



AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA
TRIBUNAL DEL JURADO

ROLLO JURADO nº 5/18
Juzgado de Instrucción nº 10 de Málaga
Procedimiento de la Ley del Jurado nº 1/16

SENTENCIA Nº 12/18

En la ciudad de Málaga, a 10 de diciembre de dos mil dieciocho.

Vistos, en juicio oral y público, por el Tribunal del Jurado, los presentes autos, dimanantes del Procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado nº 1/16 del Juzgado de Instrucción nº 10 de Málaga, seguido para el enjuiciamiento de un presunto delito de asesinato contra:

1.- Esmeralda B F, nacida en Málaga el día 9/1/96, hija de y, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia y en situación de libertad provisional, de la que estuvo privada del 11/12/16 al 23/8/18.

2.- Rafael N M, nacido en Málaga el 23/7/91, hijo de y, sin antecedentes penales, de ignorada solvencia y en situación de libertad provisional, de la que estuvo privado desde el 11/12/16 al 23/8/18.

Ambos acusados están representados por el procurador D. José Carlos Garrido Márquez y son defendidos por el letrado Don José Antonio Sánchez Verdejo.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en la representación que la Ley le confiere.

Fue designado Magistrado-Presidente Julio Ruiz-Rico Ruiz-Morón, que expresa el parecer del Jurado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se incoaron con motivo del levantamiento del cadáver de, que tuvo lugar el día





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

10 de noviembre de 2016, practicándose en trámite de Diligencias Previas, y posteriormente de Procedimiento de Ley del Jurado, las actuaciones que se estimaron pertinentes para el esclarecimiento de los hechos denunciados. Seguidos los trámites procesales oportunos, formulados los escritos de acusación y defensa, y acordada la apertura del Juicio Oral, se remitieron los testimonios correspondientes a la Audiencia Provincial, en donde se designó Magistrado-Presidente al que suscribe, celebrándose juicio oral los días 26, 27 y 28 de noviembre de 2018.

SEGUNDO.- En dicho acto el Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de asesinato del art. 139.1º circunstancia primera del Código Penal, concurriendo la agravante de parentesco del art. 23 de dicho texto legal, interesando la imposición a ambos acusados de la pena de prisión permanente revisable.

TERCERO.- La defensa, en igual trámite, solicitó la libre absolución de sus patrocinados por no ser autores de delito alguno.

Subsidiariamente, interesó que se les considerase autores de un delito de homicidio por imprudencia grave.

CUARTO.- Emitidos los correspondientes informes por las partes, el día 29 de dicho mes se sometió a la decisión del Jurado el siguiente:

OBJETO DEL VEREDICTO

Hechos aceptados por las partes
(El jurado no tiene que pronunciarse sobre ellos)

Los acusados Esmeralda E F y Rafael N M eran pareja sentimental y fruto de su unión nació el día 6 de agosto de 2016 una niña llamada , tras un embarazo a término, con un peso de 3.680 gr. y una talla de 52 cm (correspondiente a un percentil 90).

La recién nacida no fue alimentada correctamente, pues sus padres le daban biberones que contenían una cantidad insuficiente de leche maternizada, lo que pasado el tiempo provocó en la misma un estado de malnutrición severa, llegando a ser su peso, a los tres meses de edad, de 2.900 gr., y su talla de 54,5 cm. (percentil tres-cinco desviado del estándar de peso normal).

Así mismo, la menor sufrió a finales de octubre o principios de noviembre de dicho año una caída que le provocó un traumatismo craneo encefálico.

Sobre las 6 horas del día 10 de noviembre de 2016, la menor falleció en el domicilio familiar, siendo la causa fundamental de la muerte la malnutrición severa que sufría, y la causa inmediata una bronconeumonía provocada por la falta de alimentación, pues ésta ocasionó una depresión del sistema inmune e infección terminal. Además, ayudó al resultado de muerte el citado traumatismo, por su localización en el sistema nervioso central.

RESPECTO DE ESMERALDA E F

Hechos desfavorables

1.- Esmeralda quería ocasionar la muerte de su hija, y para conseguirlo decidió no alimentarla correctamente, no proporcionándole la cantidad de comida necesaria, siendo plenamente consciente de la situación de absoluta indefensión en que se encontraba la menor,



tanto por ser un bebé, como por ser ella y su compañero las únicas personas que se encargaban de atenderla.

2.- Esmeralda no tenía la intención de provocar la muerte de su hija, pero fue consciente de que le estaba proporcionando una alimentación insuficiente para que subsistiera y de la situación de peligro en la que debido a ello se encontraba, y también que ello podría provocarle la muerte, dada la situación de absoluta indefensión de la menor, por ser un bebé y por ser ella y su compañero las únicas personas que se encargaban de atenderla, lo que no le impidió continuar alimentándola de esa forma, no acudiendo a solicitar asistencia médica pudiendo hacerlo, ya que le resultaba indiferente que se pudiera morir.

3.- Esmeralda, debido a su inmadurez, a su aislamiento social y familiar y a su falta de experiencia, no fue consciente de que estaba alimentando a su hija de manera insuficiente, y debido a ello omitió las precauciones que le eran exigibles, pues no llevó a la menor al médico para que la examinara y siguiera su evolución, produciéndose la muerte debido a tal descuido.

Hecho favorable

4.- Esmeralda nunca tuvo intención de ocasionar la muerte de su hija, ni se representó que ello pudiera ocurrir, y tampoco actuó de manera negligente en su cuidado.

(Estos cuatro hechos se excluyen recíprocamente entre sí, pudiendo elegir el Jurado, como máximo, uno de ellos).

Culpabilidad o no culpabilidad de la acusada

5.- Esmeralda E F es culpable de haber ocasionado la muerte de manera voluntaria y deliberada a su hija , al proporcionarle menos alimentos de los que necesitaba para subsistir.

6.- Esmeralda E F es culpable de haber ocasionado la muerte de su hija , pues a pesar de que fue consciente de que ésta estaba sufriendo una malnutrición importante como consecuencia de la insuficiente alimentación que le estaba proporcionando y de que ello le podía ocasionar la muerte, decidió no darle más comida ni llevarla al médico, pudiendo hacerlo, porque le resultaba indiferente que pudiera morir.

7.- Esmeralda E F es culpable de actuar de manera desatenta y descuidada, al no percatarse de que estaba alimentando a su hija de manera insuficiente, y debido a ello omitió las precauciones que le eran exigibles, pues no llevó a la menor al médico para que la examinara y siguiera su evolución, produciéndose la muerte debido a tal descuido.

(De estas tres opciones, que se corresponden respectivamente con los apartados 1, 2 y 3, solo puede elegirse una como máximo. Se puede realizar una argumentación conjunta de las mismas).

Hecho desfavorable que puede agravar la responsabilidad criminal

8.- El hecho de que la acusada fuera la madre de hace más grave su conducta, por haber quebrantado los lazos de afecto que debían unir a ambas

Posible aplicación del beneficio de la suspensión de condena

9.- En el caso de que Esmeralda sea declarada culpable, ¿el Jurado estima que debería serle concedido el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, si se dan los requisitos necesarios para ello?.

Posible solicitud de indulto



10.- En el caso de que Esmeralda sea declarada culpable, ¿el Jurado estima que debería serle interesada la aplicación de un indulto en la sentencia que se dicte?.

RESPECTO DE RAFAEL N M

Hechos desfavorables

11.- Rafael quería ocasionar la muerte de su hija, y para conseguirlo decidió no alimentarla correctamente, no proporcionándole la cantidad de comida necesaria, siendo plenamente consciente de la situación de absoluta indefensión en que se encontraba la menor, tanto por ser un bebé, como por ser él y su compañera las únicas personas que se encargaban de atenderla.

12.- Rafael no tenía la intención de provocar la muerte de su hija, pero fue consciente de que le estaba proporcionando una alimentación insuficiente para que subsistiera y de la situación de peligro en la que debido a ello se encontraba, y también que ello podría provocarle la muerte, dada la situación de absoluta indefensión de la menor, por ser un bebé y por ser ella y su compañero las únicas personas que se encargaban de atenderla, lo que no le impidió continuar alimentándola de esa forma, no acudiendo a solicitar asistencia médica pudiendo hacerlo, ya que le resultaba indiferente que se pudiera morir.

13.- Rafael, debido a su inmadurez, a su aislamiento social y familiar y a su falta de experiencia, no fue consciente de que estaba alimentando a su hija de manera insuficiente, y debido a ello omitió las precauciones que le eran exigibles, pues no llevó a la menor al médico para que la examinara y siguiera su evolución, produciéndose la muerte debido a tal descuido.

Hecho favorable

14.- Rafael nunca tuvo intención de ocasionar la muerte de su hija, ni se representó que ello pudiera ocurrir, y tampoco actuó de manera negligente en su cuidado.

(Estos cuatro hechos se excluyen recíprocamente entre sí, pudiendo elegir el Jurado, como máximo, uno de ellos).

Culpabilidad o no culpabilidad del acusado

15.- Rafael N M es culpable de haber ocasionado la muerte de manera voluntaria y deliberada a su hija , al proporcionarle menos alimentos de los que necesitaba para subsistir.

16.- Rafael N M es culpable de haber ocasionado la muerte de su hija , pues a pesar de que fue consciente de que ésta estaba sufriendo una malnutrición importante como consecuencia de la insuficiente alimentación que le estaba proporcionando y de que ello le podía ocasionar la muerte, decidió no darle más comida ni llevarla al médico, pudiendo hacerlo, porque le resultaba indiferente que pudiera morir.

17.- Rafael N M es culpable de actuar de manera desatenta y descuidada, al no percatarse de que estaba alimentando a su hija de manera insuficiente, y debido a ello omitió las precauciones que le eran exigibles, pues no llevó a la menor al médico para que la examinara y siguiera su evolución, produciéndose la muerte debido a tal descuido.

(De estas tres opciones, que se corresponden respectivamente con los apartados 11, 12 y 13, solo puede elegirse una como máximo. Se puede realizar una argumentación conjunta de los mismos).

Hecho desfavorable que puede agravar la responsabilidad criminal



18.- El hecho de que el acusado fuera el padre de _____ hace más grave su conducta, por haber quebrantado los lazos de afecto que debían unir a ambos.

Posible aplicación del beneficio de la suspensión de condena

19.- En el caso de que Rafael sea declarado culpable, ¿el Jurado estima que debería serle concedido el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, si se dan los requisitos necesarios para ello?.

Posible solicitud de indulto

20.- En el caso de que Rafael sea declarado culpable, ¿el Jurado estima que debería serle interesada la aplicación de un indulto en la sentencia que se dicte?.

QUINTO.- Tras la oportuna deliberación, el Jurado emitió el día 30 de noviembre de 2018 el veredicto que consta en el acta extendida al efecto, y siendo el mismo de culpabilidad respecto del delito de asesinato imputado, se concedió la palabra a las partes a los fines previstos en el art. 68 de la L. O. 5/95, con el resultado que igualmente obra en dicho documento.

SEXTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales por parte de este Tribunal.

HECHOS PROBADOS

De la apreciación conjunta, por parte de los miembros del Tribunal del Jurado, de las pruebas practicadas en el acto del juicio, resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos:

Los acusados **ESMERALDA B _____ F _____** y **RAFAEL N _____ M _____**, mayores de edad y sin antecedentes penales, eran pareja sentimental y fruto de su unión nació el día 6 de agosto de 2016 una niña llamada _____, tras un embarazo a término, con un peso de 3.680 gr. y una talla de 52 cm (correspondiente a un percentil 90).

A partir de ese momento, y durante sus tres meses de vida, los acusados dejaron de prestar a la menor los más elementales cuidados de forma deliberada y reiterada, siendo conscientes de que con tal falta de cuidados le podría provocar la muerte, lo que aceptaron.

Así, la recién nacida no fue alimentada correctamente, pues sus padres le daban biberones que contenían una cantidad insuficiente de leche maternizada, lo que pasado el tiempo provocó en la misma un estado de malnutrición severa, llegando a ser su peso, a los tres meses de edad, de 2.900 gr., y su talla de 54,5 cm. (percentil tres-cinco desviado del estándar de peso normal).

Los acusados no tenían la intención de provocar la muerte de su hija, pero fueron conscientes de que le estaban proporcionando una alimentación insuficiente para que pudiera subsistir, de la situación de peligro en la que debido a ello se encontraba la menor, y también que ello podría provocarle la muerte, dada la situación de absoluta indefensión de la misma, por ser un bebé y por ser Esmeralda y Rafael las únicas personas que se encargaban de





atenderla, lo que no le impidió continuar alimentándola de esa forma, ni acudiendo a solicitar asistencia médica, pudiendo hacerlo, ya que les resultaba indiferente que se pudiera morir.

Así mismo, la menor sufrió una caída a finales de octubre o principios de noviembre de dicho año, que le provocó un traumatismo craneo encefálico, sin que los acusados, que estaban presentes cuando se produjo, la llevaran a ningún centro sanitario para que fuera reconocida.

Sobre las 6 horas del día 10 de noviembre de 2016, la menor falleció en el domicilio familiar, siendo la causa fundamental de la muerte la malnutrición severa que sufría, y la causa inmediata una bronconeumonía provocada por la falta de alimentación, pues ésta ocasionó una depresión del sistema inmune e infección terminal. Además, ayudó al resultado de muerte el citado traumatismo, por su localización en el sistema nervioso central.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de asesinato previsto y penado en el art. 139.1.1ª del Código Penal, precepto que establece que será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias que a continuación enumera, entre las que se encuentra la de alevosía, la cual aparece definida en el art. 22.1 de dicho texto legal como aquella actuación en la que el sujeto activo emplea en la ejecución del delito "medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido"

Como recuerda la STS de 19/3/14, su doctrina jurisprudencial, contenida entre otras muchas en las SSTS 1429/2011, de 30 de diciembre, 519/2012, de 15 de junio, y núm. 893/2012, de 15 de noviembre, los presupuestos necesarios para aplicación de la alevosía son, en lo normativo, que se trate de un delito contra las personas; en el aspecto objetivo, que el modo o forma de actuar o los medios empleados resulten realmente funcionales para neutralizar cualquier defensa del ofendido y el correlativo riesgo para el autor; y subjetivamente, que el autor determine su comportamiento incluyendo esa funcionalidad en su estrategia criminal con voluntad de aprovechamiento de los modos o formas y de los medios. Y suele añadirse un cuarto requisito de mayor antijuridicidad en el caso concreto, derivada del modo de operar y de su consciente aprovechamiento para blindarse el agente frente a la eventual reacción defensiva de la víctima.

Sigue diciendo aquella sentencia que nuestra doctrina suele distinguir tres modalidades de alevosía: a) la que se califica de proditoria o traicionera, en la cual el autor del delito utiliza la emboscada o la trampa para acechar a la víctima; b) la sorpresiva, cuando el ataque se efectúa en condiciones que sorprenden a la víctima; y c) aquella en la que el ataque se realiza cuando la víctima se encuentra en una situación de desvalimiento, de la que se aprovecha el autor, sin que la víctima, por su desamparo (niños, ancianos, inválidos, personas dormidas, inconscientes, etc.), se encuentre en condiciones de articular defensa alguna.



En el caso que nos ocupa concurre claramente la alevosía en su modalidad de desvalimiento, como se deduce del relato de hechos que han quedado probados, al recaer la acción homicida sobre un recién nacido que por razón de su edad no podía cuidarse por sí mismo, siendo los acusados las únicas personas que se encargaban de atenderla, máxime cuando según ellos mismos expusieron y quedó acreditado en el acto del juicio, no mantenían relación alguna con sus respectivas familias, al estar enemistados con ellas, y tampoco tenían amigos.

Por lo que se refiere a la componente subjetiva del delito, la decisión que se sometió al criterio del Jurado era ciertamente complicada, planteándose por las partes, en sus conclusiones definitivas, varias opciones que la presidencia recogió en el objeto del veredicto, que iban desde el asesinato por dolo directo (los acusados habrían buscado intencionalmente la muerte de su bebé), a la inexistencia de delito por ausencia de dolo y de culpa, pasando por el asesinato por dolo eventual (los acusados habrían sido conscientes de que la niña estaba sufriendo una importante malnutrición por la insuficiente alimentación que le proporcionaban, y de que ello le podía ocasionar la muerte, pero decidieron no darle más comida ni llevarla al médico, pudiendo hacerlo, porque le resultaba indiferente que pudiera morir), y por la imprudencia grave (los acusados habrían actuado de manera desatenta y descuidada, al no percatarse de que estaban alimentando a su hija de manera insuficiente, y debido a ello omitieron las precauciones que les eran exigibles, pues no llevaron a la menor al médico para que la examinara y siguiera su evolución, produciéndose la muerte debido a tal descuido).

De dichas posibles alternativas, el Jurado excluyó la presencia del dolo directo o de primer grado, es decir, que los acusados tuvieran la intención específica de conseguir el resultado (la muerte de su hija) pero, razonadamente, consideraron acreditada la comisión del delito, por omisión de los cuidados debidos, mediante dolo eventual, el cual se basa, según el Tribunal Supremo, en el conocimiento por parte del sujeto activo de que la conducta que realiza pone en peligro el bien jurídico protegido, en este caso la vida de la pequeña , lo que no le impide continuar con la acción por resultarle indiferente que se produzca, aceptándolo.

Lo decisivo es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor, de manera que cuando existe un alto grado de probabilidad de que se produzca nos encontramos en el terreno del dolo eventual. Como señalan las STS de 25/2/15, 18/12/12, 4/7/12 o 7/7/08, entre otras, "se permite admitir la existencia de dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico". Por otra parte, las STS de 21/6/17, 25/2/15 y 10/6/14, entre otras, resumen de manera clara y contundente la doctrina de la Sala y declaran que "el dolo eventual supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados".

SEGUNDO.- Antes de entrar a analizar la prueba de la que se desprende la culpabilidad de los acusados, es preciso hacer referencia a una cuestión que





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

ha surgido al tiempo de redactar esta sentencia, y que hasta este momento había pasado desapercibida para quien esto suscribe, cual es la de la tipificación de los hechos.

En principio, es claro que a los hechos que se han declarado probados les sería de aplicación el subtipo agravado previsto en el art. 140.1.1ª del Código Penal, según el cual "el asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando (...) la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad", lo que sucede en este caso.

Sin embargo, en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, elevado a definitivo en el trámite de calificación definitiva, no se incluyó dicho precepto, sino solo el art. 139.1, debiendo tratarse de una omisión involuntaria por parte de su autora, como se desprende del hecho de que en el apartado correspondiente a la pena a imponer se solicitara la de prisión permanente revisable, sobre la cual, incluso, la Sra. Fiscal solicitó a la presidencia que ilustrara a los miembros del jurado sobre su contenido y alcance.

Aun siendo consciente quien esto redacta del carácter probablemente involuntario, en el escrito de conclusiones, de cualquier referencia al art. 140 del Código, entiendo que el principio acusatorio impide que se aplique dicho precepto, al no existir formalmente petición expresa al respecto, pues ello implicaría que el Tribunal adoptara una decisión contraria a los principios generales del derecho penal, por ser perjudicial para los acusados, asumiendo una función acusatoria que no le es propia.

TERCERO.- Del delito definido en el primer fundamento de derecho de la presente resolución son criminalmente responsables los acusados, en concepto de autores del art. 28 párrafo 1º del Código Penal, dada la participación directa, material y voluntaria que tuvieron en su ejecución.

La defensa admite que muerte de se debió, como causa fundamental, a la malnutrición severa que sufría, siendo la causa inmediata del óbito una bronconeumonía que fue provocada por la falta de alimentación, pues ésta había ocasionado una depresión del sistema inmune e infección terminal, ayudando también a la producción del fatal resultado el traumatismo craneoencefálico que la menor sufrió a finales de octubre o principios de noviembre de 2016, como consecuencia de una caída producida cuando al parecer los padres le estaban cambiando el pañal, y por la que no le prestaron la asistencia médica que requería, centrándose la decisión del Jurado, como antes se expuso, en el análisis de la culpabilidad de los acusados, planteándose en el objeto del veredicto diversas alternativas que iban desde el asesinato por dolo directo hasta la inexistencia de cualquier tipo de responsabilidad, pasando por la imprudencia grave y el dolo eventual, siendo ésta la opción que el Tribunal consideró acreditada, en base a los siguientes elementos de prueba, aplicables a ambos acusados, toda vez que la intervención en los hechos de los dos fue prácticamente idéntica, al ocuparse indistintamente del cuidado de la menor:

I. Declaración de los acusados.



La situación económica de ambos no era demasiado holgada, pues al parecer subsistían con la pensión de 310 euros que Esmeralda percibía de su padre, mientras que Rafael ganaba unos doscientos euros al mes de un trabajo de fines de semana que realizaba en un gimnasio.

Ella había podido dar a luz en un hospital privado de Málaga () al estar aún incluida en el seguro de su padre, que era o había sido funcionario público. Esmeralda dijo que en el hospital le dieron algunas muestras de leche maternizada y le explicaron la cantidad que tenía que dar a la niña, si bien posteriormente, cuando se le acabaron las muestras, como no tenía dinero suficiente para comprarle comida, acudió a unas monjas que atienden a las familias necesitadas, las cuales les proporcionaron leche maternizada, pero como no tenían del número 1 (que es la adecuada para los primeros meses de vida de los recién nacidos), le dieron del nº 2, creyendo los acusados que al ser un alimento indicado para niños de mayor edad, tenían que poner en el biberón menor cantidad de producto, lo que en la práctica supuso que ingiriera agua con alimento insuficiente y muy escaso.

Los acusados afirmaron, aunque no existe constancia documental de ello, que a los tres días del nacimiento llevaron a la niña al mismo hospital donde nació, y una segunda vez a los quince días para que le hicieran las pruebas del oído y del talón, siendo en estas ocasiones su peso normal.

Según dijeron, tenían que volver a llevarla a la consulta del niño sano a los tres meses, pero pocos días antes del óbito Esmeralda habló con su padre, quien le dijo que el seguro de él no cubría la atención de la niña, por lo que los acusados dijeron que estaban intentando solucionar ese problema, al carecer de seguro médico.

Con independencia de ello, lo cierto es que pese a ser evidente la delgadez de la niña, los acusados nunca la llevaron al médico, ni la pesaron en ninguna farmacia, ni preguntaron a persona alguna, a pesar de que una de las vecinas que declaró en el plenario, que tuvo la intuición de que algo raro estaba pasando, se ofreció para ayudarles en todo lo que necesitaran.

El escaso interés de los acusados por la salud y bienestar de su hija quedó de manifiesto cuando, según dijeron los dos, el día de antes de su muerte

se puso morada mientras le daban el biberón, y dejó de respirar, consiguiendo Rafael reanimarla, si bien la menor no quiso comer. Ante una situación como la descrita, en la que un bebé se pone morado y deja de respirar, teniendo que ser reanimado, no ingiriendo alimento alguno y teniendo la tripa hinchada, cualquier persona, y mucho más quienes son los progenitores, por escasa que sea la experiencia que tuvieran en el cuidado de niños, se tiene que representar la existencia de una situación anómala en la que la vida del niño está en peligro, y cualquiera habría acudido en tales circunstancias a un servicio médico de guardia, o habría llamado al servicio de urgencias para solicitar auxilio.

También debe destacarse el episodio que se produjo a finales de octubre o principios de noviembre de 2016 cuando, según los acusados, oyeron un golpe en la habitación de la niña y al ir allí se dieron cuenta que procedía de la caída de la misma al suelo desde la cuna en donde la tenían, y cuya altura habían puesto demasiado elevada, comprobando tras ello que presentaba un





chichón en la cabeza, no dándole más importancia a lo sucedido porque la niña se calmó, procediendo, eso sí, a disminuir la altura de la cuna.

El impacto debió ser, sin embargo, muy grande, pues como se expondrá más adelante, de él se derivó una fractura craneal menor, que pudo ser coadyuvante directo o indirecto en el fatal desenlace, sin que tampoco en este caso los acusados se plantearan la necesidad de llevar a la niña a un centro médico, como cualquier padre habría hecho.

Las circunstancias expuestas (manifiesta y considerable delgadez de la niña, ausencia de cualquier solicitud de auxilio o de mera información, pasividad ante un grave episodio de parada respiratoria acompañada de un amoratamiento de la piel, y ante una caída importante al suelo de la niña, sufriendo un golpe fuerte en la cabeza), contrastan con el cuidado muy diligente que sí prestaban los acusados a los diversos perros que poseían, a los que sacaban con frecuencia a la calle y atendían con esmero. Incluso tras su detención, como consta en el folio 30 del Rollo de Sala, Esmeralda escribió una carta para que la policía que la custodiaban se la entregaran a una de sus hermanas, en la que le daba las gracias por cuidar a sus perros, pidiéndole que tuviera cuidado con la perra pequeña para que no pasara frío, y también que evitara que "la reina" tuviera cachorros, entre otras cosas.

Todo ello llevó al jurado a deducir que necesariamente se percataron de que la alimentación que daban a su hija era insuficiente, que ello le había producido un estado de malnutrición y delgadez severa, que se encontraba en estado de riesgo vital al sufrir una parada respiratoria y haber sufrido un fuerte golpe en la cabeza, nada de lo cual les importó, pues les resultaba indiferente que se produjera su muerte.

II.- Declaración la peditra

Dicha doctora declaró en el plenario que el día de autos, cuando estaba llegando al Hospital Materno Infantil de Málaga, poco antes de iniciar su trabajo en el servicio urgencias, mientras estaba en la cola de acceso a un aparcamiento cercano, vio bajar de un autobús a un hombre, que luego resultó ser el acusado, que llevaba un bebé en brazos, llamándole poderosamente la atención la escena pues el niño parecía inerte. Minutos después se encontró a la criatura en el servicio de reanimación del hospital, comprobando que estaba muerto, y que la muerte databa aparentemente de varias horas antes, pues el cadáver estaba frío y presentaba livideces. Añadió la doctora que preguntaron al padre por lo que había sucedido y que apenas manifestó que la madre del niño se había marchado de casa temprano y que al despertarse él sobre las 6 horas para darle un biberón se encontró con que no se movía, por lo que decidió traerlo en autobús al hospital, dándole a la testigo la sensación de que Rafael no era consciente de lo que había sucedido.

También dijo la doctora que la niña estaba perfecta y llamativamente vestida, como si la llevaran a una celebración, lo que le pareció extraño, pues si el padre se la encontró inmóvil, lo normal hubiera sido que se la hubiese llevado a toda prisa con el pijama que tuviera puesto, en vez de vestirla, dada la urgencia de la situación.



Igualmente, la pediatra expuso que el bebé estaba muy delgado, y a simple vista se notaba que padecía una malnutrición severa, pues a su edad tendría que haber pesado unos 6 ó 7 kilos, y solo tenía 2,900, añadiendo que una desnutrición como la descrito no se produce por dejar de comer un niño dos o tres días, sino como consecuencia de una alimentación deficiente por un periodo temporal muy superior.

III.- Declaración de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía con carné profesional nº 89.631, 85.518, 81.999, 97.012 y 88.149.

El primero de dichos agentes se personó en el Hospital Materno Infantil de esta capital y manifestó que el estado de la fallecida era deplorable, pues su gran delgadez y porque tenía aparentemente arañazos por uñas, heridas y dermatitis. Según dijo, cualquier persona se habría percatado de su estado de desnutrición, añadiendo el testigo que Rafael no expresó sorpresa por la muerte, ni lloró, ni se mostró apesadumbrado.

También participó este agente en el registro que se hizo en la vivienda de los acusados, poniendo de manifiesto, al resto que los demás policías cuyo número de identificación se ha consignado más arriba, la insalubridad del mismo, pues había gran cantidad de ropa tirada y varios perros que habían hecho sus necesidades, incluso había excrementos encima del cambiador, como se aprecia en las fotos que forman parte de la Inspección Ocular realizada.

IV.- Pericial realizada por los médicos forenses Sr. _____ y Sra. _____

Esta peritación versó sobre la imputabilidad de los acusados, esto es, sobre su capacidad de entendimiento y voluntad, en relación con los hechos que se les imputan.

Dichos doctores reconocieron a los acusados por primera vez el 12 de noviembre de 2016, y consideraron necesario que se sometiera a ambos a un test de inteligencia y habilidades sociales (al que luego se hará referencia), tras lo cual llegaron a las siguientes conclusiones, comunes para ambos:

- No presentan sintomatología psíquica aguda ni trastorno psíquico alguno que produzca una alteración de sus capacidades cognitivas, intelectuales y volitivas, no encontrándose por tanto alterada su imputabilidad.
- Con relación a los hechos investigados, los explorados no presentaron circunstancia alguna que pudiera afectar sus capacidades cognitivas y/o volitivas, no encontrándose disminuida su imputabilidad.
- Únicamente se detectó que los dos presentaba una personalidad introvertida, inmadura, así como un autoaislamiento socio-familiar, lo cual asociado a una escasa formación en lo referente a las necesidades y cuidados de un bebé pudieron llevarles a conductas de omisión, que pudieran inducir o influir en el mecanismo de la muerte.

V.- Pericial realizada por los psicólogos Sr. _____ y Sra. _____



El informe psicológico al que antes se aludió lo emitieron estos psicólogos, quienes realizaron a ambos acusados un test de inteligencia y habilidades sociales, así como también un test de personalidad, llegando a la conclusión de que en ninguno de ellos se aprecia trastornos de la personalidad o alteraciones emocionales significativas o psicopatologías que impidan el desempeño de su vida diaria, poseyendo recursos propios y utilizándolos, dentro de las características de su personalidad.

Esmeralda tiene una personalidad basada en la introspección, siendo socialmente tímida y le resulta difícil entablar amistades o participar en actividades sociales, teniendo baja autoestima. Tiene capacidad empática, teniendo facilidad para poder entender los deseos y los problemas de los demás. En cuanto a su inteligencia, tiene un coeficiente intelectual medio (CI 91, centil 27), dentro de los parámetros normales.

Por su parte Rafael también tiene una personalidad de características introvertidas, prefiriendo la soledad a la interacción social, no viéndose afectado por las emociones y teniendo dificultad para manifestar y describir las suyas. Es pasivo, con lentitud motora y del habla, con baja capacidad empática. En cuanto a su inteligencia, tiene un coeficiente intelectual medio-bajo (CI 86,1, centil 27), dentro de los parámetros normales.

VI.- Informe de autopsia.

Lo realizaron los médicos forenses Sra. _____ y Sr. _____, quienes llegaron a la conclusión de que la muerte de _____ se produjo sobre las 6 horas del día 10 de noviembre de 2016, siendo su origen violento por malnutrición severa, y bronconeumonía. Pusieron de manifiesto que la niña nació con un peso de 3.680 gramos y una talla de 52 cm., que corresponde a un percentil 90, y que cuando falleció, con tres meses de edad, pesaba 2.900 gr. y su talla era de 54,5 cm., que se encuentra muy por debajo del percentil mínimo registrado (percentil 3-5 desviaciones estándar de peso normal). Es decir, que en esos tres meses de vida existió una pérdida de masa ponderal, pasando de ser un niño sano a malnutrido.

Se expone también en el informe de autopsia que en casos como el que nos ocupa, la malnutrición severa ocasiona una depresión del sistema inmune, infección y frecuentemente el fallecimiento, frecuentemente por bronconeumonía, como ocurrió en este caso.

Un hallazgo muy relevante de la autopsia fue que la bebé presentaba a nivel una craneal fractura menor, trauma que según la literatura se puede producir por caídas desde 1 a 1,5 metros aproximadamente. La localización de esta lesión (en el sistema nervioso central) es de vital importancia en la repercusión de cualquier complicación generalizada y asociada a la situación clínica de malnutrición severa en que se hallaba la fallecida, por lo que pudo ser coadyuvante directo o indirecto en el desenlace final.

Finalmente, la niña presentaba lesiones erosivas en mandíbula, región mastoidea, tórax y brazos, que podrían ser compatibles con estigmas ungueales de diferente data evolutiva, y que no tuvieron repercusión en la causa de la muerte.



TERCERO.- Ha concurrido la agravante de parentesco del art. 23 del Código Penal, al haber entendido el Jurado que la relación paternofamiliar que unía a los acusados con el sujeto pasivo justifica una agravación de la responsabilidad criminal por haber quebrantado aquellos los lazos de afecto que les debían unir con ésta, y la obligación legal o moral que les obligaba a proporcionarles todo lo necesario para su cuidado y subsistencia.

Respecto de la circunstancia mixta de parentesco, como recuerda la STS de 19/7/18, 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, y en los delitos contra las personas, como el que nos ocupa, su carácter de 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 contra las personas, 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, siendo indudable que en este caso, por disposición legal y obligación ética o moral, los acusados estaban obligados a proporcionar a su hija la alimentación y los cuidados necesarios para garantizar su correcto desarrollo, y al no haberlo hecho está justificado que se aplique la agravación solicitada por el Ministerio Público.

CUARTO.- En cuanto a la individualización de la pena, la establecida en el art. 139 del Código Penal oscila, en toda su extensión, entre los quince y los veinticinco años de prisión.

Al concurrir la agravante de parentesco la pena se ha de imponer en su mitad superior, conforme al art. 66.1.3ª de dicho texto legal, entendiéndose que se ha de imponer la mínima posible, eso es, veinte años y un día de prisión, teniendo en cuenta que los encausados carecen de cualquier tipo de antecedentes, su edad y sus circunstancias personales, tales como el aislamiento social y familiar en que se encontraban.

QUINTO.- Las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito, según establecen los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 123 del Código Penal.

SEXTO.- No procede establecer cantidad alguna en concepto de indemnización, al no existir petición en este sentido por el Ministerio Fiscal, por no constar la existencia de ninguna persona que se haya podido ver perjudicada por el delito.

Vistos, además de los citados, los preceptos legales de general aplicación

FALLO

Que debo condenar y condeno a **ESMERALDA B F** y a **RAFAEL N M**, como autores criminalmente responsable de un delito de asesinato, ya definido, concurriendo la agravante de parentesco, a la pena de **veinte años y un día de prisión**, con la accesoria de inhabilitación





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

absoluta durante el tiempo de duración de la condena, condenándoles igualmente al pago de las costas procesales causadas, por mitad.

Se decreta el comiso de las piezas de convicción intervenidas, a las que se dará el destino legal.

Para el cumplimiento de dicha pena les será de abono el tiempo que han estado privados de libertad por la presente causa.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el plazo de diez días contados a partir del siguiente a la última notificación.

Así, por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

