alberga duda alguna de que los biberones suministrados a la menor fueron preparados



con esa incorrecta mezcla de sustancias, alcanzándose ésta firme convicción a partir de los siguientes e inequívocos elementos de probanza:

-A) La declaración en juicio de la testigo **Melisa**, educadora de los servicios sociales, que desde 2.011 visitaba semanalmente a los acusados en su domicilio para enseñarles hábitos de higiene y de alimentación y que relató en el plenario como uno de los acusados le dijo que le daban a la pequeña en el biberón leche, arroz, cacao y sal.

-B) La declaración testifical en el acto del juicio del agente de los Mossos de Esquadra con carne **NUM021**, pues manifestó el mismo que el acusado le reconoció que alimentaban a su pequeña con leche, cereales, arroz, cacao y muy poca agua.

-C) La declaración testifical prestada en el acto del juicio por **Marco Antonio**, psicólogo de la DGAIA (Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia de la Generalitat de Catalunya), quién reiterando lo que ya en su día declaró ante el Juzgado Instructor -vid. folio 337 de la causa-, manifestó que, tras el ingreso hospitalario de la pequeña **Visitacion**, el día 11 de Diciembre de 2.012 habló con el acusado y que este le dijo que le daba colacao y otras cosas como arroz a su hija pequeña.

-D) La declaración en el plenario del Perito Dr. **Edemiro**, quien manifestó que la información de la preparación de los biberones se la facilitaron los padres de la menor, siendo de resaltar que el dicho facultativo en su informe escrito obrante al folio 156 de la causa principal, tras relatar que los padres ponían una concentración mucho más alta de lo normal de leche artificial, hace constar expresamente que "rehistoriando, el padre posteriormente afirma haber añadido también cereales de arroz a los biberones".

-E) La propia declaración prestada ante la Policía por el acusado, quién a presencia de su letrado y preguntado sobre la preparación de los biberones, manifestó que "él compró dos cajas de leche num. 1 y lo mezcló con arroz hervido y triturado, comida africana", añadiendo que "pocos días antes de que tuvieran que llevar a **Visitacion** de urgencias al Hospital empezaron con ésta alimentación, triturándosela para dársela".

-F) Igualmente, la declaración de referencia prestada en el acto del juicio en calidad de testigo por la trabajadora social **Felicidad**, pues declaró la dicha testigo que su compañera **Melisa**, ya mentada, le había comentado que sabía que le metían cacao y aceite en el biberón.

Por otro lado y en cuanto a la existencia de las lesiones, resulta inconcusamente probado que la menor **Visitacion** sufrió un gravísimo cuadro de deshidratación, del que le ha quedado como secuela una encefalopatía que presumiblemente evolucionará a un retardo mental grave con estado vegetativo. Se produce así un resultado lesivo consistente en enfermedad física y psíquica que, de ser dolosa la conducta, encontraría acomodo en el art. 149.1 del C. Penal, pero que este Tribunal atribuye al obrar negligente de los acusados y de ahí la conceptualización como delito imprudente del art. 152.1 y 2 del C. Penal.

En efecto, la documental médica expedida por el Hospital del Vall d'Hebrón de Barcelona y obrante a los folios 155 a 175 y 187 a 198, ilustra claramente de que la menor les fue derivada el día 1 de diciembre de 2.012 por el Cap de Moió con un cuadro de deshidratación hipernatrémica grave, con insuficiencia respiratoria, acidosis metabólica, insuficiencia renal, hipotermia y depresión neurológica, causando alta hospitalaria el día 29 de diciembre de ese mismo año, con diagnóstico de encefalopatía por trastorno metabólico (deshidratación hipernatrémica).

Ese gravísimo cuadro médico de la menor **Visitacion** encuentra además firme asidero probatorio en el informe médico Forense obrante a los folios 261 a 263 y 300 de la causa principal, en cuyas conclusiones probatorias se lee: "1ª/. La menor **Visitacion** sufrió una deshidratación hipernatrémica con insuficiencia de funciones viscerales que puso en riesgo muy grave su vida; 2ª/. Las secuelas de esa enfermedad consisten en una encefalopatía (lesión del encéfalo con afectación de sus funciones), que presumiblemente evolucionará a un retardo mental grave con estado vegetativo".

En cuanto a la relación de causalidad entre esa gravísima patología y la inadecuada alimentación suministrada a la menor, tampoco se nos ofrece ninguna duda, no solo a partir de esa señalada prueba documental médica, sino también y fundamentalmente merced a la prueba pericial practicada en el plenario de forma conjunta por las Médicos Forenses D<sup>a</sup> **Azucena** y D<sup>a</sup> **Erica** y por el Dr. D. **Anselmo**, firmante éste del informe expedido por el Hospital del Valle Hebrón y obrante a los folios 155 a 175 y 187 a 198.

En efecto, la Médico Forense D<sup>a</sup> **Azucena**, basándose en los informes médicos obrantes en la causa y tras ratificar su informe de los folios 261 a 263 y 300 de la causa, precisó en el plenario que la menor, al llegar a Urgencias, tenía un cuadro general muy grave, dificultad respiratoria, insuficiencia renal, acidosis y que el diagnóstico fue de deshidratación, precisando igualmente que los antecedentes eran de tipo de alimentación inadecuada compatible con la deshidratación, señalando que estuvo en riesgo su vida y que las secuelas son



muy graves pues tuvo fallo de todos los órganos, sobretodo las funciones encefálicas, quedando en estado vegetal, añadiendo que es un cuadro progresivo. Precisó también la dicha Perito que en la documental se habla de una incorrecta preparación de los biberones en cuanto a las proporciones de leche y agua y que parece que los padres le añadían también una farinada de arroz, afirmando que había una relación de causa-efecto con esa preparación inadecuada de los biberones y afirmando que la encefalopatía es consecuencia de las lesiones encefálicas y no trae causa de la meningitis que sufrió la menor durante el ingreso hospitalario.

No menos categórico resultó el informe pericial evacuado en el plenario por Don. Edemiro , quién, tras ratificar sus ya referidos informes escritos, precisó que él supervisó el ingreso hospitalario de la tan referida menor y que la misma, derivada por el Cap, ingresó en el Valle de Hebrón con riesgo vital inminente, mandándola a la UCI pediátrica, indicando que la causa fue la inadecuada forma de preparación de los biberones y que le constaba ese extremo por lo referido por el Médico de Guardia, añadiendo que estabilizaron a la menor, la intubaron e indujeron al coma y tras mejorar le dieron el alta, añadiendo que le hicieron muchas pruebas por su estado crítico. Añadió asimismo que le detectaron una meningitis, pero que esta última no es la causa de las secuelas, que obedecen claramente a la deshidratación, precisando que el problema de la desproporción en la preparación de los biberones es que si pone más proporción de leche artificial de la debida es que hay menos agua y mas sales y eso genera deshidratación y el niño, en lugar de ganar peso, se pone enfermo. Es de significar también que el dicho Perito afirmó que la menor ganó peso al primer mes y que, por tanto, no hay causa congénita ni relacionada con el embarazo.

A la vista de esa categórica prueba pericial no existe duda alguna de que la causa de la patología y de la grave secuela encefálica que resta a la menor no es otra que la incorrecta alimentación que le fue suministrada a la menor por sus padres cuando solo contaba con dos meses de edad, debiendo descartarse de forma igualmente rotunda como causa la argüida por los acusados, quienes, reiterando lo que ya tenían declarado ante el Juez Instructor en calidad de imputados, insistieron en que acudieron al médico porque la madre se cayó en la escalera con la menor en brazos; tesis esta de la caída que no solo no explicaría la deshidratación gravísima que presentaba la menor al acudir a urgencias médicas, sino que además viene tajantemente descartada como causa de la patología por la Médico Forense D<sup>a</sup> Azucena , quién afirmó rotundamente en el plenario que un cuadro de deshidratación no es compatible con una caída.

Llegados a este punto, solo resta examinar si la conducta de los padres al suministrar a la menor lactante esa incorrecta alimentación era dolosa -como sostienen las Acusaciones en su acusación principal- o si, como se mantiene en ésta Sentencia y se erige en calificación alternativa de las Acusaciones, constituye una conducta imprudente.

Descartamos en este punto la existencia de dolo directo por cuanto la prueba practicada en el plenario autoriza a concluir que no existió en ninguno de los acusados la intención real y constatable de causar mal a la menor Visitacion . Ciertamente es que se apartaron de una forma grosera y persistente de las directrices que se les impartían por diversas personas a la hora de preparar los biberones, pero ningún elemento probatorio permite concluir que lo hicieran con el deliberado propósito de hacer enfermar a su hija, como tampoco lo hay de que durante el embarazo la acusada se malnutriera de forma deliberada para perjudicar al feto.

Tampoco podemos mantener la existencia de dolo eventual en su proceder.

En efecto y trayendo a colación la más reciente doctrina Jurisprudencial sobre esta materia, señalaremos por todas la S.T.S. núm..I 614/2.015, de 21 de Octubre , en la que se nos dice que : "El dolo eventual esta Sala lo ha ido construyendo sobre la tesis de la probabilidad y el consentimiento, por lo que tal dolo exigiría la doble condición de que:

- 1) El agente conozca o se represente la alta probabilidad o riesgo serio y elevado de producción del resultado que su acción contiene.
- 2) Que además se acepte o asuma esa eventualidad, decidiendo ejecutar la acción dañosa.

Actualmente ha evolucionado la doctrina de esta Sala hacia el concepto normativo, que pone el acento en el concreto peligro de lesión del bien jurídico protegido. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el consentimiento o aceptación de resultado, y desde luego la decisión del autor está vinculada a tal resultado. En consecuencia concurrirá el dolo eventual en quien "conociendo que su conducta genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, se hace cargo de que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca".



En el caso que enjuiciamos y con vista en esa calendarada doctrina, no aparece tampoco ineluctablemente acreditado que los acusados, al obrar como lo hicieron, se representaran la alta probabilidad de ocasionar daño físico a su hija y que aceptaran esa probabilidad del resultado.

Descartamos por ello el dolo eventual, pero afirmamos la presencia en su reprochable proceder de la culpa consciente. A tal efecto, no estará de más hacer cita de la doctrina jurisprudencial imperante en materia de culpa consciente, que, diferenciándola del dolo eventual, viene sintetizada ad exemplum por la S.T.S. 419/2.015, de 12 de Junio , en los siguientes términos: "Respecto a la hipótesis del resultado atribuible a título de dolo eventual cabe mantener dos tesis que marcan la diferencia con la imprudencia que, aunque subsidiariamente, postula el recurrente. Como señalan nuestras SSTS núm. 1064/2005 de 20 de septiembre , ó 1573/2002 de 2 de octubre , 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. 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"..

Concluimos la presencia de culpa consciente en el proceder de los acusados porque, al actuar como lo hicieron, pudieron representarse el riesgo que comportaba su acción, pero confiaban en que no se produciría, produciéndose sin embargo el resultado no querido como consecuencia del peligro generado por los mismos.

En efecto, no podemos pasar por alto que los acusados fueron reiteradamente instruidos por el personal de los servicios sociales e incluso por alguna persona amiga acerca de cómo tenían que preparar los biberones y así, hemos de resaltar que la educadora social, Melisa , declaró en el plenario que empezó a acudir al domicilio de los acusados en 2.012 para ayudar a la pequeñita, visitándoles dos veces por semana para tratar de inculcarles hábitos de higiene y de alimentación, insistiendo en que "les enseñaron reiteradamente a hacer los biberones de forma correcta", tesis ésta que se ve corroborada por la declaración testifical de María Dolores , que depusiera a instancias de la Defensa, la cual, dijo ser amiga de los acusados desde hacía unos 6 años y que quizá oyó algo referente a que espesaran el biberón, siendo de resaltar que esta misma testigo, al declarar ante el Juzgado con intervención de los letrados de los acusados, manifestó que " Pelayo fue al CAP, donde le explicaron como hacer los biberones y que la declarante también se lo explicó y le dijo que vigilase que si a la nena se le irritaba el culo, sería porque le había hecho un biberon muy fuerte" (vid. su declaración ante el Juzgado al folio 430 de la causa).

Por tanto, si fueron advertidos de forma reiterada por distintos profesionales y amigos de cómo preparar correctamente los biberones, lógico es colegir que los acusados se representaran la posibilidad de que al no seguir esas directrices ello pudiera producir consecuencias físicas en la salud de su hija, como en efecto aconteció lamentablemente. Mas ello no debe conducirnos a concluir que, pese a esa representación de la posibilidad de un resultado nocivo para su hija, aceptaran ese posible resultado y es que concurre en este punto la contumaz creencia-que no le exime de culpa- por parte del acusado Pelayo de que con la incorporación a leche artificial las sustancias trituradas propias de la dieta de su país su hija Visitacion no correría peligro alguno. Así lo creemos puesto que el propio acusado declaró en el plenario que "a sus dos otros hijos les habían alimentado de la misma manera". Confiaba sin duda el acusado en que ese posible resultado nocivo para su hija no se produciría y aun menos podemos predicar aceptación de ese resultado en el caso de la acusada Visitacion , mujer de escasa instrucción y sometida a su marido, el acusado, cuyas directrices seguía a raja tabla, según se deduce de lo declarado en el plenario por una pluralidad de testigos propuestos por las Acusaciones ( Paloma , Raquel , Marco Antonio y Magdalena ).

Por tanto, hemos de predicar que los acusados, actuaron omitiendo de forma grave -puesto que las advertencias en la correcta preparación de los biberones eran reiteradamente desatendidas aun provenientes de diversas personas- las cautelas y las elementales normas de cuidado a las que venían obligados como padres que eran de un bebe de dos meses que además había nacido bajo de peso, generando en su hija por su descuido proceder un gravísimo menoscabo físico que ha de serles imputado a título de imprudencia grave conforme al ya citado art. 152.1 , 2º del C. Penal , acogiendo así la calificación alternativa formulada por las acusaciones en relación a ese hecho nuclear de su acusación y rechazando en consecuencia tanto la perpetración del art. 149.1 del C. Penal , que sostiene las Acusaciones como acusación principal, como del delito de imprudencia menos grave del art. 152.2, como sostiene la Defensa de la acusada.





**TERCERO.- De la valoración probatoria en relación con el delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153. 2 y 3 del C. Penal .**

En relación con éste delito, que se corresponde con el apartado B) del factum de esta sentencia y que resulta común en la acusación tanto del Ministerio Público como de la acusación Particular, tampoco encuentra duda alguna éste Tribunal acerca de su perpetración a la luz del acervo probatorio alcanzado en el plenario.

En efecto y pese a que los acusados negaren como lo hicieron en el plenario el acto de la agresión, constituye para éste Tribunal un hecho claramente probado que el acusado agredió deliberadamente a su hijo Avelino de solo 3 años de edad, aplicándole una cuchara ardiendo sobre la mejilla y generándole una quemadura en el pómulo izquierdo que requirió de atención médica, basándose tal firme convicción en los siguientes elementos de probanza:

-1º) En primer lugar, la propia exploración del menor Avelino efectuada en fecha 12 de julio de 2013. En efecto, éste Tribunal ha podido visionar en su integridad el DVD que contiene la exploración del menor efectuada con intervención judicial y de las partes, con todas las garantías y por técnicos del equipo de asesoramiento penal (vid. acta de exploración obrante al folio 442 de la causa principal) y es de resaltar que el menor, tras relatar que su padre le pega con la cuchara, manifestó de forma espontánea en el minuto 18 y segundo 15 y ss. de la grabación que su padre "una vez le hizo mucho daño, que estaba comiendo y su padre le dio en la cara (se señala la mejilla) y fue al médico".

Analizada esa exploración, es tiempo de destacar que hoy no se suscita duda alguna acerca del valor de prueba de cargo de la exploración realizada como prueba preconstituida del menor que no comparece en el acto del juicio.

En tales casos, cuando la declaración en el plenario del menor pueda implicar un claro perjuicio psicológico para el mismo, existe un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial que viene considerando ajustada a Derecho sustituir la declaración física del menor en el plenario por el visionado de las declaraciones preconstituidas evacuadas en fase instructora, siempre que se hayan efectuado con todas las garantías y preservando la contradicción.

En tal sentido se ha pronunciado nuestra mas reciente Jurisprudencia y así en sentencia S.T.S. num.6/2.009, de 10 de Marzo , comienza por proclamar que "En nuestro ordenamiento procesal, como recientemente ha recordado una vez más esta Sala en su sentencia 129/2007 de 24 de febrero , por regla general los medios de prueba con validez e idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia son los que se practican en el Juicio Oral bajo los principios de inmediación ante el mismo Tribunal que ha de juzgar; de contradicción entre las partes del proceso; y de publicidad. También la prueba testifical debe en principio practicarse así, salvo los casos excepcionales que luego se dirán, es decir ante la presencia del Tribunal sentenciador. 2 .- Excepcionalmente, sin embargo, cuando se dan razones de imposibilidad del testigo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite prescindir de su personal comparecencia en el propio Juicio Oral, sustituyéndola por otras soluciones", añadiendo que: "En cuanto al alcance, de lo que significa la imposibilidad, la tradicional inclusión desde 1882 en el art. 448 de la LECr de los tres consabidos supuestos de muerte, incapacidad y ausencia de la Península, se ha visto ampliada por la referencia en el procedimiento abreviado a que, "por cualquier otro motivo", se prevea anticipadamente la imposibilidad ( art. 777 de la LECr ). Y por otra parte ciertos cambios legislativos modernos han conducido a una doble delimitación de direcciones contrarias:

a) De un lado se impone una restricción de la idea de "imposibilidad" por residencia en el extranjero, ya que de ser esto hace años un casi insalvable obstáculo para trasladarse a otro país con tiempo suficiente para testificar, ha pasado actualmente a ser problema menor por la facilidad y rapidez de los transportes y comunicaciones y por el desarrollo de normas de cooperación procesal entre los Estados que regulan y facilitan extraordinariamente la asistencia recíproca internacional en el ámbito penal.

b) Por otro lado se impone también una ampliación de la idea de "imposibilidad" para testificar en Juicio Oral; ampliación en el sentido de que, junto a la procedente de materiales obstáculos para la realización del testimonio, se han de incluir también los casos en que exista riesgo cierto de producir con el testimonio en el Juicio Oral graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual. Éste es ya un valor incorporado al derecho positivo, y en cuanto su vulneración es repudiada por el orden jurídico, nada impide reputar como casos de imposibilidad los que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegida por la ley. Para valorar adecuadamente la necesidad de la prueba en el Juicio Oral ha de ponderarse, como subraya la Sentencia de esta Sala 151/2007 de 28 de febrero , el derecho del acusado pero también el derecho del menor a la protección de su libre desarrollo de la personalidad y la protección de la infancia. Esa Sentencia, reiterando lo dicho por la Sentencia 429/2002 de 8 de marzo , recuerda que la L.O. 1/1996 de 15 de enero , de Protección Jurídica del Menor, que es desarrollo tanto del art. 39.4 de la Constitución Española como de la Convención de los Derechos



del Niño aprobada en las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, menciona en el art. 11.2 como dos de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en su actuación de protección del menor, "la supremacía del interés del menor" y "la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal", y dispone en el art. 13.3 que en las actuaciones de protección "se evitará" toda interferencia innecesaria en la vida del menor". Y en el art. 17 de la misma Ley Orgánica se contiene el mandato de que "en las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudique el desarrollo personal y social del menor, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que inciden en la situación personal y social en que se encuentra".

En el caso enjuiciado la exploración del menor se efectuó con el carácter de preconstituida, esto es, a presencia de S.S<sup>a</sup>, del Ministerio Fiscal y con intervención de las Defensas de los acusados, por lo que ningún reparo se ha de oponer a la validez de esa declaración y a su consideración como prueba de cargo.

-2º) La declaración testifical en el acto del juicio de la pediatra del CAP de la localidad de Moirà, Paloma, pues, reiterando lo que ya tenía declarado ante el Juzgado al folio 331, relató en el plenario que le llamaron del colegio de Avelino, diciéndole la maestra del niño que éste presentaba una lesión en la cara causada por una cuchara, añadiendo que examinó al menor y que la herida que presentaba en la cara era ovalada, reconociéndole el menor que se lo había hecho su padre. Añadió la testigo que los padres le dijeron que se la había hecho la lesión cayendo cuando estaba jugando y que el padre le está aplicando una pomada africana que se la tuvieron que quitar.

-3º) La declaración testifical evacuada en el acto del juicio por la tutora escolar del menor, Marí Luz, pues relató la misma en el plenario como el niño le contó que su padre le dio con una cuchara en la cara y es cuando decidieron avisar al CAP.

-4º) La declaración testifical vertida en el acto del juicio por los agentes de los Mossos de Esquadra con carnés NUM021 y NUM022, pues aseveraron ambos que, tras recibir encargo de recabar información sobre lo sucedido en relación a las lesiones de ese menor, hablaron con personal de la escuela y estos le contaron que el dicho menor había ido con una quemadura en la cara y había dicho que se la había hecho su padre, añadiendo el agente primeramente citado que el niño le dijo que su padre le pegaba con una cuchara.

-5º) Finalmente, la declaración testifical de referencia prestada en el plenario por Marco Antonio, psicólogo de la DGAIA, pues relató el mismo como le constaba que en el Colegio y en el Médico contó el menor la quemadura que le había ocasionado su padre.

Por otro lado y en lo que se refiere a la existencia de la lesión por quemadura en el menor tampoco ofrece duda alguna y ello no solo a partir de los relatados testimonios que aseveran indiscutiblemente la realidad de la misma, sino también a partir de la preclara documental médica obrante en la causa y que objetiva la realidad de esa lesión. Nos estamos refiriendo al informe de asistencia de los folios 469 y ss. expedidos y firmados por la pediatra Paloma, y al informe Forense pericial evacuado respecto de ese menor y figurante a los folios 263 y 302 de la causa principal; informe pericial éste último en el que se describe la lesión por quemadura en la cara del menor y que fue refrendado en el acto del juicio por los médicos forenses firmantes del mismo, D<sup>a</sup> Azucena y D<sup>a</sup> Erica.

**CUARTO.- De la ausencia de prueba bastante en relación con los restantes delitos por los que se formula acusación.**

Como ya hemos adelantado al tiempo de calificar los hechos, este Tribunal descarta en los hechos enjuiciados la presencia del delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar que se atribuye a ambos acusados por la Acusación Particular al amparo del art. 173.2 del C. Penal, así como del segundo delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 1531,2 y 3, del que viene acusado Pelayo por esa misma parte.

Sostiene la Acusación Particular en apoyatura de esas sus conclusiones definitivas que el acusado menospreciaba en el domicilio familiar a su hijo Avelino y le insultaba diciéndole tonto, le encerraba en una habitación y le golpeaba con un palo y una cuchara, y sostiene asimismo que la Acusada Visitación, pese a conocer esos hechos, no hacía nada para impedirlos y golpeaba también al menor con una cuchara.

Los acusados negaron en el plenario que hayan existido esos malos tratos y éste Tribunal, tras analizar con detalle la prueba testifical practicada en el plenario, ha de concluir que no existe prueba de cargo bastante que avale la tesis condenatoria por esos indicados delitos.

En efecto la tesis de la Acusación Particular contaría en principio como elementos de prueba con la declaración testifical del funcionario Policial num. NUM021 de los Mossos de Esquadra, la declaración vertida en el juicio por Milagrosa, educadora social de los dos hijos mayores, y, finalmente, la propia



exploración del menor Avelino , más ninguna de esas pruebas autoriza a tener por probados con suficiencia los hechos de la acusación.

Es cierto que el dicho testigo policial relató en el plenario que el padre decía que el niño crecía muy lento y era muy tonto y que el niño decía que el padre le pegaba con una cuchara y con un palo con pinchos y que el padre reconoció que dejó solo al menor en la casa varias veces, mas también es cierto que ese mismo testigo dijo en el acto del juicio que eso lo sabía por el informe de la DGAIA del Vallés, lo que obviamente resta fiabilidad y contundencia a su testimonio.

Por lo que respecta a la educadora social Milagrosa , declaró la misma que Hamza le dijo que el padre le encerraba en una habitación y le pegaba con un pincho, añadiendo que había discusiones y peleas y que el menor "no quería ver a los padres negros" y que les tenía miedo, añadiendo también que el padre le pegaba y la madre no hacía nada, precisando que comenzó a trabajar con el menor cuando el mismo ya estaba con la familia de acogida; circunstancia esta que se antoja importante, pues de la propia manifestación de la testigo se deduce que cuando el menor le relata esos supuestos malos tratos habituales, mostraba una clara aversión hacia sus progenitores y una clara preferencia a seguir con la familia de acogida, lo que hace surgir en el Tribunal la duda de que el menor dijese lo que dijo por miedo a perder a su familia de acogida. Resulta por ello fundamental como prueba la propia exploración del menor.

Pues bien, tampoco la exploración del menor Avelino autorizará a reputar como concluyentemente probados los hechos sustentadores de esa acusación. En efecto, visualizado íntegramente por éste Tribunal el DVD de la dicha exploración del menor Avelino , que se realizó el día 13 de julio de 2.013, es de destacar que el mismo dijo que "el Papá le paga a la Mamá, a su hermana y a él" (vid. 11',56 de la dicha grabación), añadiendo que a él le pega muy fuerte con la cuchara y que le pega en todas las partes, señalándose el menor las piernas el cuello y los brazos, añadiendo que a la madre le pega en la mano (vid. 26',24" en delante de la dicha grabación) y después de describir el episodio de la quemadura en la cara, añade el menor literalmente que "cada día se enfada el Papá por todo" y que "el Papá me pega todo el día" (vid. 22',30" en adelante), siendo de destacar igualmente que a partir de ese instante y pese a ser preguntado insistentemente por los psicólogos que practicaron la exploración sobre ese extremo del maltrato, el menor se negó a contestar y no dijo nada mas hasta el final de la exploración.

Por tanto, valorada en su conjunto esa exploración del menor, es de concluir que no resultan fiables las manifestaciones vertidas por el mismo

y ello porque, de ser cierto que el acusado golpease al resto de la familia y al propio menor con la asiduidad que el menor describe, tendría que haber evidencias de esos supuestos malos tratos generalizados hacia el conjunto familiar por parte del acusado y no las hay. Obsérvese, de un lado, que la hermana del menor, Celestina , acudía con normalidad al Colegio y que en el juicio declaró como testigo Adelaida , maestra de la escuela Bresol, donde era su pupila la dicha menor, relatando la dicha testigo que Celestina acudía a la escuela sin pañales y que por eso avisaron a los servicios sociales, pero sin que la dicha Maestra declarase que hubiese detectado cualquier género de maltrato en la menor, lo que sin duda no le habría pasado desapercibido. Por otro lado y de ser cierto que el acusado golpease frecuentemente al menor Avelino y en distintas partes del cuerpo, como sostiene este, lógico será concluir que ese continuo maltrato físico habría de dejar señales físicas y que alguien de la escuela tendría que haber detectado esas señales como si lo hicieron en el episodio de la quemadura en la cara del tan referido menor, siendo de añadir a este respecto que, con la salvedad de ese concreto episodio de la quemadura, ninguno de los testigos deponentes en el plenario, así de las Acusaciones, como de las Defensas, ha manifestado haber presenciado maltrato alguno por parte de los acusados.

Por cuanto antecede, entendemos que la prueba de cargo existente acerca de las concretas acusaciones que ahora nos ocupan es insuficiente para poder formar una convicción condenatoria, debiendo prevalecer a favor de los acusados el in dubio pro reo, con el consiguiente fallo absolutorio respecto de esas dos concretas acusaciones.

QUINTO.- De la autoría.

-1º) Del precitado delito de lesiones dolosas del art. 153.2 y 3 del C, Penal , es autor criminalmente responsable en concepto de autor el acusado Pelayo , por haber realizado material, directa y voluntariamente los hechos que lo integran ( Artículo 28 del C.P ). En efecto y por lo ya razonado con anterioridad, no existe duda alguna de que fue el acusado quién, dolosamente, causó a su hijo con una cuchara ardiendo la quemadura que el mismo presentaba en la cara.



-2º) Del también precitado delito de lesiones imprudentes del art. 152.1 , 2º del C. Penal , son autores ambos acusados por haber realizado material, directa y de forma negligente los hechos que lo integran ( Artículo 28 del C.P ).

Respecto de la autoría de este delito a cargo del acusado no existe ni la más mínima duda pues ya hemos dejado desgranados en el apartado de la valoración probatoria los distintos elementos de probanza de los que se desprende ineluctablemente como era sabedor el acusado de que espesaban la leche artificial de la menor con las sustancias propias de su dieta africana, pese a haber sido instruidos ambos de la forma correcta en que debían preparar los biberones destinados a la pequeña Visitacion . Su predicada autoría viene reforzada además por la declaración de la acusada, ya que la misma manifestó en el plenario que la preparación de los biberones la hacían indistintamente ambos. Pero existe un elemento que cimienta aun más si cabe la autoría al cargo del acusado Pelayo y es su clara situación de supremacía sobre su esposa, la también acusada; relación de supremacía que se deduce como palmaria a partir de la declaración evacuada en juicio por diversos testigos propuestos por las Acusaciones, como es el caso de la Pediatra Paloma o del testigo Marco Antonio , que describen a la acusada como una persona bastante sumisa, o de la educadora social Raquel , cuando afirma que la acusada hacía lo que le decía el marido. Todo ello lleva a concluir a este Tribunal que no solo el acusado era conocedor de cómo se preparaban los biberones, sino que además se preparaban siguiendo sus directrices.

Tampoco ofrece duda la autoría del hecho delictivo a cargo de la acusada Visitacion , no compartiendo éste Tribunal la tesis de su defensa. En efecto, focaliza ésta la inocencia de su defendida sobre el hecho de que nunca quiso causar daño a su hija, ni durante el embarazo ni una vez ya alumbrada, así como en el hecho de su desconocimiento de las lenguas castellana y catalana, que le llevaría a no entender las indicaciones precisas para la preparación de los biberones. Ciertamente se ha dibujado por la Defensa de la acusada un escenario en el que la acusada sería una persona de escasa preparación cultural, sometida a su marido, el acusado, por las raíces culturales de su país de origen (Mali) y por su religión mahometana, y que sufriría las consecuencias de la barrera idiomática a la hora de entenderse con los médicos e integrantes de los servicios sociales que le asistían, a lo que habría que añadir la penuria económica que atravesaba la familia. Sobre ese cúmulo de circunstancias se edifica la petición de absolución de la acusada.

Así centrado el debate en torno a su autoría, este Tribunal tiene por probado que, ciertamente, la familia atravesaba una muy delicada situación económica, que la acusada tenía un muy limitado conocimiento de las lenguas castellana y catalana cuando acontecieron los hechos -había llegado a España hacía solo un año y era un persona de casi nula relación social- y que la misma se mostraba sumisa en relación a su marido, fruto de la religión que profesan y de su propia cultura. Así cabe reputarlo probado a partir de lo declarado en juicio por los testigos de la Defensa María Esther , Bibiana , Evangelina , Matilde y Marino , que significaron su escaso conocimiento del idioma las dificultades económicas que atravesaban y por lo declarado también en el plenario por los testigos de la Acusación Raquel , Felicidad , Paloma y Marco Antonio , que pusieron de manifiesto no solo ese deficiente conocimiento de las lenguas castellana y catalana por parte de la acusada, sino también su actitud de sumisión respecto del acusado, significando asimismo que, aunque atravesaba la familia una situación económica de necesidad, los servicios sociales les ayudaban suministrándoles alimentos y alguna cantidad de dinero.

Dicho lo anterior, sostenemos igualmente que ello no desdibuja empero su autoría del hecho, ni le exonera, por ende, de la responsabilidad penal que se le solicita por las Acusaciones y ello por las siguientes razones:

- 1ª) Porque no podemos pasar por alto que la misma acusada reconoció en el juicio que los biberones los preparaban ambos y que había un papel con instrucciones.

- 2ª) Porque, aunque su desconocimiento del idioma fuera manifiesto, es patente también que entendía algo el castellano, como puso de manifiesto en el plenario la propia acusada y como se deduce además del probado hecho de que la acusada acudía sola a las visitas médicas pediátricas de sus hijos sin que faltara a las citas convenidas -así lo manifestó en el juicio la pediatra Paloma -, por lo que cabe concluir que debía entender suficientemente lo que se le decía y, por tanto, las indicaciones que se le prodigaban sobre como preparar correctamente los biberones.

- 3ª) Porque, aun de limitada instrucción, la acusada es una persona con un coeficiente de inteligencia normal, como se puso de manifiesto en el plenario por los Peritos Sres. Anton y Cesareo , quienes, ratificando su informe escrito obrante a los folios 277 y ss. del Rollo de esta Sala, concluyeron que poseía una inteligencia normal baja, pero sin detectar ningún signo de retraso mental en la misma, informando asimismo de que no había indicios de pérdida de contacto con la realidad. Se trata, por tanto, de una persona que entiende y sabe el contenido y las consecuencias de sus actos.



- 4ª) Porque, por cierta que fuera su sumisión al férreo carácter de su marido, ello no puede justificar su negligente proceder con su hija, que solo contaba con dos meses de edad, que había nacido baja de peso por su carácter prematuro y respecto de la cual cualquier madre con mediano celo sabe que no puede suministrarle en el biberón sustancias impropias de una lactante de tan corta edad sin grave riesgo para su salud, máxime si, como es el caso, se le daban reiteradas instrucciones sobre cómo preparar correctamente los biberones. Ante esas circunstancias de absoluta vulnerabilidad del bebé y si se nos permite de puro instinto maternal, debía prevalecer su condición de madre sobre la de sumisa esposa, de forma tal que si era preciso hacer frente al marido y negarse a seguir sus directrices, debió hacerlo y no lo hizo, omitiendo así de forma grave la diligencia que le era exigible como madre en el cuidado de su hija de tan tierna edad, sin que pueda escudarse la misma en el rol de sumisión de la mujer derivado de su religión o de sus raíces culturales.

En este punto hemos de traer a colación la S.T.S. núm. 602/15, 13 de octubre, en la que, descartando la existencia de error de prohibición, dice el Alto Tribunal que: "Las convicciones culturales y sociológicas de otros pueblos no pueden ser tuteladas por nuestro sistema cuando para su vigencia resulte indispensable un sacrificio de otros valores axiológicamente superiores. El papel secundario y subordinado que algunas sociedades otorgan a la mujer nunca podrá aspirar a convertirse en un valor susceptible de protección. Ni siquiera podrá ser tenido como un principio ponderable ante una hipotética convergencia de intereses enfrentados."

**SEXTO.- De las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.**

Es invocada por las Acusaciones Particulares la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco prevista en el art. 23 del C. Penal en relación con el delito del art. 152.1, 2º del C. Penal.

Respecto de dicha agravante, tiene declarado la STS de 26 de Octubre del 2009, citando la anterior de fecha 3 de febrero de ese mismo año, que "la circunstancia mixta de parentesco resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate. En los delitos contra las personas, su carácter agravante no está basado en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, exigencia que llevaría a su práctica inaplicación como agravante en los delitos violentos, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la ley, dirigido a evitar esas conductas en esos casos, en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales ""

En el caso que examinamos la aplicación de la dicha circunstancia como agravante resulta indiscutible a la vista del vínculo parental que ligaba a los acusados con la víctima y a la mayor exigencia de diligencia que por razón de ese vínculo se derivaba para los acusados y que estos desatendieron groseramente.

No habrá lugar a apreciar sin embargo la presencia en el obrar de la acusada de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.6 del C. Penal, ni tampoco la prevista en el art. 21.1 en relación con los arts. 20.1 y 20.3 del C. Penal, que vienen invocadas por la Defensa de la acusada Juana en sus conclusiones definitivas.

En cuanto a la alegada atenuante de dilaciones indebidas, su rechazo es obligado por cuanto, ya de entrada, la Defensa se limita a invocar la dicha circunstancia atenuante pero no explícita ni siquiera mínimamente los periodos de paralización procedimental supuestamente injustificada en que sustenta su pretensión atenuatoria. A lo anterior se ha de añadir que, examinada la causa, se aprecia que aunque se han invertido tres años en la instrucción y enjuiciamiento de la misma, la instrucción ha sido compleja, con multitud de declaraciones y con aportación de nutrida documental, sin que se aprecie paralización en la causa digna de mención, por lo que no es de apreciar la existencia de dilaciones indebidas y extraordinarias en la causa.

Otro tanto cabe predicar respecto de la invocada atenuante del art. 21.1 en relación con los arts. 20.1 y 20.3 del C. Penal, pues ocioso será resaltar que como destaca la S.T.S. 493/05, de 2 de Abril, "A la acusación o acusaciones compete probar la existencia del hecho delictivo, la participación en él del acusado, y las cualificaciones o agravaciones cuya aplicación se postula, así como la producción de los daños y perjuicios que se interesen. ....Pero en lo concerniente a las atenuaciones o causas de exención de responsabilidad criminal, es el acusado quien debe acreditarlas. Nuestro Código parte de la plena imputabilidad del sujeto activo del delito. Cualquier anomalía o déficit en tal sentido debe acreditarlo la defensa que no es lo mismo que probar su inocencia. estableciendo la S.T.S. num. 139/08, de 28 de Febrero "Las circunstancias concurrentes objetivas o subjetivas deben ser objeto de alegación, valoración y prueba. La parte recurrente no lo hizo".

En el caso que enjuiciamos la Defensa de la acusada no ha probado en absoluto la concurrencia de esa invocada circunstancia atenuante, pues ni ha acreditado que la misma sufriese anomalía o alteración psíquica alguna, ni tampoco que sufriese una alteración en la percepción que afecte gravemente a su



conciencia de la realidad. Baste reiterar en este punto que la prueba pericial practicada en relación a la dicha acusada -ya valorada en esta Sentencia- determina claramente que la acusada es persona de inteligencia normal aunque baja, que no tiene retado mental alguno y que presente indicios actuales o antiguos de pérdida de contacto con la realidad (vid. el ya señalado informe pericial obrante a los folios 276 a 279 del Rollo de ésta Sala).

**SÉPTIMO.- De las penas a imponer.**

-I) Por su predicada autoría, procederá imponer al acusado las siguientes penas:

-A) Por el delito previsto y penado en el art. 152.1 , 2º del C. Penal , las penas de TRES AÑOS de PRISIÓN, con la accesoria legal de inhabilitación para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad durante el mismo tiempo, así como la de prohibición de aproximación a menos de 1.000 metros y de comunicarse con los menores Avelino , Celestina y Visitacion durante 2 años superior a la pena de prisión impuesta.

La pena de prisión se impone en el máximo de la mitad superior de la pena imponible, que comprendería de los 2 a los 3 años de prisión, de conformidad con la regla 3ª del art. 66.1 del C. Penal y en atención a que concurre la circunstancia agravante de parentesco y a la intensidad de la omisión del deber de cuidado que le achacamos y que es muy grave, habiendo generado el mismo una situación de altísimo peligro para la vida de su hija.

Las penas de inhabilitación especial se imponen de consuno con lo solicitado por las partes acusadoras y en base a lo previsto en el art. 56.1 , 2ª y 3ª del C. Penal , fundándose la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad en el hecho de que el delito cometido implica grave quiebra del correcto ejercicio de la patria potestad hacia el menor por parte de su progenitor, estando claramente relacionado el delito cometido con ese derecho. Finalmente, la pena de prohibición de acercamiento y de comunicación con los hijos que viene también impuesta, lo es por imperio de lo prevenido en el art. 57. 2 del C. Penal ), por tratarse de un delito susceptible de la imposición de tal pena.

-B) Por el delito del art. 153. 2 y 3 del C. Penal , las penas de UN AÑO DE PRISIÓN, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el mismo tiempo, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad durante 3 años y prohibición de aproximación a los menores Avelino , Celestina y Visitacion a menos de 1.000 metros y comunicación por cualquier medio con esos menores durante dos años superior a las penas de prisión que se impone.

Respecto de la pena de prisión, se impone en su expresión temporal máxima de un año, atendido que el hecho tuvo lugar en el domicilio familiar, sirviéndose el acusado de una cuchara que estaba ardiendo y que el menor víctima del hecho, su hijo, contaba solo con 3 años de edad, lo que determina que el reproche penológico deba ser el máximo que prevé el precepto y que ya en el caso enjuiciado se mueve dentro de la mitad superior de la pena por concurrencia del apartado 3 del dicho art. que así lo establece.

Las restantes penas accesorias, se imponen de consuno con lo solicitado por la Acusación Particular y en mérito de lo dispuesto en los arts. 56 y 57 del C. Penal , imponiéndose la de inhabilitación de la patria potestad por razón de la clara vinculación existente entre el hecho delictivo y la patria potestad ejercida por el acusado, que obviamente la quebranto severamente al actuar agresivamente contra su hijo en la dolosa y cruel forma en que lo hizo.

-II) Por su parte y en lo que respecta a la acusada Juana , por su predicada autoría del delito del art. 152.1 , 2º del C. Penal , procederá imponerle la pena de prisión de DOS AÑOS y UN DÍA DE PRISIÓN, con la accesoria legal de inhabilitación para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de la patria potestad durante el mismo tiempo, así como la de prohibición de aproximación a menos de 1.000 metros y de comunicarse con los menores Avelino , Celestina y Visitacion durante 2 años superior a la pena de prisión que se le impone.

En el caso de la acusada entendemos que la pena de prisión a imponer debe ser la mínima dentro de la mitad superior que prevé el precepto, esto es la de dos años y un día en razón de la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, que obliga a imponerla dentro de la mitad superior, y habida cuenta de otro lado de las circunstancias personales concurrentes en la acusada, quién, aun culpable de la grave negligencia que se le imputa, actuó influenciada por la situación de fuerte sumisión que experimentaba respecto de su marido, el acusado y era persona de escasa o nula asimilación a nuestras costumbre y a nuestra cultura occidental, lo que determina un menor reproche penológico que el correspondiente al acusado, persona ésta que llevaba muchos años en este país, que conocía perfectamente nuestra lengua y que podía entender de forma más cabal el grave riesgo para la salud que comportaba su comportamiento.



Las restantes penas lo son accesorias e imponibles conforme a los arts.56 y 57, reiterando en este punto lo ya razonado con anterioridad en cuanto a la procedencia de la imposición de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

**OCTAVO.** De la responsabilidad civil.

En cuanto a la responsabilidad civil y a fin de resarcir a los perjudicados del ilegítimo perjuicio patrimonial que les ha sido irrogado, procederá condenar a los acusados a que de forma conjunta y solidaria indemnicen -a través de la DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I L'ADOLESCENCIA de la Generalitat de Catalunya, como representante legal de los menores- a la menor Visitacion en la suma que se fije en ejecución de sentencia por las lesiones y secuelas sufridas, con más los intereses legales que se dimanen conforme al art. 576 de la L.E.Crim ; debiendo indemnizar el acusado a su hijo Avelino en la suma que se establezca en ejecución de sentencia por razón de las lesiones causadas al mismo, igualmente con más los intereses legales que establece el art. 576 de la L.E.Crím .

Para la cuantificación de esas indemnizaciones, se tomará en consideración el informe forense que se evacue y en el que se concrete cuales son en la actualidad las secuelas resultantes en los menores, así como el periodo de sanidad de los mismos.

**NOVENO.-** De las costas.

Las costas procesales se imponen por ministerio de la ley a los culpables de todo delito ( Arts. 116 y 123 del Código Penal ).

Habida cuenta de que se les condena al acusado por solo dos delitos de los cuatro de que venía acusados, y que a la acusada solo se le condena por un delito de los delitos por los que venía acusada procederá condenar al acusado al pago de dos cuartas partes de las costas y a la acusada al pago de una cuarta parte de las mismas, declarando de oficio la restante cuarta parte de costas.

**DÉCIMO.-** Del abono de la prisión preventiva.

En mérito de lo dispuesto en el art. 58 del Código Penal , habrá de ser de abono a los acusados el tiempo de privación de libertad que, en su caso y preventivamente, hubieran sufrido en la presente causa.

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

## FALLAMOS

- I) Que, **ABSOLVIÉNDOLE** libremente por el delito del art. 149 del C. Penal , así como por los delitos de malos tratos habituales en el ámbito familiar y por el restante delito de maltrato en el ámbito familiar del art. 153, 2 y 3, todos ellos, del C. Penal , por los que también venía acusado, debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado Pelayo como coautor criminalmente responsable de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 152. 1 , 2º del C. Penal , concurriendo la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN**, con la accesoria legal de inhabilitación para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad durante el mismo tiempo, así como a la pena de prohibición de aproximación a menos de 1.000 metros y de comunicarse con los menores Avelino , Celestina y Visitacion durante dos años superior en tiempo a la pena de prisión impuesta.

-II) Que, al propio tiempo debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** al dicho acusado como autor criminalmente responsable de un delito de maltrato en el ámbito familiar previsto y penado en el art. 153. 2 y 3 del C. Penal , las penas de **UN AÑO DE PRISIÓN**, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por el mismo tiempo, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad durante 3 años y prohibición de aproximación a los menores Avelino , Celestina y Visitacion a menos de 1.000 metros y comunicación por cualquier medio con esos menores durante dos años superior en tiempo a la pena de prisión impuesta.

-III) Que, **ABSOLVIÉNDOLE** libremente por los delitos de lesiones del delito del art. 149.1 y del delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar del art. 173, ambos del C. Penal , por los que también viene acusada, debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a la acusada Juana como coautora criminalmente responsable de un delito de lesiones previsto y penado en el art. 152. 1 , 2º del C. Penal , concurriendo la circunstancia agravante de parentesco, a las penas de **DOS AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN**, con la accesoria legal de inhabilitación para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad durante el mismo tiempo, así como la de prohibición de aproximación a menos de 1.000 metros y



de comunicarse con los menores Avelino , Celestina y Visitacion durante dos años superior en tiempo a la pena de prisión impuesta.

-IV) Condenamos asimismo los acusados a que de forma conjunta y solidaria indemnicen -a través de la DIRECCIÓ GENERAL D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I L'ADOLESCENCIA de la Generalitat de Catalunya, como representante legal de los menores- a la menor Visitacion en la suma que se fije en ejecución de sentencia por las lesiones y secuelas sufridas, con más los intereses legales que se dimanen conforme al art. 576 de la L.E.Crim .

Condenamos también al acusado Pelayo a que indemnice a su hijo Avelino en la suma que se establezca en ejecución de sentencia por razón de las lesiones causadas al mismo, igualmente con más los intereses legales que establece el art. 576 de la L.E.Crím .

-V) Finalmente, condenamos asimismo al acusado Pelayo al pago de dos cuartas partes de las costas procesales causadas, condenando a la acusada Juana al pago de una cuarta parte de las costas causadas y declarando de oficio la restante cuarta parte.

-VI) Sírvales de abono a los acusado el tiempo de privación de libertad que, en su caso, hubieren sufrido con motivo de ésta causa.

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

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

**PUBLICACIÓN**