

Roj: SAP V 2760/2017 - **ECLI:**ES:APV:2017:2760

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Valencia

Sección: 2

Nº de Recurso: 6/2016

Nº de Resolución: 665/2017

Fecha de Resolución: 31/10/2017

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

Ponente: OLGA CASAS HERRAIZ

Tipo de Resolución: Sentencia

Encabezamiento

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN SEGUNDA

VALENCIA

SUMARIO Nº 6/2016

SUMARIO Nº 1/15

Diligencias Previas 1496/2013

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 10 VALENCIA

SENTENCIA Nº 665/17

Iltmos. Sres.:

Presidente

D^a. ROSARIO HERNANDEZ HEVIA

Magistrados

D. SALVADOR CAMARENA GRAU

D^a. OLGA CASAS HERRAIZ (ponente)

En Valencia a 31 de octubre de dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, modificó sus conclusiones provisionales y, en sus conclusiones definitivas, ha calificado los hechos objeto del proceso como constitutivos de los siguientes delitos:

- Un delito de lesiones muy graves del *art. 149.1 CP* .

- Alternativamente sería constitutivo de un delito de lesiones imprudentes del *art. 152.1.2º. CP* .

Concurriendo en ambos casos la circunstancia agravante de alevosía del *art. 22.1ª* y la circunstancia también agravante de parentesco del *art. 23 CP* .

Procediendo imponer por el delito de lesiones la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN.

Respecto de la calificación alternativa interesó la imposición de la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN.

Accesorias:

a) Prohibición de aproximación y comunicación del acusado a la persona de su hijo Hernan, a menos de 300 metros, y a su domicilio. por tiempo de OCHO AÑOS

b) Inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena

c) Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante el tiempo de la condena.

En concepto de responsabilidad civil en su modalidad de daño físico y perjuicio moral Millán deberá indemnizar a María Consuelo en la cantidad de 380.000.-€; por las lesiones y por las secuelas, más los intereses legales.

Con imposición de las costas causadas.

SEGUNDO.- La defensa del acusado, en igual trámite, formuló un relato de hechos propio, sosteniendo la inexistencia de prueba de que las lesiones de Hernan hayan sido causadas por el acusado, por lo que no se deriva responsabilidad criminal, interesó que se dictase sentencia absolutoria, con todo tipo de pronunciamientos favorables.

TERCERO.- En sesión que han tenido lugar en el día 1 y 8 de mayo de 2017 se ha celebrado ante este Tribunal juicio oral y público en la causa expresada en el encabezamiento.

HECHOS PROBADOS

El acusado, Millán, nacional de Nigeria sin pasaporte o documento identificativo, (con número de identificación policial NUM000), sin estancia legal en España, de 20 años de edad, sin antecedentes penales, en el domicilio donde habitaba junto con su esposa María Consuelo, sito en C/ DIRECCION000, nº NUM001 - NUM002 de Valencia se dedicaba al cuidado de su hijo, nacido el NUM003 de 2013, junto con la madre de éste María Consuelo, siendo ambos progenitores los cuidadores exclusivos, ocupándose del menor en solitario Millán cuando la madre del menor atendía sus ocupaciones profesionales o por otro motivo se ausentaba de la vivienda o cuando descansaba en la vivienda.

El menor Hernan en el momento del nacimiento arrojó un índice Apgar de 10/10/10, sin incidencia alguna prenatal o neonatal.

En fecha 18 de marzo de 2013 Hernan el menor precisó de asistencia médica hospitalaria, siendo diagnosticado de fiebre, Viriasis, sin otro hallazgo significativo, recibiendo el alta médica el 21 de marzo de 2013.

En fecha no determinada, pero en cualquier caso, entre el 21 de marzo y el 12 de abril de 2013 Hernan fue sometido por su padre Millán a una o varias sacudidas muy enérgicas, no siendo consciente de que de esta forma podía terminar con su vida o causarle lesiones neurológicas muy importantes. Consecuencia de tales sacudidas, en el momento del ingreso en urgencias del HOSPITAL000, a las 14,27h. del día 12 de abril de 2013, el menor Hernan presentaba una crisis neurológica, hemorragia subdural con edema isquemia cerebral difusa, fractura lineal con leve depresión ósea parietal izquierda, equimosis en párpado superior izquierdo y hemorragias retinianas en ojo derecho, cuadro que provocó un shock hipovolémico y compatible con el denominado médicamente "síndrome del zarandeo".

Como consecuencia de las fuertes sacudidas sufridas por Hernan, a los 20 meses de edad el menor presentaba un retraso global en el desarrollo con parálisis cerebral infantil (tetraparesia de predominio braquial y retraso del desarrollo psicomotor).

Millán, está sometido a la medida cautelar de prohibición de aproximación y comunicación con su hijo desde el día 17 de abril de 2013.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Prueba practicada y resultado de la misma. Valoración y análisis de la prueba. Suficiencia de la prueba de cargo.

En el caso de autos, del análisis de la prueba practicada y en primer lugar del análisis de la prueba pericial practicada en el plenario, llegamos a la conclusión de poder afirmar respecto de los hechos, que ha quedado acreditado, más allá de toda duda razonable, que el acusado Millán, padre de Hernan, golpeó produciéndose de este modo una brusca sacudida del cráneo del bebé al menos en una ocasión, como consecuencia de no adoptar las más elementales reglas de cuidado a fin de prevenir los golpes en la cabeza de Hernan, no consciente de que de esta forma podía causarle unas lesiones neurológicas muy importantes, causando como consecuencia de esa enérgica sacudida, hemorragia subdural con edema-isquemia cerebral difusa, fractura lineal con leve depresión ósea parietal izquierda, equimosis en párpado superior izquierdo y hemorragias retinianas en ojo derecho, sintomatología causante de un shock hipovolémico compatible con el denominado "síndrome del niño zarandeado".

Las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, se integran fundamentalmente, además del interrogatorio del propio acusado, por las declaraciones de los testigos María Consuelo, Ramona, pediatra de atención primaria del menor, Virginia y Amanda, doctoras que atendieron al menor en el primer ingreso hospitalario el 18 de marzo de 2013, y los doctores que atendieron al menor en el ingreso hospitalario de 12 de abril de 2013: Bruno y Domingo, oftalmólogos, Elisabeth, doctora que recibe al menor en urgencias hospitalarias, Gabriel Jefe de UCI pediátrica, Josefa, radiólogo, Sixto, neurocirujía, Tamara.

Depusieron igualmente en calidad de testigos Pedro, técnico y Andrea, psicóloga del Centro de Servicios Sociales Municipales Salvador Allende de Valencia.

Se practicó prueba pericial por las médicos forenses adscritas al Instituto de Medicina Legal de Valencia, Francisca y Mariana y del perito de parte D. Ángel Daniel.

Es pacífico y no discutido que el menor Hernan, nacido el NUM003 de 2013, en el momento del nacimiento presentaba un buen estado de salud, presentando unos resultados en el test de Apgar 10/10/10, lo que por otro lado se constata en el informe de alta de D^a María Consuelo (f. 33 a 35 T-1) .

En fecha 18 de marzo de 2013 el menor fue llevado a urgencias hospitalarias del HOSPITAL000, la doctora Virginia atendió al menor en el primer ingreso por un síndrome febril, un neonato de menos de 30 días se le hace un protocolo y se le administra antibiótico, manifestó que tenía 33 días de vida y hay un riesgo importante de infección bacteriana, el niño quedó ingresado para ver la evolución. Se hicieron analíticas de sangre y punción lumbar, y radiografía de tórax, no vio al niño en el segundo ingreso, no apreció la doctora en el primer ingreso signo de anemia, ni le llamó la atención otra circunstancia, exploró el bebé y no encontró síntoma sugerente de maltrato, el diagnóstico fue viriasis tras estabilizar el bebé se le dio el alta, pues informó la doctora en el acto del juicio que la viriasis en la mayoría de las ocasiones se resuelve sola, manifestando en el mismo acto que nada tiene que ver el proceso infeccioso con lo que se vio -en el menor- al mes siguiente, sin que exista relación entre los motivos del primer y del segundo ingreso. Tras el primer ingreso el bebé se fue de alta en buen estado.

La doctora Amanda, especialista en pediatría infecciosa, en el HOSPITAL000, atendió a Hernan en el primer ingreso. El niño fue atendido por fiebre de horas de evolución. Se le hicieron pruebas, la exploración física era normal, la analítica era anodina, todo era normal y en 8 o 72 horas se fue de alta, afirma que este primer ingreso nada tiene que ver con el posterior ingreso hospitalario, la exploración física era normal. No vio signo de maltrato, no determinaron el virus que afectó a Hernan, aunque se le hicieron pruebas incluso en líquido cefalorraquídeo, el resultado de las pruebas eran normales.

El 12 de abril por la mañana Hernan fue llevado por la madre del menor, a consecuencia de haber presentado el día anterior crisis convulsivas, a que fuera visitado por Ramona, pediatra de atención primaria del menor, en el acto del juicio manifestó que el niño tuvo un ingreso hospitalario (en clara mención al ocurrido en marzo) y luego este. Vio al niño el día anterior al segundo ingreso hospitalario, había tenido una crisis porque estaba mamando regular, al bebé lo vio bien, no tiene explicación para las patologías que se advirtieron en HOSPITAL000, el niño cuando lo vio respondía bien, nunca observó nada extraño en los padres ni en el niño; era un niño con poco peso, añadió que solo se explica lo ocurrido como consecuencia de un desgraciado accidente, tras acudir el bebé al centro de salud, tuvo el niño una crisis tremenda y llamaron a la ambulancia, narra la pediatra que cuando vio el informe no daba crédito, algo debía haber pasado, no se esperaba esto, no daba crédito. Veía al bebe cada semana porque no hacía peso, el acusado era un papa normal.

El 12 de abril de 2013 Hernan, después de ser visto por su pediatra habitual sufre una nueva crisis, emitiendo una saliva sanguinolenta y espumosa por la nariz y fue llevado al HOSPITAL000, a su ingreso la doctora Eufrosia detectó "Anemia aguda, shock hipovolémico, equimosis palpebral en ojo izquierdo, fractura craneal (parietal izquierdo) y edema cerebral, con pronóstico muy grave.

En el acto del juicio la doctora Eufrosia manifestó que cuando recibió al menor en urgencias, el bebé llegó en situación crítica. Presentaba una crisis neurológica súbita, un estado anémico vidente y explorándolo advirtió una equimosis palpebral en el ojo izquierdo y se levantaron las alertas, lo llevaron a TAC, y se vino a confirmar un sangrado intracraneal, los hematomas palpebrales sin patología previa se asociaría algo traumático. Convulsionó en el hospital otra vez, al niño había que transfundirle y tenía que irse a intensivos, en el momento de la equimosis palpebral pensó en el síndrome del niño zarandeado, preguntó por el mecanismo de causación de la moradura del ojo y le explicó la madre, María Consuelo, que el nene cabeceaba y cayó sobre la cremallera de la sudadera del padre, explicando la doctora en el acto del juicio que la energía cinética no le parece justificativa de la explicación del hematoma. El niño no tenía síntomas de meningitis, ni otros problemas compatibles. No hicieron pruebas genéticas, y aunque efectivamente hay una enfermedad, que puede generar una facilidad para la presencia de hematomas, afirmó que no es el caso de Hernan, que era algo puntual. Respecto de la fractura: craneal que presentaba, obedece a un golpe. El niño presentaba hematoma subdural, hemorragia retinal, y edema cerebral, situación que se produce cuando el niño sufre fuertes zarandeos, aunque también se puede producir por un importante golpe ocurrido en una sola ocasión. Respecto del hematoma subdural manifestó que el sangrado era uno y era reciente, era un sangrado agudo y se puede producir por un importante golpe ocurrido en una sola ocasión. Preguntada sobre la posibilidad de que el hematoma subdural se produjese con ocasión del nacimiento, lo descartó, en el hematoma subdural agudo no existe el reborde de reabsorción, tal como acontece al ingreso hospitalario de Hernan, lo que si ocurre si se ha producido en el canal del parto con el nacimiento y negó la posibilidad de que el hematoma se produjese consecuencia del nacimiento por ventosa, si puede ocasionar fractura el paso por el canal del parto, pero a la vista del tiempo transcurrido, de haber sido así estaría resuelta.

El doctor Bruno, oftalmólogo, hallándose de guardia en el servicio de urgencias, examinó al menor folio 14, le pidieron fondo de ojo porque habían visto hemorragias cerebrales en el TAC y lo llamaron para ver si había hemorragias en la retina también, detectó hemorragia retiniana en el ojo derecho, señales que las hemorragias retinianas son compatibles con un zarandeo en niños de menos de 16 meses, por aceleración y desaceleración de la cabeza en un tejido inmaduro. También se pueden deber las hemorragias retinianas a otras causas, pero es el conjunto de la valoración del paciente lo que ofrece un diagnóstico diferencial, siendo su prueba complementaria de otras que se le efectuaron en la UCI, sin que se pueda afirmar que la hemorragia y los restantes síntomas de la triada (hematoma subdural, hemorragia retinal, y edema cerebral), puedan haberse producido en distintos momentos.

El médico oftalmólogo Domingo, exploró al menor, se apreciaron hemorragias retinianas en ojo derecho sugestivas de ser de origen traumático, a la semana del ingreso habían desaparecido las hemorragias. El bebé padeció leucocoria, no sabían a qué se debía, el niño estuvo en la UCI con tratamiento y con ecografías, porque al tener leucocoria no permite ver el fondo de ojo. La leucocoria tiene causa endógena pero desconocía el mecanismo de producción, sin poder afirmar que tuviera origen traumático o infeccioso, en cuanto a la hemorragia puede determinarse la antigüedad en función de los tonos de la hemorragia, sin embargo, nunca llegó a ver las hemorragias retinianas de Hernan porque estas hemorragias desaparecen en pocos días.

La doctora Josefa, especialista en radiología pediátrica, atendió al niño en el segundo ingreso hospitalario, se le solicitó un TAC, estuvo presente en su realización y

lo informó, observó un edema generalizado en la cabeza del bebé y la isquemia detectada fue causada unas 24 horas antes, la fractura ósea de parietal puede tener origen en unos 15 días anteriores, el zarandeo del bebé no produce fractura, un solo zarandeo, en función de la intensidad puede causar lesión, no siendo posible que tales lesiones se produzcan por el propio movimiento de cabeza del bebé, ni por la caída de una cama, a pequeña altura, ni por golpearse contra el pecho de un adulto. La isquemia generalizada del niño se debe a una acción brusca que corte la corriente de sangre al cerebro. En la prueba diagnóstica se encontró fractura lineal con depresión ósea parietal alta izquierda, ante los hallazgos la doctora pensó que podía ser un traumatismo no accidental, ya que en ningún caso se aludía a accidente alguno.

Descartó que se produjera la fractura en el parto. Un solo zarandeo puede causar, en función de la intensidad, el cuadro clínico del bebé zarandeado", la fractura craneal podría ser por un golpe, aunque lo consideró poco frecuente, la lesión del zarandeo no es por golpe, es por presión, por zarandeo. Descartó que la fractura de parietal se produjera en el parto.

Manifestó el doctor Sixto que atendió al niño en el segundo ingreso, estaba en el servicio de neurocirugía, le dio el alta médica al niño cuando fue llevado al HOSPITAL001, el diagnóstico, es el síndrome del niño zarandeado, el cortejo de signos del paciente es un mecanismo de traumatismo, trauma craneal no accidental, es lo más frecuente, puede haber otras patologías que pueden presentarse con algunos de esos síntomas, consideró la posibilidad de la causación de la fractura en el momento del parto como una posibilidad remota. A preguntas del Ministerio Fiscal insistió en que el diagnóstico más probable es el síndrome del bebé zarandeado, siendo posible que un solo traumatismo produzca un daño cerebral como el que se presenta en el síndrome del niño zarandeado, aunque según la experiencia clínica no es lo más frecuente, refiere que, en cuanto a la relación de causalidad, el efecto más grave del zarandeo es la isquemia cerebral de forma diferida

Compareció como testigo Gabriel (jefe UCI pediatría en el HOSPITAL000), expuso que cuando recibe al niño en UCI se le había hecho exploración clínica minuciosa y TAC, ingresa por la situación clínica, el niño se veía afectado por el protocolo del hospital ingresa en UCI y se pidió prueba de la triada, hemorragia intracraneal, isquemia cerebral y hemorragias en la retina, y en el caso la fractura cerebral con hemorragia, el paciente fue a UCI para orientar el diagnóstico, y cuando tenían la sospecha fundada se emitió el parte de lesiones. Descartaron otras posibilidades, con la triada y las hemorragias son las que dicen los oftalmólogos, el 90% de los casos en que concurre dicha sintomatología son traumatismos no accidentales, al día siguiente el niño tuvo crisis de hipertensión, tenían la sospecha al 90% de probabilidad de que padeciese el síndrome del bebé zarandeado, el paciente pasa a planta y se acaba de descartar otras patologías. A Hernán se le hicieron radiografías de todos los huesos, la serie ósea era normal, se advirtió y trató una deficiencia muy leve del factor de coagulación, se le puso vitamina K, se descartó meningitis. No puede saber la causa del hematoma subdural, parece tener la misma causa que la fractura porque está debajo de la fractura (f 159) el zarandeo como mecanismo para producir las hemorragias retinianas no precisa que sea muy fuerte. Razonó que la constatación de la triada son datos objetivos, y existía, se llama síndrome del niño zarandeado, Considera el testigo que se puede producir también por un golpe accidental. Existe la posibilidad de que el conjunto de lesiones de la triada se produzcan por un solo golpe, aunque lo consideró muy improbable. No se efectuaron informes genéticos del menor porque no es esa la misión de la UCI pediátrica.

La doctora Eufrosia y el doctor Cayetano coincidieron en que las lesiones del menor eran recientes, fija la producción del hematoma entre una semana y dos o tres días.

Los informes evacuados por los médicos forenses, a la vista de los informes recabados de los profesionales que atendieron al menor en el HOSPITAL000, señalaron que, el cuadro clínico y las secuelas del mismo son compatibles con el mecanismo traumático del zarandeo, al que se añade el impacto a nivel craneal (fractura craneal), preguntados sobre la posibilidad de que fuera otra la causa de las lesiones del menor, manifestaron que en la literatura coinciden todos los síntomas del bebe, y preguntado sobre sí existe alguna posibilidad de que sea otra la etiología de las lesiones, señalaron que en toda la literatura , científica no hay otro caso con los mismos síntomas y en el que se haya concluido de forma distinta, estamos ante una triada sintomática y en medicina, justificativa de ese síndrome. Esto es un conjunto que llega a un diagnóstico. Añadieron las médicos forenses que a la sintomatología de la triada: encefalopatía, hemorragias subdurales y hemorragias retinianas, debe añadirse la existencia de la fractura craneal (parietal izquierdo) y la equimosis palpebral en ojo izquierdo evidencian traumatismo.

El informe médico-forense de 7 de enero de 2014 (T-I. f269) sostiene que respecto del síndrome del niño sacudido, el mecanismo de producción, consiste en una sacudida enérgica, con el cuerpo aferrado por el tórax o los miembros superiores, sin golpe directo; maniobra que da lugar a lesiones neurológicas graves sin estigmas en la piel, se produce así un mecanismo de aceleración, -desaceleración de la cabeza que conduce por una partes a las típicas fracturas paravertebrales de las costillas, y por otro a las hemorragias intracraneales y las lesiones oculares, señala igualmente el informe que el diagnóstico se plantea ante el hallazgo en. un lactante de un hematoma subdural en ausencia de un importante traumatismo accidental reconocido. Tres semanas antes del 12 de abril el menor sufrió un evento traumático -presentaba equimosis en ojo derecho- ocurrió mientras el bebé se hallaba con el padre, quien informó de que Hernan cabeceaba y se golpeó con la cremallera de la ropa que portaba el padre.

El informe de 22 de septiembre de 2014 refiere que el menor sufrió un evento traumático tres semanas antes del 12 de abril, evento en el que no se hallaba presente la madre, y por el que el menor no recibió asistencia médica. El informe afirma la inexistencia de proceso patológico causante de las lesiones, señala que no se ha referido al personal médico que atiende al bebé traumatismo accidental explicativo de las lesiones. El mismo informe asevera que el hematoma subdural con edema-isquemia cerebral difuso, las hemorragias retinianas del ojo derecho y la equimosis en párpado superior del ojo izquierdo tienen carácter reciente, no pudiéndose relacionar los mismos con el accidente sufrido dos o tres semanas antes del ingreso hospitalario de abril. No ha sido identificado proceso patológico causante de la fractura localizada en el parietal izquierdo alto, sin evidencias de alteraciones. que sugieran la presencia de patología de base congénita o adquirida. Concluye que, el cuadro clínico diagnosticado al menor, es compatible con uno o más traumatismos inexplicados.

El informe de 23 de septiembre de 2014 señala que, en dos ocasiones se ha planteado a los médicos que asistía al menor la existencia o no de procesos patológicos óseos, siendo la respuesta negativa, no obstante, no consta la realización de gammagrafía ósea.

Por informe del médico forense de 9 de abril de 2015 se confirmó la inexistencia de acontecimientos traumáticos significativos en el parte.

Finalmente, el informe de 25 de septiembre de 2015 tras dejar constancia del cuadro del menor a su ingreso y su estado a los veinte meses de edad, señala que los profesionales han informado en sentido negativo sobre la existencia de procesos patológicos no traumáticos, tampoco consta que los cuidadores argumentaran un evento causal significativo. El cuadro clínico y las secuelas son compatibles con el mecanismo traumático del zarandeo, al que se añade el impacto a nivel craneal (fractura craneal).

El perito de parte Sr. Ángel Daniel señaló que el 12 de marzo, el bebé salió del hospital con un cuadro de alteraciones hematológicas, y el 14 de abril se diagnostica la triada, ello no implica que se hayan producido en un solo acto, siendo que en fecha 17 de marzo hígado y bazo son normales, lo que no ocurre el 12 de abril, razona que el niño presentaba polidactilia.

Lo bien cierto es que respecto de la polidactilia presentada por el menor, no se ha establecido relación alguna con la polisintomatología que evidencia a su ingreso el 12 de abril como tampoco es revelador la rápida reabsorción de la hemorragia retiniana de la inexistencia del cuadro médico descrito a su ingreso y preguntado el perito de parte, Sr. Ángel Daniel por la fractura parietal que presentaba el menor, viene a admitir que, de haber acontecido en el momento del nacimiento, las exploraciones del niño tras el parto debieron haberla detectado, hizo hincapié el perito de parte en que la tríada puede diagnosticarse en un único momento pero ser consecuencia de diversos eventos.

El informe evacuado por el perito Sr. Ángel Daniel examina literatura médica en relación con las hemorragias retinianas y la fractura parietal y puso de manifiesto que, en cuanto a las hemorragias retinianas, según tres trabajos científicos distintos, uno de ellos señala en el 24,5% de niños sanos que realizada una exploración de fondo de ojo, se detectan hemorragias retinianas, otro trabajo señala un porcentaje del 31,8% y otro el 25,6%, incrementando dicho porcentaje cuando el nacimiento se realiza mediante vacuoextracción. Debe señalarse no obstante que los datos proporcionados lo son relativos al momento inmediatamente posterior al parto, no siendo ese el caso que nos ocupa, pues nacido el NUM003 de 2013, la crisis neurológica sobrevino el 12 de abril, habiendo reiterado tanto los médicos que atendieron al menor como los médicos forenses que las lesiones diagnosticadas a raíz del ingreso de 12 de abril no guardan relación con el nacimiento del niño. Aunque sí es cierto que como señala el mismo informe en el ingreso de 12 de abril se detectó en el lactante hepato y esplenomegalia, no detectadas en el previo ingreso de marzo.

En cualquier caso, la prueba pericial médica efectuada por el perito de parte, Sr. Ángel Daniel, adolece del defecto de no ofrecer una etiología de la sintomatología objetivada por las pruebas médicas y los distintos especialistas médicos que atendieron al menor a su ingreso en urgencias el día 12 de abril y posteriormente en el tratamiento de las graves consecuencias que se derivaron de las lesiones objetivadas.

La prueba pericial desarrollada por los médicos forenses, al margen de constituir prueba de indudable objetividad, no solamente concluye sobre la etiología de las lesiones objetivadas en el menor, sino que además es coincidente y se ajusta a las declaraciones de los médicos especialistas que trataron al menor y depusieron en el acto de] juicio, profesionales médicos, todos estos en los que, además en cada uno de

ellos coincide el ser especialistas en sus respectivas áreas de conocimiento y en relación con las diversas lesiones objetivadas a Hernan, siendo auténticos especialistas del concreto área que trataban.

Andrea Y Pedro, psicóloga y técnico del Centro de Servicios Sociales Salvador Allende, refirieron en el acto del juicio que, el informe que realizaron se elaboró en respuesta a la Dirección Territorial que solicita apoyo para tomar medidas sobre el reintegro del menor a la madre, la psicóloga entrevistó y evaluó a los dos, manifestando que no ha encontrado problemas que los identifiquen (a los padres del menor) como personas no aptas para la educación y crianza; razonaba la psicóloga que no hay una situación de violencia ideológica, descartaba el maltrato psicológico, lo que, a su entender, no excluye que se produjera en un momento dado.

A la vista de la pericial practicada este Tribunal es incuestionable que el menor sufrió, cuando menos, un fuerte traumatismo craneal causante hemorragia subdural con edema-isquemia cerebral difusa, fractura lineal con leve depresión ósea parietal izquierda, equimosis en párpado superior izquierdo y hemorragias retinianas en ojo derecho, sintomatología causante de un shock hipovolémico compatible con el denominado "síndrome del niño zarandeado".

La prueba practicada permite concluir sin ningún género de dudas, que la causa de la sintomatología presentada por Hernan data de los días inmediatamente anteriores al ingreso, así lo significaron la doctora Eufrosia y el doctor Cayetano, quienes coincidieron en que las lesiones del menor eran recientes y, fijan la producción del hematoma entre una semana y dos o tres días, quedando fuera de toda duda la objetivación en Hernan de, shock hipovolémico, equimosis palpebral en ojo izquierdo, fractura craneal (parietal izquierdo) y edema cerebral con pronóstico muy grave. No consta que en la relación que el acusado tenía con su hijo fuera violenta, pese a lo cual, y aunque el propio doctor Cayetano manifestó en el acto del juicio no poder saber la causa del hematoma subdural, sí afirmó que podía tener la misma causa que la fractura porque está debajo de la fractura, cabiendo según el mismo doctor la posibilidad de que la llamada tríada, pueda ocasionarse por un golpe accidental.

La madre del menor María Consuelo manifestó en el acto del juicio que en marzo de 2013 el menor ya estuvo ingresado en el hospital, siendo Millán quien le advirtió del estado febril de Hernan, por lo que fueron a urgencias del Hospital con el bebé, le hicieron pruebas pero no encontraron nada, pasó una noche muy irritable en observación, le hicieron una punción lumbar, les dijeron que no se apreciaba nada en los resultados pero que se quedaban en observación, coincidió con fallas, le bajó la fiebre, le pusieron tratamiento antibiótico y les dieron el alta. Preguntada por el episodio en el que el menor se cayó de la cama manifestó que no se hallaba en el domicilio, respecto de la moradura en el rostro del bebé le explicó Millán que el niño cabeceaba bastante y se golpeó con el pecho de Millán que llevaba una medalla. La segunda ocasión que apreció una lesión en el rostro del bebé (concretamente en el ojo), ocurrió el 5 de abril, al regresar al domicilio María Consuelo, Millán le contó que se le iba el niño hacia tras y lo acercó nuevamente contra el pecho y también le dijo que el nene se cayó de la cama, no recordando ningún golpe que justifique la fractura craneal. El día anterior del ingreso a las 7 mañana cogió al bebé y le dio el pecho, Ja testigo siguió durmiendo y Millán se lo llevó para expulsar aires, el volvió, la testigo estaba somnolienta, el padre le dijo que el niño no estaba bien, primero estaba rígido, luego hipotónico, había estado desde el día anterior dándole pecho cada media hora, pensó que tenía una hipoglucemia; le dio agua con azúcar y se recuperó, estaba mejor y se durmió, y durmieron los dos madre e hijo dos horas. Al día siguiente lo llevó al

pediatra, que vio al niño, lo exploró, lo vio bien. Volvió a casa y dejó al niño con Millán y se fue a trabajar volvió al domicilio, le dio el pecho al nene y volvió otra vez con los mismos síntomas probó nuevamente a darle agua azucarada, le pidió a Millán que lo gravase, se tensaba y distendía, llamaron al SAMU, cuando llegaron al Servicio de Urgencias, les preguntaron que si se les había caído el niño. Le explicaron a la testigo que tenía los síntomas del bebe zarandeado. Nunca ha visto ninguna señal de maltrato de Millán con el niño, nunca ha visto ningún signo de violencia, en el Hospital le explicaron que las crisis podían ser de algo sucedido 10 o 15 días antes. El nene tiene parálisis cerebral infantil. Del testimonio de la madre del menor, puede constatar que era el acusado quién, en ausencia de la madre, se ocupaba del cuidado de Hernan, y que fue precisamente en ausencia de la madre cuando acontecieron episodios en los que al menos, en dos ocasiones -cuando el menor se cayó de la cama y cuando la madre al regresar de sus quehaceres regresó al domicilio y advirtió una lesión en el ojo del bebé-, el acusado admitió que el bebé se había golpeado, sin que por el contrario conste el acaecimiento de incidente alguno en relación con el menor mientras esta se hallaba al cuidado del menor, o en su presencia.

El acusado manifestó que habitualmente se ocupaba del cuidado del bebé cuando no estaba D^a. María Consuelo, admitió a ésta en diversas ocasiones, a la vista de las pequeñas lesiones que presentaba el bebé, que las mismas se habían producido accidentalmente, esta afirmación es coincidente respecto de ambos progenitores. El acusado, en el acto del juicio concretamente admitió dos episodios determinados acontecidos el día 5 de abril (fecha que se hallaría entre una semana y dos o tres días en que la doctora Eufrosia y el doctor Cayetano fijan la producción del hematoma subdural) ese día el bebé se golpeó con la puerta del cuarto de baño; y, el mismo día, el acusado, dejó al niño sobre la cama para vestirlo, se le escurrió el bebé y lo cogió por la pierna, sin saber si llegó a golpearse con el suelo. Niega el acusado haber sacudido violentamente una o varias veces a Hernan, sin embargo, a excepción del perito de parte, son unánimes la totalidad de los doctores que trataron al menor, como los médicos forenses que depusieron en el acto del juicio, en afirmar que el mecanismo de producción de las lesiones que presentaba Hernan a su ingreso el 12 de abril de 2013 es el conocido como el síndrome del niño zarandeado o niño sacudido. Pese a la negativa del acusado respecto de haber sacudido fuertemente al bebé, los mecanismos lesionales admitidos por Millán sí resultan compatibles con una brusca sacudida -tanto golpearse el bebé con la puerta del cuarto de baño como sujetarlo por una pierna, ante la eventualidad de una caída- y, a consecuencia de la misma, la producción del cuadro clínico que presentaba el menor el día 12 de abril de 2013 cuando acudió al hospital, consistente en hemorragia subdural con edema-isquemia cerebral difusa, fractura lineal con leve depresión ósea parietal izquierda, equimosis en párpado superior izquierdo y hemorragias retinianas en ojo derecho, cuadro que provocó un shock hipovolémico.

Como ha quedado dicho, Hernan, en el momento del nacimiento era un niño sano, con un índice Apgar de 10/10/10, como consta por la prueba documental, sin que posteriormente tuviese problema alguno de salud, excepto el puntual ingreso en marzo de 2013, y sin que con ocasión del mismo se constatare problema alguno de salud que pueda vincularse con los diagnósticos objetivados en su ingreso de 12 de abril, habiendo sido unánimes todos los profesionales médicos que depusieron en el acto del juicio y que atendieron al menor, con ocasión del ingreso hospitalario de marzo de 2013, e incluso la pediatra de atención primaria del menor respecto de la inexistencia de relación alguna entre el ingreso hospitalario de marzo de 2013 y las patologías diagnosticadas a raíz de su ingreso hospitalario de 12 de abril de 2013, siendo, precisamente pocos días antes de este último ingreso la data de aquellas

ocasiones en que estando el menor únicamente en compañía del acusado, sufrió el bebé diversos golpes, como admitió Millán.

Respecto de las secuelas que presenta el menor, la doctora D^a. Tamara, señaló en el acto del juicio que atendió a Hernan a partir de los 20 meses a través de consultas externas, no lo valoró inicialmente. Trató al niño una vez ya había sufrido la desgracia, el paciente, como secuela tenía cuadro de parálisis cerebral infantil con tetraparesia, y aunque pidió una prueba al doctor Plácido sobre enfermedades genéticas, es cierto que tiene una enfermedad genética pero sin influencia en el cuadro clínico del menor, manifestó que el diagnóstico fue el síndrome del bebe zarandeado, el daño cerebral que tiene es por la hipoxia que se produjo por el vasoespasma, uniendo la fractura parietal izquierda, los hematomas con la hipoxia y las hemorragias retinianas, el diagnóstico más probable es el del síndrome del bebé zarandeado, añadiendo que a día de hoy, con la evolución posterior del cuadro clínico le sugiere el diagnóstico del síndrome del bebé zarandeado. En el momento de la lesión se produce hipoxia, las lesiones obedecen a que hay un movimiento, los pequeños vasos son muy sensibles, el vaso espasmo lo produce el movimiento, no sabe cuál es la causa del movimiento, pero sí un movimiento súbito, no sabe cómo se ha producido la fractura de parietal, eso si tiene carácter traumático, pueden estar relacionados o no.

SEGUNDO.- En atención a lo expuesto debemos concluir que no han quedado acreditados los hechos constitutivos de un delito de lesiones del *artículo 149 del Código Penal* imputado al acusado. No ha quedado acreditado que Millán, consciente de que de esta forma podía causarle unas lesiones neurológicas muy importantes a Hernan, lo sometiera en varias ocasiones a sacudidas muy enérgicas que causaran hemorragia subdural con edema-isquemia cerebral difusa, fractura lineal con leve depresión ósea parietal izquierda, equimosis en párpado superior izquierdo y hemorragias retinianas en ojo derecho. Como declara la *STS de fecha 6 de febrero de 2013* "Para condenar por un delito de lesiones dolosas basta con que el autor tuviese intención de causar lesiones". No es exigible que albergase el propósito de causar las lesiones en la forma concreta en que las causó. El dolo exigido por el delito del art. 149.1 no es un dolo específico y menos aún referido al concreto resultado causado. Consiste en un dolo genérico de lesionar en el que no estén excluidos esos posibles resultados tan graves. Para cometer un delito del art. 149.1 no es necesario querer causar de manera específica uno de los resultados allí contemplados. Basta con querer causar lesiones sin excluir esos eventuales resultados (teoría del consentimiento) cuando no son improbables (teoría de la probabilidad). Como seguidamente se razonará, de la prueba practicada no puede concluirse la existencia de dolo, ni siquiera a título eventual, en la causación de las lesiones de Hernan.

1.-Alternativamente propone el Ministerio Fiscal, la condena al acusado por la comisión de un delito de lesiones impudentes del *art. 152.1.2º CP* .

Para la apreciación de esta figura delictiva se requiere la concurrencia de un elemento de carácter objetivo referido a la existencia de una lesión en la víctima del hecho de las descritas en el *art. 149 o 150 CP* ., es decir la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, o bien la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, y otro de carácter subjetivo referido a la ausencia de dolo directo o eventual de lesionar menoscabando la integridad corporal o la salud física o mental del sujeto pasivo del hecho, en adecuada relación de causalidad entre la acción u omisión ejercitada y el resultado producido.

La distinción conceptual entre dolo eventual e imprudencia admite diferentes aproximaciones teóricas que vienen todavía enfrentando a la doctrina científica. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido construyendo un cuerpo de doctrina sobre la cuestión que, no sin matices discrepantes, permite combinar dos aspectos: a) el conocimiento por el sujeto de la mayor o menor probabilidad del resultado, o del riesgo concreto en que se coloca a la víctima con la conducta que voluntariamente se realiza, y b) la aceptación del resultado, aunque no buscado intencionalmente, como consecuencia probable de la conducta que se lleva a cabo. Así, en casos en que pueda objetivamente valorarse como evidente el riesgo creado por la existencia de una "alta probabilidad" del resultado según las máximas de la experiencia, tiende a apreciarse la concurrencia de dolo eventual, sin que a tal efecto importe que el agente tuviera una mera "esperanza" o deseo de que el resultado no se produjese. De otra parte, cuando de la conducta del agente se puede inferir un completo desprecio o indiferencia respecto del bien jurídico protegido, que el agente subordina de manera absoluta a su voluntad de realizar la conducta, se tiende también hacia el dolo eventual aunque el grado de probabilidad objetiva de producción del resultado no fuera, objetivamente, tan elevado. En consecuencia, la imprudencia se reserva en la práctica jurisprudencial para los casos en que, pudiendo deducirse de su conducta anterior, coetánea y posterior que no habría realizado la acción de estar seguro de que se produciría el resultado, el acusado se haya equivocado a la hora de valorar la magnitud del riesgo concreto en que colocaba a la víctima, bien porque minusvalorara la probabilidad de que aconteciera el resultado dañoso, bien porque tuviera una errónea creencia de poder controlar el riesgo que creaba.

En el caso presente, los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de lesiones imprudentes del *art. 152.1.2º. CP*, tal como se puede concluir del relato de hechos probados, obtenido a partir de la prueba practicada en el acto del juicio, no existen hechos anteriores o posteriores al episodio que se juzga que pongan de manifiesto la existencia de desprecio por la vida o integridad física del menor por parte de su padre, ello se desprende no solamente del testimonio de la madre del menor, quien ha sido constante en afirmar la dedicación del acusado al cuidado del hijo común, y cómo era él quien, en ausencia de la madre se ocupaba del hijo, sino principalmente por el testimonio ofrecido por la pediatra que regularmente atendía al menor D^a. Ramona, quien afirmó en el acto del juicio que nunca observó nada extraño en los padres ni en el niño; era un niño con poco peso, añadió que solo se explica lo ocurrido como consecuencia de un desgraciado accidente; la consecuencia de dicha apreciación no puede ser otra que la de concluir que, desde el momento del nacimiento del menor no se aprecia, por la especialista en pediatría que atiende al menor, conducta alguna sugerente de desprecio a la integridad física de Hernan, lo que permite excluir la existencia de una acción dolosa, ni aun a título de dolo eventual. Habiendo resultado acreditado que el menor era regularmente asistido por su pediatra de zona, quien nunca advirtió sospecha alguna de trato inadecuado al menor por parte de su padre, habiéndose constatado, por el ingreso hospitalario de Hernan en marzo que, hasta dicho mes, el menor gozaba de buen estado de salud; de igual modo, refuerza dicho convencimiento e] hecho de que tan pronto Hernan presentó crisis convulsivas, el menor fue llevado primeramente al centro de salud para ser visitado por su pediatra habitual y posteriormente y ante la reiteración de las crisis a centro hospitalario.

En un supuesto análogo al que ahora se está examinando la *sentencia del TS 907/2014 de 30 de diciembre* afirma que esta conducta ha de calificarse como lesiones imprudentes, "Las lesiones imprudentes del artículo 152.1 2º son evidentes ya que se trata de una conducta gravemente descuidada que causalmente se vincula con

un resultado de los que se contemplan en el artículo 149, como delito doloso, al haberse producido una grave enfermedad neurológica al niño. Resultado previsible y evitable pero no previsto por el recurrente,...", y es que, en el caso presente, no existe ninguna duda acerca de que las graves lesiones cerebrales sufridas por el niño, y que los informes médicos constatan, tuvieron como causa los zarandeos, apretones y movimientos bruscos a los que su padre lo sometió, baste recordar que el menor presentaba una equimosis en un ojo como consecuencia de golpearse con el tórax del acusado, presentando también lo que claramente pone de manifiesto que no se adoptaron las más elementales medidas de protección adecuadas respecto de la cabeza del bebé, especialmente vulnerable con tan corta edad y hasta el punto de presentar Hernan fractura craneal, habiendo admitido el progenitor que el bebé se golpeó en reiteradas ocasiones en los días previos a la primera crisis convulsiva.

TERCERO.- Autoría y participación.

Del indicado delito de lesiones por imprudencia grave, es criminalmente responsable, en concepto de autor, a tenor de lo dispuesto en el *artículo 28 y 61 del Código Penal*, el acusado Millán, y ello, en cuanto que aun siendo cuidadores únicos del menor sus padres María Consuelo y Millán, era Millán cuidador exclusivo de Hernan cuando María Consuelo por circunstancias laborales u otras no podía atender al menor, habiendo advertido María Consuelo en alguna ocasión, a su regreso al domicilio, la presencia de pequeñas heridas en el rostro de Hernan.

CUARTO.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

No concurren en el acusado circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Por el Ministerio Fiscal se solicitó la aplicación de la agravante de alevosía y la agravante de parentesco.

En el caso presente, tratándose de un delito imprudente no cabe apreciar la alevosía, siendo la alevosía conceptualmente incompatible, al ser las lesiones imprudentes una infracción penal en la que el resultado no es querido por el sujeto activo. No es posible conceptualmente que en la realización de una conducta calificada de imprudente pueda sostenerse que el agente haya empleado unos medios comisivos que tiendan a asegurar un resultado no pretendido. En este sentido puede citarse la *sentencia del Tribunal Supremo de 7 diciembre de 1994* que expresamente dice: "La incompatibilidad de la alevosía en los delitos culposos, es consecuente a la falta de dolo en la comisión del delito. La alevosía es una circunstancia mixta, que requiere de un elemento objetivo, consistente en el empleo de medios, modos y formas de ejecución del delito, y de un elemento subjetivo, que se concreta en la intencionalidad de no correr riesgo alguno por parte del agresor . y que provenga de una posible reacción defensiva de la víctima. La imprudencia, supone por el contrario una falta de previsión en las posibles consecuencias o prevenibles de un determinado evento".

Idénticas razones conducen a predicar la incompatibilidad entre el delito imprudente y la circunstancia mixta de parentesco, en cuanto la comisión imprudente del ilícito penal supone la eliminación del dolo en el proceder del sujeto activo del delito y en consecuencia la ausencia del elemento subjetivo del injusto que ineludiblemente debe incluir la aplicación de la circunstancia del *artículo 23 del Código Penal*, pues no en vano el sentido agravatorio de ésta reside precisamente en el desprecio de la relación de afectividad generada en virtud de parentesco.

Es conveniente señalar que respecto de la acción imprudente no rigen las

reglas de determinación de la pena del *apartado 1 del artículo 66 del Código Penal* sino la del apartado 2 de ese mismo precepto que expresamente excluye, en el supuesto de imprudencia como éste, la aplicación de las anteriores agravantes.

QUINTO.- Determinación de la pena.

Por el delito de lesiones graves por imprudencia del *art. 152.1.2º, en relación con el art: 149 CP*, vigente al tiempo de los hechos, dado que no existen circunstancias de atenuación que permitan una rebaja, es adecuado fijar la extensión de la pena privativa de libertad en DOS AÑOS en atención a las graves consecuencias que para la integridad física de Hernan tuvo la conducta imprudente del acusado, que le causó tetraparesia, y cuyas secuelas condicionarán inexorablemente la vida del menor.

Igualmente y en aplicación de los *artículos 57 1 y 2, 46 y 48 del C.P.*, se imponen las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; y se le prohíbe acercarse al menor en una distancia inferior a 500 metros por tiempo de tres años, lo que implica dejar sin efecto la medida cautelar.

SEXTO.- Responsabilidad civil ex delicto.

La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos por las Leyes, los daños y perjuicios por él causado, de conformidad con el *art. 109 C.P.*, al tiempo de los hechos. Como consecuencia de los actos reflejados en el relato de hechos probados, en concepto de responsabilidad civil en su modalidad de daño físico y perjuicio moral Millán deberá indemnizar a María Consuelo en la cantidad de 380.000.- €; por las lesiones y por las secuelas, más los intereses legales.

SEPTIMO.- Las costas procesales, se imponen en 1/2 al condenado, por imperativo de los *arts. 123 del mismo Cuerpo Legal y 239, 240 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Debemos absolver y absolvemos, con todos los pronunciamientos favorables a Millán del delito de lesiones muy graves del que venía siendo acusado, con declaración de oficio de 1/2 de las costas procesales, y Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Millán como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de lesiones graves causadas por imprudencia ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena privativa de libertad en DOS AÑOS, con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante ese tiempo; y se le prohíbe acercarse al menor en una distancia inferior a 500 metros por tiempo de tres años, se le condena al pago de 1/2 de las costas procesales y a que indemnice a Hernan, a través de su representante legal, María Consuelo en la cantidad de 380.000.- €; por las lesiones y por las secuelas, más los intereses legales que devengarán el interés legal previsto en el *art. 576 de la L.E.Civil*. Se acuerda dejar sin efecto la medida cautelar acordada en el auto de 17.4.2013 en lo relativo a la prohibición de aproximación.

Se impone al acusado el pago de 1/2 las costas causadas.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone, abonamos al acusado todo el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y demás partes personadas en el procedimiento, así como a los perjudicados por el delito, aun cuando no estuvieren personados en el mismo.

Contra la presente resolución cabe RECURSO DE CASACIÓN ante el Tribunal Supremo, en el plazo de CINCO DÍAS siguientes contados a partir de la última notificación, en cualquiera de las modalidades establecidas en la Ley, mediante escrito con firma de Abogado y Procurador.

Firme que sea esta Sentencia, anótese en el Registro Central de Penados y Rebeldes y particítese a la Junta Electoral de Zona, al Juzgado Instructor y a la Delegación Provincial de Estadística.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.