



Roj: **STS 123/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:123**

Id Cendoj: **28079120012018100030**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2018**

Nº de Recurso: **10487/2017**

Nº de Resolución: **41/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal **Sentencia núm. 41/2018**

Recurso Nº: 10487/2017

Fecha de sentencia: 25/01/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10487/2017 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 16/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10487/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 41/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 25 de enero de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 10487/2017P por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de D. Marcial , contra sentencia dictada el 3 de julio de 2017 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en apelación de la sentencia dictada el 3 de marzo de 2017 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria constituida en Tribunal del Jurado en (Rollo núm. 93/2016 ) dimanante del Procedimiento del Jurado (2123/2015) del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Bartolomé de Tirajana, por delito de asesinato; siendo parte el Ministerio Fiscal, estando representado el recurrente por la procuradora D<sup>a</sup>. Nuria Lasa Gómez, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Marta P. Beato del Palacio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, dictó sentencia en grado de apelación de fecha 3 de julio de 2017 , que contiene los siguientes hechos probados consignados en la sentencia apelada:

«Son hechos que se declaran probados, conforme al veredicto emitido por el Jurado, los siguientes:

Que sobre las 05,50 horas del día 1 de mayo de 2015, la acusada Eugenia , mayor de edad, nacida el NUM000 de 1991, NIE NUM001 , sin antecedentes penales, con un embarazo que le habían declarado de alto riesgo, según ella manifiesta, rompió aguas en su domicilio, situado en la C/ DIRECCION000 , NUM002 , NUM003 , Santa Lucía de Tirajana, y dio a luz una niña a las 10:00 horas, que nació viva, en el salón del mismo.

Durante el parto contó con la única asistencia del acusado y padre de la criatura, Marcial , mayor de edad, nacido el NUM004 /1957, DNI NUM005 , sin antecedentes penales, quien nunca había presenciado ni asistido ningún parto y carecía de cualquier conocimiento o cualificación mínima para prestar dicha asistencia.

Ambos habían decidido, mucho tiempo atrás, a pesar de ser conocedores de que era un embarazo de alto riesgo, que el parto tendría lugar en casa, y sin asistencia médica, consistiendo la única preparación en colocar unas colchonetas en el suelo para recoger a la recién nacida.

La niña nació y los padres decidieron no cortarles el cordón umbilical, no se procedió a la aspiración de las secreciones ni a la reanimación neonatal, no le dieron ningún alimento a lo largo del día ni la abrigaron.

Los acusados, que iban observando como la respiración de la recién nacida era cada vez más tenue a medida que pasaban las horas, que apenas se movía, ni lloraba, y que su vida corría peligro, continuaron sin prestarle los auxilios mínimos necesarios, conscientes de que si continuaban con su actitud pasiva se produciría la muerte de la niña.

Sobre las 23:00 horas, la niña ya no realizaba ni el más mínimo movimiento, y aún así, los acusados mantuvieron su actitud pasiva y en ningún caso requirieron la asistencia de los servicios sanitarios, sólo dejaron pasar el tiempo, sin hacer nada por salvar la vida de su hija hasta que el fallecimiento se produjo, y no fue hasta las 12:05 del día 2 de mayo de 2015, cuando estaban totalmente seguros del fallecimiento del bebé, cuando acudieron al Centro de Salud de Vecindario, donde solo pudo ya certificarse la muerte» (sic).

La sentencia apelada, tras los pertinentes fundamentos de derecho, contiene el siguiente Fallo:

«FALLO: Que de conformidad con el acta de votación emitida por el jurado popular declaro que debo condenar y condeno a: Eugenia y Marcial , como autores responsables de un delito de asesinato, a la pena de quince años de prisión, con accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, con imposición a los acusados de las costas causadas» (sic).

SEGUNDO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el recurso de apelación dictó el siguiente Fallo:

«FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Marcial contra la sentencia de fecha 3 de marzo de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas en el procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado nº 2123/2015, procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Bartolomé de Tirajana, la cual confirmamos en todos sus pronunciamientos. No se efectúa imposición de las costas de esta alzada» (sic).

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación procesal de D. Marcial , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.



CUARTO.- La representación del recurrente alegó los motivos siguientes:

1º.- Por infracción de precepto constitucional, derecho a la presunción de inocencia. Se considera infringido el artículo 24.2 de la CE al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ ; por cuanto que, atendida la prueba practicada en el acto de la vista, carece de toda base razonable la condena impuesta y confirmada en la sentencia desestimando la apelación formulada, habiéndose producido una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

2º.- Por infracción de ley del nº 1 del artículo 849 de la LECrim ., por entender que, dados los hechos probados, se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, que debe ser observada en aplicación de la ley penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento se celebró la deliberación y votación prevenida el día 16 de enero de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente fue condenado por el Tribunal del jurado como autor de un delito de asesinato a la pena de quince años de prisión. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias desestimó el recurso de apelación y confirmó la condena. Contra esta sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al entender que la condena carece de toda base razonable. Argumenta que en la sentencia aparecen varias afirmaciones respecto de ambos acusados, cuando son solamente aplicables a la coacusada, no recurrente, Eugenia . Así, niega que exista prueba de que la decisión de que el niño naciera en casa y sin asistencia médica fue adoptada por ambos, cuando lo decidió solamente la madre. Igualmente respecto de no cortar el cordón umbilical o no dar alimento a la recién nacida, que fueron decisiones de la madre, que sostenía que el cordón se caería solo a los 3 o 4 días y que el bebé se alimentaba mientras tanto a través del mismo. Alega que fue Eugenia quien se hizo cargo del bebé desde su nacimiento, y que el recurrente salió varias veces del domicilio y se acostó sobre las 23,30 horas, momento en el que la recién nacida respiraba, despertándose sobre las 8 o 9 de la mañana. Además, dice, no hay razonamiento probatorio alguno respecto a que ambos eran conscientes de que si continuaban con su actitud pasiva se produciría la muerte de la niña o que acudieron al centro de salud cuando ya sabían que había muerto.

1. Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, y, por lo tanto, después de un proceso justo, ( artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, permitiendo al Tribunal alcanzar una certeza objetiva, en tanto que asumible por la generalidad, sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables. El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva oportunidad para proceder de nuevo a la valoración del material probatorio, de manera que no es posible que el Tribunal de casación, que no ha presenciado las pruebas personales practicadas en el plenario, sustituya la realizada por el Tribunal de instancia ante el cual se practicaron.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar, de un lado, la regularidad de la prueba utilizada, es decir, su ajuste a la Constitución y a la ley, y, de otro lado, la racionalidad del proceso argumentativo. Esta forma de proceder en el control de la racionalidad del proceso valorativo no implica que el Tribunal que resuelve el recurso pueda realizar una nueva valoración de las pruebas cuya práctica no ha presenciado, especialmente las de carácter personal. Se trata, solamente, de comprobar que el Tribunal de instancia se ha ajustado a las reglas de la lógica, no ha desconocido injustificadamente las máximas de experiencia y no ha ignorado los conocimientos científicos, y que, por lo tanto, su valoración de las pruebas no ha sido manifiestamente errónea, absurda, caprichosa o absolutamente inconsistente.

Por otro lado, también hemos señalado ( STS nº 847/2013, de 11 de noviembre , entre otras) que cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado,



la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, donde deberá haber procedido a las comprobaciones antes mencionadas. En consecuencia, en estos aspectos, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior.

De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la intermediación que sí ha tenido el Tribunal del jurado.

Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

2. En el caso, el Tribunal Superior de Justicia, al resolver el recurso de apelación, ha examinado las alegaciones del recurrente en relación a la inexistencia de prueba respecto de los aspectos mencionados en el motivo. Así, señala que la afirmación fáctica según la cual ambos habían estado de acuerdo en que el parto tuviera lugar en el propio domicilio y sin asistencia médica, se apoyaba en las propias declaraciones de los acusados y al contenido, coincidente, de una carta remitida por Eugenia al recurrente. De todo ello se desprende que aunque el recurrente pudiera no estar de acuerdo, aceptó y asumió la decisión de la madre de la menor, estuvo presente mientras se llevaba a cabo y permaneció en la vivienda en las horas posteriores al parto, siendo consciente de la evolución de la recién nacida. A ello añade el Tribunal de la apelación que está probado, también sobre la base de sus declaraciones, que el recurrente nunca había presenciado ni asistido a un parto y carecía de cualquier conocimiento o cualificación sobre el particular.

De todos modos, como se advierte en la sentencia impugnada, "no es la decisión de que al parto de la niña se llevara a cabo en un medio extrahospitalario sin asistencia médica el hecho determinante de la condena, sino fundamentalmente, lo es la inactividad del recurrente, la falta de la necesaria atención a la hija neonata y la dejadez a la hora de recabar el auxilio de los profesionales de la medicina que exige el nacimiento de un bebé, sobre todo cuando se va siendo consciente de que la vitalidad del mismo va mermando hasta llegar al fallecimiento".

Así, en la sentencia se precisa que, para declarar probado que el recurrente iba observando cómo la respiración de la niña era cada vez más tenue a medida que pasaban las horas, que apenas se movía, que no lloraba y que su vida corría peligro, y que a pesar de ello continuó sin prestarle asistencia, y que era consciente de que si continuaba con su actitud pasiva se produciría la muerte, (hecho 17), y asimismo, que a las 23,00 horas, la niña que había nacido a las 10,00 horas ya no realizaba ningún movimiento y a pesar de ello el recurrente mantenía su actitud pasiva sin requerir asistencia o ayuda sanitaria, el Tribunal del jurado ha tenido en cuenta la declaración del propio recurrente, lo que es considerado razonable en la medida en la que coincide con otras pruebas, entre ellas la carta, antes mencionada, en la que la madre de la niña relata la actitud pasiva del recurrente frente a la inquietud que aquella le exponía al no despertarse la niña.

La conclusión del Tribunal de apelación es razonable, pues partiendo de que la decisión de llegar hasta el parto en el domicilio, sin asistencia médica, ya supone la asunción de unos riesgos, especialmente para el recién nacido, que requieren una especial atención y vigilancia, con el objeto de reclamar asistencia médica ante cualquier complicación, y que ello se incrementa si se decide, y se acepta, no proceder a cortar el cordón umbilical, la presencia del acusado, padre de la recién nacida, en el mismo domicilio, le sitúa en una posición de garante que le obligaba a actuar para evitar un resultado altamente probable, como era la muerte de la niña, ante la inacción de su madre, permaneciendo ambos pasivos de manera que no le cortaron el cordón umbilical, no procedieron a limpiar o aspirar las secreciones ni a la reanimación neonatal, no abrigaron suficientemente ni alimentaron a la recién nacida a lo largo de todo un día, a pesar de que necesariamente se percataron, como ha reconocido el recurrente, de que su vitalidad disminuía progresivamente, sin requerir asistencia médica hasta



que supieron que la menor había ya fallecido. Aspecto este último, respecto del que el Tribunal de apelación considera razonable la valoración de las pruebas que hizo el Tribunal del jurado, entre ellas la declaración de la doctora que los recibió en el Centro de Salud, que manifestó que la traían completamente envuelta, hasta la cara, como si fuera un paquete.

De todo lo anterior se desprende que ha existido prueba de cargo de la conducta pasiva del recurrente, sin atender a la niña y sin requerir ayuda médica, a pesar de que necesariamente, como ha reconocido en alguna de sus declaraciones, era consciente de la falta de atención que se prestaba a la recién nacida, y del riesgo creciente que ello determinaba para la vida de la misma.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim , denuncia la infracción de los artículos 14 , 138 , 139 y 142 del Código Penal . Señala que en el objeto del veredicto se incluyeron proposiciones en las que se incluía la posible concurrencia de dolo directo, dolo eventual o imprudencia, inclinándose el jurado por el dolo eventual. Sostiene ahora que subsidiariamente, los hechos probados podrían considerarse como un homicidio imprudente. Argumenta que la muerte del recién nacido hubiera sido evitable solicitando auxilio médico, pero que el no haber tomado la decisión, teniendo presente la contumaz resistencia y oposición de la madre, es expresión de una pasividad e indolencia que podrían integrar una imprudencia temeraria, "pero en modo alguno pone de manifiesto la intencionalidad, el dolo, de causar el daño o resultado" (sic). Añade que, en todo caso sería cómplice por omisión o bien, habría actuado bajo un error de tipo al creer que la madre tenía controlada la situación, y que no era necesaria más atención al recién nacido, siendo de aplicación el artículo 14 del Código Penal .

1. Se decía en la STS nº 981/2017, de 11 de enero , que "se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos sumamente relevantes que el agente no tiene seguridad alguna de poderlos controlar o neutralizar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado homicida, ya que es suficiente con que conozca que hay un elevado índice de probabilidad de que su comportamiento lo produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el autor, sin que sea admisible por irrazonable, vana e infundada la esperanza de que el resultado no se materialice, hipótesis que se muestra sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos que el agente ha generado ( SSTS 311/2014, de 16-4 ; y 759/2014, de 25-11 ; 155/2015, de 16-3 ; y 191/2016, de 8-3)".

Así pues, 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.

2. Cualquier persona con un conocimiento medio de las circunstancias de la vida, como puede decirse del recurrente, sabe que el proceso del nacimiento entraña ciertos riesgos, especialmente para el recién nacido, que requieren una atención que debe incrementarse cuando, por las decisiones previas, relativas a las condiciones en que el parto se va a producir, aumenta de forma apreciable la entidad de aquellos riesgos. Tal atención no solo implica un mayor cuidado respecto del estado del recién nacido, sino además la valoración de la posibilidad de requerir asistencia médica.

En el caso, el recurrente, padre de la niña recién nacida, había aceptado que el parto tuviera lugar en el domicilio, sin asistencia médica, conducta que puede dar lugar a una imprudencia en determinadas circunstancias, si finalmente se produce el resultado lesivo. Pues es bien sabido que un parto, aunque sea un acto natural, puede presentar riesgos serios para la vida de la madre o de la criatura recién nacida, lo que impone un deber de cuidado que debe ser atendido. Pero, tal como resulta de los hechos probados, su conducta no se limitó a aceptar y participar de aquella situación, sino que pudo comprobar que, tras el nacimiento, no se procedía a cortar el cordón umbilical; que no se limpiaban las secreciones; que no se reanimaba a la niña; que no se la abrigaba; que no se la alimentaba durante todo un día; que su vitalidad disminuía según transcurría el tiempo, ya que su respiración era cada vez más tenue, que respiraba poco, o que estaba demasiado quieta. Y a pesar de todo ello, permaneció pasivo, sin hacer nada y sin requerir ayuda médica hasta que la menor falleció, trasladándola entonces al Centro de Salud.

Por lo tanto, consciente de esos aspectos, necesariamente sabía que el riesgo para la vida de la menor aumentaba con el transcurso del tiempo en las condiciones descritas, y sabía igualmente que su obligación como padre le imponía una actuación orientada a evitar el resultado de muerte, que se presentaba como altamente probable.



Conociendo el riesgo jurídicamente desaprobado y la evidente obligación de garante, su pasividad es indicativa de la aceptación del resultado o, al menos, de su indiferencia hacia el mismo, por lo que concurren las exigencias del dolo eventual en los casos de comisión por omisión.

Por otro lado, no existe ningún dato que indique que el recurrente tenía razones serias para entender que la madre de la niña tenía controlada la situación, pues conocía la ausencia de experiencia y de formación sobre el particular.

Así pues, el motivo se desestima.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Marcial , contra la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 3 de julio de 2017 .

2º. Con imposición al recurrente de las costas del presente recurso.

Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Ana María Ferrer García