



Roj: **STSJ M 56/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:56**

Id Cendoj: **28079310012018100005**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2018**

Nº de Recurso: **7/2018**

Nº de Resolución: **31/2018**

Procedimiento: **Penal. Jurado**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Domicilio: C/ General Castaños, 1 - 28004

Teléfono: 914934850,914934750

31053860

NIG: 28.079.00.1-2018/0002151

RFª.- RECURSO DE APELACIÓN PROCEDIMIENTO TRIBUNAL DE JURADONº 7/2018

Apelantes:

1º DÑA. Frida

Procuradora Dña. María de los Ángeles González Rivero

2º D. Victoriano

Procuradora Dña. Elisa María Sainz de Baranda Riva

Apelado:

MINISTERIO FISCAL

SENTENCIA Nº 31/2018

Excmo. Sr. Presidente:

D. Francisco Javier Vieira Morante

Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as:

Dña. Susana Polo García

D. Jesús María Santos Vijande

En Madrid, a trece de marzo del dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado, DÑA. Rosa Mª Quintana San Martín, designada en la Sección Trigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó el 3 de noviembre de 2017 sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" Frida es madre del menor Ignacio , de 20 meses de edad, no reconocido legalmente por su padre biológico. Frida y Victoriano eran pareja sentimental y solo convivían ocasionalmente en el domicilio de la CALLE000 núm. NUM000 , NUM001 , de Madrid, encargándose del cuidado del menor Victoriano exclusivamente en ausencia de su madre.



En el mes de mayo de 2016 Ignacio resultó con las siguientes lesiones:

a) El 2 de mayo, con un traumatismo con impotencia funcional en el brazo izquierdo, siendo diagnosticado en el HOSPITAL000 " de Madrid de luxación de codo izquierdo, por lo que fue derivado al NUM002 ", donde ingresó sobre las 00:18 horas de día 3; y, tras confirmar que presentaba una fractura supracondilea del codo izquierdo, fue sometido a intervención quirúrgica para "reducción cerrada y fijación interna con agujas Kirschner", siendo dado de alta al día siguiente.

Además, el menor presentaba hematomas en región supraciliar izquierda y en diversas partes del cuerpo. No consta que Ignacio resultara con estas lesiones por golpes que le propinaran Frida y/o Victoriano .

b) El 9 de mayo, mientras el menor se encontraba en el domicilio, vomitó al menos dos veces.

c) El 10 de mayo, el menor volvió a vomitar.

d) El 10 de mayo, sobre las 22:00 horas, a su llegada al HOSPITAL000 ", Ignacio presentaba una fractura distal del radio derecho, una erosión a nivel occipital derecho, otra en pabellón auricular derecho, múltiples hematomas en el tronco superior (espalda, pecho, abdomen), un hematoma en testículo derecho, hematoma subcapsular en organización en la cara inferior del lóbulo hepático izquierdo y fractura de arcos posteriores de costillas 53 a 93 izquierda y la costilla derecha, contusión con perforación en el intestino delgado y desgarro del mesenterio, que produjeron una peritonitis fecaloidea a consecuencia de la cual falleció a las 00: 15 horas del día 11 de mayo de 2016.

Ignacio resultó con las lesiones descritas por los golpes que le propinó Victoriano , ante la pasividad consciente de Frida quien no hizo nada por evitar el maltrato, ni actuó tras haberse producido este, y no le procuró la debida atención médica, tardando un tiempo vital en llevarlo al hospital, pese a ser consciente del peligro para la vida del menor.

Ignacio , de 20 meses de edad, no tenía capacidad de defensa en el momento de ser agredido."

SEGUNDO.- La referida sentencia contiene el siguiente pronunciamiento en su parte dispositiva:

"CONDENO a los acusados Frida (en quien concurre la agravante de parentesco) y Victoriano (en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal), como autores responsables de un delito de asesinato, ya definido, a la pena, para cada uno de ellos, de VEINTITRÉS AÑOS DE PRISIÓN, a la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Pago de las costas por mitad.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad se les abonará el tiempo que hayan estado privados de ella por razón de esta causa."

TERCERO. - Notificada la misma, se interpusieron contra ella Recursos de Apelación por la Procuradora Dña. María de los Ángeles González Rivero en representación de DÑA. Frida y por la Procuradora Dña. Elisa María Sainz de Baranda Riva en representación de D. Victoriano , oponiéndose a los mismos el MINISTERIO FISCAL.

CUARTO. - Admitido los recursos en ambos efectos y tramitado de acuerdo con lo dispuesto en el vigente artículo 846 bis d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se elevaron las Actuaciones a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

QUINTO. - Una vez recibidos los Autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para la vista del recurso el día 6 de marzo de 2018, a las 10.00 horas, tras cuya celebración quedaron los Autos vistos para Sentencia tras la correspondiente deliberación y votación.

Es Ponente la Ilma. **Sra. Dña. Susana Polo García** , quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos declarados probados en la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Recurso de Victoriano

A.- Tres son los motivos que se alegan por el recurrente: 1º "posible" infracción de precepto constitucional, derecho la presunción de inocencia y de un proceso público con todas las garantías, con infracción del art. 24.2 de la CE , ya que la condena se basa en un supuesto medio de prueba que fue desestimado inicialmente, y no admitido por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia (Documento nº 1), solicitado por la Defensa



de Dña. Frida , de Cotejo de parte del contenido del teléfono Móvil de su Cliente, concretamente de las conversaciones de 'Whatsapp' mantenidas, cotejo que nunca se realizó, porque se denegó, dado que, como se extrae del propio contenido de su Escrito: "... Tarjetas 1M Caducada ... No se puede acceder a la aplicación Whatsapp.", practicándose Pericial de parte, consistente en informe elaborados por la " CLINICA000 " (de recuperación de datos) dándose por válido directamente el citado Informe, sin haberse contemplado el teléfono móvil y su 'App', y practicándose en el Juicio Oral la Pericial, consistente en un escrito con Informes y Dvd, dando traslado de éste último, pero no copia del Informe, el cual reproduce supuestamente el contenido del 'Whatsapp' de un terminal o teléfono móvil al que nunca se pudo acceder y de cuyo contenido, se ha basado el Tribunal del Jurado para condenar al acusado. Afirmando que dado que de la prueba practicada (inexistente cotejo del móvil, prueba anticipada denegada, pericial sin acceder al terminal, informe en papel sin proporcionar copia, supuestas conversaciones de Whatsapp sin verificar la identidad del condenado, y desde un móvil que no era ni el suyo, como reconoce la Sentencia que se recurre, etc.) en el Juicio, carecería de toda base razonable la pena impuesta de 23 años de prisión; 2º "posible" infracción del principio 'in dubio pro reo' ante las versiones contradictorias de las partes, interesando la libre absolución; y, 3º para el supuesto que no se contemplase la libre absolución y conforme se establece en el Artículo 653 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , dado que no era el acusado la persona que estaba a cargo del menor, ni ostentaba la patria potestad, ni la custodia, que tampoco era pariente, que estuvo disponible en todo momento, sin detraerse a la acción de la justicia interesa se rebaje la pena a 10 años de prisión, siendo más acorde la imposición de la pena por un delito de homicidio del art. 138 del CP .

Lo primero que debemos apuntar es que la naturaleza jurídica de este recurso de apelación, que tiene carácter extraordinario y atípico, pues al contener motivos tasados, está más cerca del recurso de casación que del de apelación, y que el recurrente lleva a cabo una impugnación de la sentencia con motivos genéricos sin encuadrarlos en las causas legalmente previstas.

B.- Con respecto al primer motivo, el recurrente lo plantea de forma confusa, ya que lo encuadra en el motivo de infracción del principio de presunción de inocencia el cual encajaría en 846 bis c) apartado e) de la LECrim., pero de su contenido, lo que se desprende, es que se está alegando infracción o quebrantamiento de normas y garantías procesales, motivo previsto en el 846 bis c) apartado a).

Con carácter previo, debemos poner de relieve, que el artículo 846 bis c), apartado a) de la LECrim , no solo exige para la estimación del motivo, que se haya producido una vulneración de las normas y garantías procesales, sino que, además, se imponen como requisitos necesarios que ese quebrantamiento haya producido indefensión y que se haya formulado reclamación de subsanación y, de no ser estimada, y según se establece en el último párrafo de dicho precepto, que se efectúe la debida protesta, lo que, tal y como analizaremos, no ha tenido lugar en el presente caso.

Para la resolución del motivo debemos partir de que la representación de la coacusada Dña. Frida solicitó en el trámite del art. 36.1 e) de la LOTJ , en escrito de fecha 3 de febrero, la práctica del cotejo del terminal móvil de la acusada, prueba anticipada que fue acordada su práctica por la Magistrada Presidenta en auto de Hechos Justiciables de 16 de marzo de 2017 y, que tal y consta en la comparecencia de las partes de fecha 21 de abril, no se pudo llevar a efecto porque "la tarjeta SIM del móvil se encuentra caducada por lo que no se puede acceder a las conversaciones en este dispositivo, aportando pen drive en el que manifiesta que se han volcado las conversaciones que son objeto de cotejo", motivo por el cual la Letrada de la Administración de Justicia suspendió -no denegó la prueba como afirma el recurrente- la diligencia de cotejo acordada.

Posteriormente, tras el traslado acordado por la Presidenta a los citados efectos para formular alegaciones, ante la imposibilidad de practicar la prueba en los términos interesados, se solicita por la representación de Dña. Frida , entre varias opciones que se proponen -escrito de 21 de abril- la posibilidad de presentar informe pericial al efecto, elaborado por la CLINICA000 , y que posteriormente por el Tribunal se citara a los peritos a la vista, oponiéndose a ello la representación del coacusado D. Victoriano , no obstante, la prueba se acuerda por la Magistrada Presidenta, en los términos interesados, mediante providencia de fecha 18 de mayo de 2017, que no fue recurrida por la representación del acusado, por lo que devino firme, ni tampoco se formuló protesta alguna por la representación del Sr. Victoriano , quien ahora pretende impugnar, su práctica en el juicio oral, .

Por otro lado, el informe de la CLINICA000 fue aportado por la representación de la acusada el 28 de septiembre, y por Diligencia de Ordenación de 2 de octubre, se acuerda dar traslado a las partes del mismo, por lo que, a diferencia de lo apuntado, sí tuvo conocimiento el recurrente de su contenido con anterioridad al Juicio Oral, ratificando el informe los peritos intervinientes en su elaboración, en la sesión del juicio celebrada el 19 de octubre, en la que las partes intervinieron interrogando a los mismos.



En consecuencia, ninguna indefensión se le ha causado al recurrente por la incorporación del citado informe, ni se ha infringido el principio de presunción de inocencia, por la incorporación del mismo al acerbo probatorio por parte de los Jurados, por lo que el motivo debe ser desestimado.

C.- En el segundo motivo del recurso se alega "posible" infracción del principio 'in dubio pro reo' ante las versiones contradictorias de las partes, y unos indicios nada claros ni concluyentes sobre los hechos, interesando la libre absolucióndel acusado.

El motivo debe ser desestimado, ya que frente a la motivación que el Jurado recoge en el acta Anexa al Veredicto y extenso desarrollo de la misma que lleva a efecto la Magistrada Presidenta (F.15 y 16), solo se apunta por el recurrente que las versiones de las partes son contradictorias, y los indicios no son claros, sin llevar a cabo análisis alguno de los mismos, para poder valorar este Tribunal si la prueba indiciaria valorada por el Jurado ha quedado suficientemente acreditada y si las conclusiones alcanzadas son lógicas ya que en el ámbito del Tribunal del Jurado el ataque a la valoración de la prueba es colateral, pues el veredicto es en términos generales, inimpugnable, solo cabe alegar vulneración de la presunción de inocencia atacando la estructura argumental por ilógica, o contraria a los principios de experiencia o científicos, no es posible impugnar cuestiones que dependen de la oralidad y la inmediación; con carácter general el Tribunal Supremo, en sentencias de 6 de octubre de 1999 y 14 de octubre de 2002, entre muchas otras, ha establecido el criterio conforme al cual el apartado e) del art. 846 bis c) de la LECrim no puede implicar una valoración de la prueba, sino un control de la interpretación de los resultados probatorios, lo que a la postre se resuelve: a) en la apreciación de la existencia o no de una verdadera actividad probatoria, practicada en el acto oral, concentrado, con inmediación y con publicidad, con observancia de las normas constitucionales y legales que regulan la admisibilidad y licitud de cada uno de los medios de prueba y su práctica; b) en la determinación de que los medios de prueba que se practicaron fueron realmente de cargo para el acusado; y c) en la revisión de la estructura racional del juicio sobre la prueba, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, de los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos, excluyendo aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación.

Sin que sea de aplicación en este caso en principio in dubio pro reo, ya que la jurisprudencia tiene declarado, reiteradamente, como es exponente la Sentencia 649/2003, de 9 de mayo, que ese principio únicamente puede estimarse infringido, en su aspecto normativo, cuando reconociendo el Tribunal sentenciador la existencia de una duda sobre la concurrencia de alguno de los elementos integradores del tipo, opta por la solución más perjudicial para el acusado pero no cuando, como sucede en el caso actual, el Tribunal sentenciador no alberga duda alguna. El principio in dubio pro reo nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay: existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (STS de 102/2014, de 18 de febrero). En el presente caso, ni existe referencia alguna que pueda interpretarse como expresiva de duda por parte de los Jurados o de la Magistrada Presidenta, ni existe fundamento alguno para estimar que el Tribunal dudó.

En consecuencia, no alegándose por el recurrente que los medios de prueba no fueron válidos o en que se equivoca la estructura del juicio de inferencia llevado a cabo por el Jurado, debe desestimarse sin más argumentación el motivo planteado.

D.- En el tercer motivo del recurso, tampoco consta en que causa legal se basa de las previstas en el artículo 846 bis c), mezclándose, en su escaso desarrollo, dos motivos diferentes, por un lado, un posible error en la individualización de la pena, y por otro, un posible error en la calificación jurídica de los hechos, ya que se afirma-con base al art. 653 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo que nada tiene que ver con las cuestiones planteadas- que no era el acusado la persona que estaba a cargo del menor, ni ostentaba la patria potestad, ni la custodia, que tampoco era pariente, que estuvo disponible en todo momento, sin detraerse a la acción de la justicia, interesando por ello la rebaja de la pena a 10 años de prisión, con la siguiente afirmación "siendo más acorde la imposición de la pena por un delito de homicidio del art. 138 del CP".

El motivo también debe ser desestimado, por las siguientes razones:

1º.- En cuanto a la individualización de la pena, en ningún momento afirma la sentencia que el acusado fuera pariente, ostentara la patria potestad o la custodia, no apreciando con respecto al mismo la agravante de parentesco, ni se le atribuye la condición de garante, sin que el recurrente lleve a cabo argumento alguno en contra o discrepante con lo analizado en la sentencia en el Fundamento de individualización de la pena.

2º.- Y, en cuanto a la calificación de los hechos como homicidio -sin argumentar nada al respecto-, la sentencia recurrida en el Fundamento de Derecho Primero analiza la cuestión planteada, apreciando que concurre en este supuesto la circunstancia que convierte el delito de homicidio en asesinato "alevosía por desvalimiento", analizando los requisitos de la misma desde el prisma objetivo y subjetivo afirmando, tras la



cita de jurisprudencia al respecto que "Qué duda cabe que concurre en el caso la alevosía. En los supuestos en los que, como en el caso, la víctima de los hechos es un bebé de 20 meses, existe una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela en este modo de actuar un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo), y también una mayor antijuricidad por estimarse más, graves y más lesivos para la sociedad este tipo de comportamientos en que no hay riesgos para quien delinque (fundamento objetivo).".

Argumento de la sentencia, que es plenamente coincidente con la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que se afirma, de forma reiterada, que la agresión alevosa denota una mayor peligrosidad del hecho que se revela por la especial facilidad de su comisión y la consiguiente indefensión que ocasiona a la víctima, exigiendo la alevosía que los medios estén orientados directa y especialmente al aseguramiento de la ejecución, disminuyendo, aunque no necesariamente eliminando, las posibilidades de defensa del agredido. Como señala la STS 227/2014, de 19 de marzo *"Para la apreciación de esta circunstancia es precisa la concurrencia de un elemento subjetivo o intencional del agente, de suerte que con su conducta busque o se aproveche de la indefensión de la víctima, representándose de esa forma la facilidad de su perpetración, elemento subjetivo que es manifiesto en el caso actual, pues la recurrente se aprovechó de la indefensión de la víctima, al tratarse de un bebé recién nacido .*

En nuestra doctrina jurisprudencial las SSTS 1429/2011, de 30 de diciembre , 519/2012, de 15 de junio y núm. 893/2012, de 15 de noviembre , entre otras muchas, recuerdan los presupuestos de su concurrencia: " En lo normativo que se trate de un delito contra las personas. Objetivamente 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. 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.

Aún suele añadirse un cuarto requisito de mayor antijuricidad 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".

Asimismo nuestra doctrina suele distinguir tres modalidades de alevosía : "a) se califica de proditoria o traicionera la alevosía si el autor del delito utilizó la emboscada o la trampa para acechar a la víctima por el agresor; b) es, más genéricamente, sorpresiva cuando el ataque se efectúa en condiciones que sorprenden a la víctima y c) también se considera alevoso el ataque a la víctima en situación de desvalimiento , de la que se aprovecha el autor, sin que la víctima, por su desamparo, (niños, ancianos, inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc.) . . se encuentre en condiciones de articular defensa".

En el caso actual concurre la modalidad de desvalimiento, como se deduce del relato fáctico, al recaer la acción homicida sobre un recién nacido.

Es cierto que quien acaba con la vida de un recién nacido no tiene que desplegar un especial esfuerzo selectivo a la hora de decidirse por un medio de ejecución carente de riesgos. Pero también lo es que la propia selección de la víctima le garantiza una ejecución sin riesgo."

El motivo debe ser desestimado.

Recurso de Fida

SEGUNDO.- Primer motivo del recurso

A.- El mismo se articula en base al artículo 846 bis c, apartado e) LECrim ., por *infracción del principio de presunción de inocencia*, y tras citar la Jurisprudencia aplicable a la prueba indiciaria, afirma que la conclusión que se alcanza, teniendo en cuenta la prueba practicada, así como la argumentación esgrimida por los Jurados y por la Magistrada Presidenta, es irracional, basándose en tres argumentos: que los hechos declarados probados y sus Fundamentos de Derecho contienen una nula motivación y un irracional proceso de valoración, que los Jurados y la sentencia guardan silencio sobre parte de la prueba admitida y practicada a instancias de la defensa, en concreto sobre las periciales de la psicóloga nº NUM003 , trabajadora del Centro Penitenciario DIRECCION000 - DIRECCION001 , de Dña. Otilia , psicóloga y Dña. Angelina , mediadora social, ambas de la asociación DIRECCION002 , y del médico psiquiatra, D. Teodoro , y, por último, se lleva a cabo en el recurso una delimitación jurisprudencial y doctrinal, en relación con la comisión por omisión, la imputabilidad objetiva, y con expresa referencia al dolo eventual y su diferenciación de la culpa consciente.

B.- En primer lugar, debemos apuntar, que sobre la sucinta explicación que da el Jurado en relación con la prueba practicada y tenida en cuenta por el mismo, la Magistrada Presidenta puede concretar la existencia de prueba de cargo, en concreto la misma debe ser desarrollada por el Magistrado/a Presidente/a al redactar la sentencia, expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos, en ese sentido la



sentencia del TS de 30 de septiembre de 2015, afirma que *"Se trata de una responsabilidad que la ley impone a quien puede cumplirla, pues el Magistrado-Presidente, que ha debido asistir atento al juicio y a sus incidencias; que ha entendido en el momento procesal correspondiente que existe prueba valorable que impide la disolución anticipada; que ha redactado el objeto del veredicto, y que ha debido impartir al jurado instrucciones claras sobre su función y la forma de cumplirla adecuadamente, debe estar en condiciones de plasmar con el necesario detalle en cada caso, cuáles son las pruebas tenidas en cuenta por los jurados y cuál es su contenido incriminatorio, así como, en caso de prueba indiciaria y de elementos subjetivos, cuál es el proceso racional que conduce de forma natural desde unos hechos ya probados hasta otros hechos, objetivos o subjetivos, necesitados de prueba."*

Es indiscutible que, todo proceso valorativo de la prueba en una causa penal, se ha de partir de la presunción de inocencia. Este derecho, reconocido en el artículo 24 CE, implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (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.

En el ámbito de actuación del Tribunal del Jurado, el recurso de apelación contra una sentencia condenatoria puede orientarse a discutir la existencia de prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia, pero en los términos del artículo 846 bis c), apartado e), es decir, cuando se hubiese vulnerado la presunción de inocencia *"porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta"*. La ley apunta de esta forma que no se trata de valorar de nuevo las pruebas sino de verificar la existencia de base razonable en la condena. Es pues la racionalidad de la valoración de la prueba, la racionalidad del proceso valorativo, lo que le corresponde hacer al tribunal de apelación.

En el presente supuesto, la acusada resulta declarada culpable en base a prueba indiciaria, sobre la que la Jurisprudencia ha puesto de relieve de forma reiterada, por todas la STS 39/2017 de 24 de julio, *"En cuanto a la prueba indiciaria, la STS 220/2015, de 9 de abril, recogía el contenido de la STC 128/2011, de 18 de julio, la cual, enlazando con ideas reiteradísimas, sintetiza la doctrina sobre la aptitud de la prueba indiciaria para constituirse en la actividad probatoria de cargo que sustenta una condena: "A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes" (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 y 70/2010, FJ 3). Asumiendo "la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad" (SSTC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2 y 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3), sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando "la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3; 25/2011, de 14 de marzo, FJ 8)."*

C.- En el supuesto analizado, según se desprende de la sentencia recurrida, en la que la Presidenta analiza pormenorizadamente el veredicto del Jurado, en el que plasma el pronunciamiento de culpabilidad de la acusada, declarando acreditados los hechos en base a las pruebas practicadas -a diferencia de lo que se alega en el recurso, pero sin duda con un gran esfuerzo argumentativo que debe ser reconocido y alabado a la letrada que lo lleva a cabo-, mediante una razonable inferencia; en concreto se hace constar lo siguiente:

1º Que el Jurado declara probado, *que el menor presentaba las lesiones que se describen en el apartado 4º d) del objeto de veredicto* consistentes en "fractura distal del radio derecho, una erosión a nivel occipital derecho, otra en pabellón auricular derecho, múltiples hematomas en el tronco superior (espalda, pecho, abdomen), un hematoma en testículo derecho, hematoma subcapsular en organización en la cara inferior del lóbulo hepático izquierdo y fractura de arcos posteriores de costillas 5ª a 9ª izquierda y 8ª costilla derecha, contusión con perforación en el intestino delgado y desgarró del mesenterio, que produjeron una peritonitis fecaloidea a



consecuencia de la cual falleció a las 00:15 horas del día 11 de mayo de 2016". Sin que por la recurrente se discuta la existencia de las mismas en el menor.

2º Que el Jurado declara probado *que el autor de las citadas lesiones es el acusado Victoriano (Hecho 5º, 5º b) del Objeto de veredicto)* pareja sentimental de Frida con la que convivía ocasionalmente en el domicilio de la C/ CALLE000 , y que se encargaba del menor en ausencia de su madre, extremos estos no discutidos por la recurrente.

3º También declara el Jurado probado que Ignacio resultó con las lesiones descritas por los golpes que le propinó Victoriano , *ante la pasividad consciente de Frida quien no hizo nada por evitar el maltrato , ni actuó tras haberse producido este, y no le procuró la debida atención médica, tardando un tiempo vital en llevarlo al hospital* , "Pese a ser consciente del peligro para la vida del menor" (Hecho 8º y 8º a) del Objeto del Veredicto) . Y ello lo infiere el Jurado de los siguientes hechos acreditados:

3.1. *Del informe de los médicos forenses* , con mención especial del elaborado por las doctoras Guillerma y Brigida que describen las diversas partes del cuerpo de Ignacio lesionadas, de distinta data y con diferentes mecanismos de producción, haciendo constar que "Desde un punto de vista radiológico, aunque los niños víctimas de maltrato pueden presentar cualquier tipo de lesión, existen patrones altamente específicos de abuso como las fracturas metafisarias como las encontradas, y de arcos costales posteriores, fracturas sin explicación aparente, fracturas en distinto estadio de evolución. En la serie ósea realizada no se han detectado signos de callos de fractura por lesiones óseas antiguas. Las fracturas costales en niños menores están altamente relacionadas con el maltrato por el mecanismo que genera estas lesiones, la plasticidad del esqueleto de los niños permite deformación de las estructuras esqueléticas antes que su ruptura, por ello *las fracturas costales de arco posterior son las más específicas de abuso infantil . En este sentido hemos comprobado que a pesar de la reanimación cardiopulmonar recibida por el fallecido no presenta lesiones en la parrilla costal anterior ni macroscópica ni microscópica.* "

3.2. Del hecho de que *algunas de las lesiones eran plenamente visibles* -extremos que también ha podido comprobar este Tribunal con el estudio de la documental incorporada-, además de la fractura del codo izquierdo, no reciente, y de que el menor tenía el brazo hinchado, en bloque, incompatible con picadura de insecto, presentaba las siguientes lesiones: a) Fractura distal del radio derecho, que era visible porque la muñeca estaba deformada; b) Erosión en la oreja y herida en la cabeza; c) Hematomas múltiples en espalda, pecho y abdomen; y, d) Hematoma testículo derecho.

3.3. *Del hecho de que las lesiones internas* , aunque no visibles, *presentaban una sintomatología llamativa y dolorosa , apreciable para una madre de un menor de 20 meses de edad* , así lo pusieron de relieve los médicos forenses en el juicio oral, en concreto: a) Ignacio tenía *rotas y sin tratar* -lo que resulta muy doloroso- *fractura distal del radio derecho, costillas 5ª a 9ª izquierda y 8ª costilla derecha* , de arcos posteriores de costillas (de unas 12 horas de evolución); b) *Peritonitis* , cusa de la muerte, resultó esclarecedor y "estremecedoramente elocuente" en términos de la Magistrada Presidenta, el testimonio del forense especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo, Bernabe en cuanto a su sintomatología, produce "dolor muy intenso, abdomen muy duro e hinchado, tanto que no se puede ni tocar palidez; sudoración; postración; alteración y dificultad respiratoria. Se trata de un cuadro tan grave, estaría el niño tan enfermo, que *sería obvio para cualquiera su gravedad*", lo que no es compatible con lo alegado por Frida sobre que solo había vomitado, tal y como manifestó el médico de guardia, puesto el bebé llegó "muerto"; c) Los vómitos del menor desde el día anterior sin llevar al médico al bebé. Y, pese a todo ello, Frida no llevó al menor a médico alguno, pudiendo haber salvado la vida ante una asistencia urgente.

3.4. Del carácter agresivo de Victoriano , de cuyos malos tratos había sido víctima Frida , tal y como relató en el juicio, así como la madre del acusado Agueda que dijo que "su hijo con las mujeres no se controla", agresividad que también se desprende de las conversaciones telefónicas entre los acusados incorporadas al plenario mediante su lectura (Informe CLINICA000), y que han sido revisadas por este Tribunal, y de las que se desprende tanto la agresividad verbal como física del mismo contra Frida .

3.5. *De que Frida presenció algún episodio de violencia contra el menor* por parte de Victoriano , así se desprende, por un lado, del *testimonio de la misma* narrando que tiró de la cama a ambos, o que tiraba con fuerza de la nariz al menor, pero fundamentalmente, se desprende de la prueba anteriormente aludida, informe pericial de extracción de datos de comunicaciones móviles (F. 95), y en particular de *la conversación que mantuvieron ambos acusados el 11-04-2016* (un mes antes del fallecimiento de Ignacio) en la cual tras peticiones reiteradas de Victoriano a Frida para que le responda y le de una nueva oportunidad, tras pedirle perdón por haberle puesto la mano encima (a las 00:09:02 del 11 de abril), Frida le responde a las 03:00:09 del 11 de abril de 2016 enviándole un emoticono consistente en un puño cerrado, insultos, puntos suspensivos, emoticono de la cabeza de un bebe, puntos suspensivos, nuevo emoticono de una cabeza vendada seguido



de la expresión "q más explicaciones quieres". A ello sigue: Victoriano : Yaaa no.Keria.tocarte. Frida : Da gracias de que esto sea assi. Victoriano : "Y lo del.bb no fue adrede, Te.lo.juro Como voy hacer eso. De verdad crees k.yo le hice eso. Frida : NO ES LO UNICO QUE TIENE!!!".

3.6. *De la desproporción física, intensidad y reiteración de golpes que Victoriano propinaba al menor* , por lo que pudo representarse que le causara la muerte.

3.7 *Del hecho de que Frida no acudiera al hospital en momentos vitales para el menor* , pese a su posición de garante de su hijo, con un deber reforzado de cuidado.

D.- Las conclusiones a las que llega el Jurado, en base a todos los indicios analizados, son razonables, ya que los mismos deben interpretarse en su conjunto, no de forma aislada como lo hace la recurrente, ya que si bien es cierto que aisladamente pueden caber conclusiones alternativas, ello no ocurre cuando son analizados los indicios en su conjunto, tal y como lo hace el Jurado y la Magistrada Presidenta en la sentencia apelada, ya que la Jurisprudencia ha puesto de relieve de forma reiterada que el análisis del significado de cada uno de los indicios no puede realizarse aislándolo de los demás y poniendo de manifiesto que de esa forma considerados, pudieran admitir una explicación alternativa razonable. En tal sentido se pronuncia la sentencia citada 39/2017 *"En efecto, no cabe analizar individualmente cada indicio, como hace el recurrido, sino que es la valoración conjunta e interrelacionada de todos los indicios lo que permite expresar el engarce lógico entre los hechos objetivos acreditados y el hecho consecuencia. No siendo cuestionables los primeros, solo cabrá analizar, dentro del núcleo discursivo, la racionalidad y solidez de la inferencia, que vendrá determinada por la lógica y cohesión, así como por la suficiencia y calidad concluyente de dichos datos probatorios, sin que la inferencia pueda calificarse de excesivamente abierta, débil o imprecisa."*

En el procedimiento del Tribunal del Jurado se trata de corregir supuestos de valoraciones o razonamientos absolutamente inconsistentes, manifiestamente erróneos o excesivamente abiertos, y no de suplantar la valoración probatoria del Tribunal del jurado por la del que resuelve el recurso, en definitiva se trata de llevar a cabo un control de la interpretación de los resultados probatorios, y en el presente caso, pese a lo argumentado en el recurso, el Jurado y la valoración del veredicto que hace la Magistrada Presidenta no se aparta de las reglas de la lógica, de los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos.

Se apunta por la recurrente, que es ilógica la inferencia de que Frida se representara la posibilidad de que Victoriano iba a causar la muerte de su hijo, y que no hizo nada para evitarlo, por el hecho apuntado en la sentencia relativo a que conocía la desproporción física, intensidad y reiteración de los golpes que Victoriano propinaba a su hijo Ignacio , ya que la misma declaró, únicamente, dos episodios, uno el de la nariz, en tono de broma, y el de la cama que no era agresión al menor, si no que la tiró a ella de la cama volcando el colchón, cayendo Ignacio también colateralmente, pero que a él no le golpeó y que jamás vio que Victoriano golpease a su hijo, afirmando que ningún otro episodio existe en todo el proceso que pueda Justificar que Frida pudiera ser consciente de una "reiteración e intensidad" de golpes propinados por Victoriano a su hijo.

Del citado argumento discrepa este Tribunal, puesto que, como hemos dicho, no se pueden aislar los indicios, deben interpretarse en su conjunto, y de todos ellos se desprende que Frida conocía que su hijo era maltratado por Victoriano , destacando en este punto las conversaciones mantenidas entre los mismos, así como las lesiones externas e internas del menor, descritas y analizadas de forma pormenorizada en la sentencia recurrida que, obviamente, dada su distinta etiología y data, responden a una diversidad de golpes, cuya intensidad se desprende de su gravedad - rotura *fractura distal del radio derecho, costillas 5ª a 9ª izquierda y 8ª costilla derecha* , de arcos posteriores de costillas (de unas 12 horas de evolución), entre otras- siendo el dato, también señalado en la sentencia, sobre la desproporción física, una máxima que no necesita de dato corroborador.

También, apunta la defensa que, teniendo en cuenta que ha quedado probado que fue el golpe que Victoriano le propinó a Ignacio el día 10 de mayo el que produjo su muerte, y que Frida ese mismo día a las 22:41 horas estaba con su madre llamando al 112 y minutos después parando a un coche para llevar a Ignacio urgentemente al hospital, resulta absurdo de todo punto concluir que en base a la existencia de las lesiones y sus síntomas Frida conociese el maltrato al que había sido sometido su hijo y no hiciera nada para evitarlo, sobre todo si tenemos en cuenta que la Sentencia deja muy claro que ella no fue testigo de ese golpe ni formó parte del iter criminis. Sobre este extremo, es otra la conclusión a la que llega la sentencia analizada, en base a la pericial conjunta llevada a cabo por las peritos Mariola , Brigida y Bernabe , en la que todos ellos coinciden en que la peritonitis que presentaba el menor era muy grave y que es una lesión que produce "un dolor intenso" "no se puede tocar al niño por el dolor" que provoca "fiebre alta" "situación que es visible para cualquier persona", por lo que ocurriendo el episodio citado por la defensa al mediodía, y Frida pese a escuchar el ruido de un golpe y ver que Victoriano tenía al menor encerrado en el baño cogido boca abajo, se va a casa



de su madre, y en toda la tarde no lleva al niño al médico ni pide asistencia médica, solicitándola a las 22.41 horas, llegando al hospital el menor en parada cardiorespiratoria "ya muerto", según el médico de guardia.

Del examen de los medios de prueba que se desarrollaron en el acto del juicio oral, se infiere que las respuestas que ofrece el Jurado al resolver el objeto del veredicto tienen ciertamente visos de razonabilidad, no solo en cuanto a la autoría por comisión por omisión del hecho imputado, sino como tuvieron lugar los mismos, en función de la valoración conjunta de la pluralidad de pruebas practicadas, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos (STS 154/2012 de 29 de febrero , entre otras).

E.- Por otro lado, se alega que es nula la motivación del Jurado y de la Magistrada Presidenta en relación a la prueba pericial practicada sobre el estado psicológico de Frida , pericia que fue explicada por sus autores en el Juicio Oral, llegando a la conclusión todos ellos de que Frida no tenía conocimiento de que su hijo Ignacio hubiera sido maltratado por Victoriano , ya que: 1º La psicóloga nº NUM003 , trabajadora del Centro Penitenciario DIRECCION000 - DIRECCION001 declaró, entre otras cosas "Presencia de culpa reactiva por no haber previsto los hechos e ideas de castigo", "Es una persona responsable e intenta atar cabos para ver lo que ha pasado (...) el objetivo es saber qué le pasó al niño"(...) 2º Dña. Otilia , psicóloga y Dña. Angelina , mediadora social, ambas de la asociación DIRECCION002 manifestaron que "durante las sesiones, ha actuado de acuerdo a su sintomatología, evidenciando dolor, desesperanza, el inmenso amor profesado a su hijo, la falta de sentido de su vida después de lo ocurrido, sus sentimientos de culpa por no haberle sabido proteger y su necesidad imperiosa de conocer la verdad", y 3º El médico psiquiatra, D. Teodoro , que tras afirmar que el testimonio de Frida es creíble, señala que "Su actitud gestual refleja un sentimiento de dolor intenso y un duelo por la pérdida de su hijo. Así mismo, se objetivan sentimientos de culpa por no haber actuado de una forma más diligente."

Al respecto, debemos apuntar, por un lado, que si bien es cierto lo alegado, en relación a que las citadas pruebas no han sido valoradas por el Tribunal del Jurado, ni por la Magistrada Presidenta, también lo es, que si la parte recurrente consideraba que la sentencia dictada era incompleta por omisión, al no valorar las citadas periciales, tenía la obligación de acudir a la vía procesal prevista en el art. el apartado 5 del art. 267 de la LOPJ . Esta norma dispone que el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la sentencia, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla, y en el supuesto examinado la defensa de la acusada, no utilizó la vía prevista en la LOPJ para dirimir con carácter previo a la interposición de este recurso de apelación lo que consideraba una incongruencia omisiva -que es consecuencia de lo que se alega, aunque la misma lo enmarque dentro del derecho a la presunción de inocencia-, dejando así transcurrir el plazo y el trámite previsto por la ley para solventar ese tipo de situaciones, en los citados términos se pronuncia la Jurisprudencia (STS 10/2018, de 15 de enero).

Además, tal y como también apunta la sentencia citada "el Tribunal Constitucional reitera en sus sentencias sobre esta materia la importancia de distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas. Respecto a las primeras, no sería necesaria para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita -y no una mera omisión- que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos que fundamentan la respuesta tácita (SSTC 95/1990 , 128/1992 , 169/1994 , 91/1995 , 143/1995 , 58/1996 , 223/2003 y 60/2008)."

Aplicando lo anterior al supuesto analizado llegamos a la conclusión de que el Tribunal ha rechazado tácitamente la pericial practicada, en el sentido que es interpretada por la recurrente, en base al resto de indicios probados y que son valorados tanto por el Jurado como por la Magistrada Presidenta, a los que nos hemos referido anteriormente, y que por tanto no estamos ante una omisión inexplicada, ni ante un error de derecho, al apartar de la valoración, indebidamente, una prueba de descargo válida.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Segundo motivo del recurso

El mismo se articula por *infracción de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos y en la determinación de la pena, al amparo de lo dispuesto en el artículo 846 bis c, letra b* de la ley de enjuiciamiento criminal , porque dados los "hechos probados" de la sentencia, estos no constituyen un delito de asesinato (indebida aplicación del art. 139 código penal , previa aplicación indebida del los artículo 138 y 11 del mismo



texto legal). Poniendo de relieve la recurrente que, subsidiariamente a la absolución, calificó los hechos como homicidio imprudente (art. 142 del C.P .). Y, en base a este motivo, sostiene la misma tesis, que los "Hechos Probados" de la Sentencia no describen un delito de asesinato, ni tan siquiera describen un homicidio previsto en el artículo 138 del C.P . -analizando la alevosía en el siguiente motivo-, llevando a cabo un análisis de éste último delito en cuanto a sus elementos objetivos y subjetivos.

Lo primero que debemos analizar, son las condiciones bajo las cuales una omisión (impropia) se equipara a una acción positiva y puede ser castigada como un delito activo, que son, "el tener que responder jurídicamente" y la llamada "cláusula de equivalencia", tal y como de forma reiterada ha analizado la doctrina. El legislador español de 1995, por el contrario, aunque primero asumió, en la primera proposición del art. 11 del Código penal español estos dos principios, aclaró de forma expresa en la proposición segunda que se cumplen, bien (a) "cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar" o bien (b) "cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente", los límites del dominio marcan siempre también los límites de la posición penal de garante.

La posición de garante es el requisito principal de la comisión por omisión, siendo también la equivalencia significativa entre causación activa y no interrupción debida del curso causal, en los delitos de omisión impropia, constituye el "control personal" el criterio decisivo, que es evidente, en el caso de menores, por el desamparo de los mismos en cuanto al foco de un peligro preexistente, siendo el prototipo de supuestos en los que se equipara la omisión con la acción.

El repertorio de posiciones o deberes de garantía que, de acuerdo con esta jurisprudencia, cabe incluir en los márgenes del artículo 11 CP dentro del tríptico ley- contrato-actuar precedente es muy variado, y lo podemos resumir en las siguientes situaciones, según la doctrina más destacada : 1) obligaciones de actuar basadas en la existencia de deberes familiares legalmente establecidos; 2) obligaciones de actuar basadas en relaciones de confianza derivadas de la existencia de lazos contractuales; 3) obligaciones de actuar basadas en la existencia de un deber de vigilancia sobre ciertas fuentes de peligro; 4) obligaciones de actuar basadas en el ejercicio de determinadas profesiones y cargos públicos o en la superioridad jerárquica; y 5) obligaciones de actuar derivadas del actuar precedente ilícito (injerencia). (Enrique Gimbernat, Susana Huerta).

En este caso, resulta obvia, la posición de garante que ostentaba la acusada, en cuanto a que la salud e integridad física de los hijos que se contempla con carácter general en el artículo 154 del Código Civil , es uno de los deberes existentes en el conjunto de las relaciones paterno filiales. El Código Civil impone a los padres el deber de velar por los hijos menores -artículo 154.1 -, y permite a los progenitores recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento. Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos evitándoles cualquier mal o perjuicio, y entre ellos, como más grave las posibles agresiones sexuales o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros, cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión, al estar el omitente en posición de garante (STS. 21/2007 de 19 de enero).

Por otro lado, en cuanto a la distinción que postula la recurrente, entre el delito de homicidio imprudente y la comisión por omisión de un delito de homicidio por dolo eventual, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es abundante y reiterada, y de la misma se desprende que la omisión en grado de autoría existe cuando pueda formularse un juicio de certeza o de probabilidad sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado, y en el aspecto subjetivo, la comisión por omisión dolosa requiere que el autor conozca la situación de peligro que le obliga a actuar y la obligación que le incumbe. En los citados términos se pronuncia la reciente STS 482/2017, de 28 de junio , afirmando que: "*Según jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 320/2005 de 10 de marzo ; 37/2006 de 25 de enero ; 213/2007 de 15 de marzo ; 234/2010 de 11 de marzo ; 64/2012 de 27 de enero ; 325/2013 de 2 de abril o 25/2015 de 3 de febrero) para que proceda aplicar la cláusula omisiva del artículo 11 CP , que en este caso se pretende en relación al delito de homicidio imprudente del artículo 142, se requieren los siguientes requisitos:*

a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley.

b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado "equivalga" a su causación.

c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales.

d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.



e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquél a actuar para evitar el resultado típico.

La posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, en virtud de la cual aquél se hace responsable de la indemnidad de éste. De tal relación surge para el sujeto, por ello, un deber jurídico específico de impedir el resultado que la dañe, de ahí que su no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa.

La comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría -con la autoría material y con la cooperación necesaria- como en el grado de la equivalencia con la complicidad.

Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la misma, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable.

En el aspecto subjetivo, la comisión por omisión dolosa requiere que el autor conozca la situación de peligro que le obliga a actuar y la obligación que le incumbe. Sin embargo, cuando de imprudencia se trata, se apreciará culpa respecto a la omisión cuando el omitente, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que generó su deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción impuesta como necesaria para evitar el resultado. O cuando el obligado a realizar la acción no consiguió impedir el resultado por la forma descuidada o inadecuada en la que intentó el deber de garantía."

Siguiendo con la diferenciación entre el resultado atribuible a título de dolo eventual y la título imprudencia, es necesario hacer mención a la vinculación entre el dolo eventual y el canon de objetividad que, al margen de la credulidad del autor, exige ese título de imputación en cuanto a la previsión como probable del resultado lesivo para el bien jurídico, en tal sentido se pronuncia la Jurisprudencia, por todas podemos citar la STS 1022/2013, de 11 de diciembre, que dispone que: "Respecto a la hipótesis del resultado atribuible a título de dolo eventual cabe mantener dos tesis que marcan la diferencia con la imprudencia que, aunque subsidiariamente, postula el recurrente. Como señalan nuestras SSTS núm. 1064/2005 de 20 de septiembre, ó 1573/2002, de 2 de octubre, en el dolo eventualEl autor se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado representado en la mente del autor. En la culpa consciente, en cambio, no se quiere causar la lesión aunque también se advierte su posibilidad y, pese a ello, se actúa. Es decir, se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. (...) Obra, (...) con culpa consciente quien, representándose el riesgo que la realización de la acción puede producir en el mundo exterior al afectar a bienes jurídicos protegidos por la norma, lleva a cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá y, sin embargo, éste se origina por el concreto peligro desplegado En nuestra STS nº 987/2012 de 3 de diciembre, recordábamos la vinculación entre el dolo eventual y el canon de objetividad que, al margen de la credulidad del autor, exige ese título de imputación en cuanto a la previsión como probable del resultado lesivo para el bien jurídico."

Por la recurrente se afirma que del "factum" no se desprende el hecho de que, si no se hubiera producido esa omisión descrita en el mismo, por parte de la acusada, su hijo Ignacio hubiera sobrevivido al golpe propinado por Victoriano, no lo dice, y por tanto, desconocemos si la omisión de Frida es la causa del fallecimiento de su hijo, ya que lo que se afirma en los mismos es que Frida "no le procuró la debida atención médica, tardando un tiempo vital en llevarlo al hospital, pese a ser consciente del peligro para la vida del menor"; y que es obvio, lógico, racional y como mínimo una alternativa que conecta en mayor medida con el resultado de la prueba, que si Frida hubiera conocido de antemano la producción del resultado, hubiera actuado antes, tal y como lo hizo, cuando fue consciente de que la vida de su hijo corría peligro. Insistimos, concluir con que se representó el resultado mucho antes de actuar es ilógico, irracional y alejado de las máximas de la experiencia y del sentido común.

A diferencia de lo afirmando, sí se desprende de los hechos probados que, como consecuencia de la omisión descrita en los mismos, por parte de la acusada, su hijo Ignacio hubiera sobrevivido al golpe propinado por Victoriano, o al menos podría haber sobrevivido, pues se hace constar que el 9 de mayo, mientras el menor se encontraba en el domicilio, vomitó al menos dos veces, que el 10 de mayo, el menor volvió a vomitar, y ese mismo día sobre las 22:00 horas, a su llegada al HOSPITAL000, Ignacio presentaba una fractura



distal del radio derecho, una erosión a nivel occipital derecho, otra en pabellón auricular derecho, múltiples hematomas en el tronco superior (espalda, pecho, abdomen), un hematoma en testículo derecho, hematoma subcapsular en organización en la cara inferior del lóbulo hepático izquierdo y fractura de arcos posteriores de costillas 5ª a 9ª izquierda y 8ª costilla derecha, contusión con perforación en el intestino delgado y desgarro del mesenterio, que produjeron una peritonitis fecaloidea a consecuencia de la cual falleció a las 00: 15 horas del día 11 de mayo de 2016, que las lesiones que presentaba fueron consecuencia de los golpes que le propinó Victoriano al menor de 20 meses de edad, ante la pasividad consciente de Frida quien no hizo nada por evitar el maltrato, afirmando también, que la misma tardó "un tiempo vital" en llevarlo al hospital, pese a ser consciente del peligro para la vida del menor. Tiempo vital que, se describe en los razonamientos de la sentencia -no siendo necesaria su inclusión en Hechos Probados-, tal y como hemos analizado en el Fundamento de Derecho anterior, destacando especialmente el hecho de que las lesiones internas que presentaba Ignacio, aunque no visibles, presentaban una sintomatología llamativa y dolorosa, apreciable para una madre de un menor de 20 meses de edad, así lo pusieron de relieve los médicos forenses en el juicio oral, incluso afirmaron que ello era apreciable para cualquier persona. Lo anterior, junto con el hecho de que la acusada tenía conocimiento de los malos tratos a los que sometía el acusado a su hijo, actuando ante ello con total pasividad, acredita que era consciente del peligro para la vida del menor.

De lo anterior se desprende que la acusada pudo representarse un juicio de certeza o de probabilidad, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida -llevar al niño inmediatamente al hospital- ante la grave sintomatología que presentaba, siendo conoedora, por tanto, de su obligación de actuar ante la situación de peligro de su hijo de 20 meses, conociendo, además, su deber como madre, ya que como hemos indicado, existe una clara vinculación entre el dolo eventual y el canon de objetividad, que existe al margen de la credulidad que tuviera la acusada al respecto, porque se debió representar como probable el resultado lesivo, en este caso concreto, el fatal desenlace vital que ello tuvo para el menor, sólo podría sostener la imprudencia invocada, cuando la acusada por negligencia o por no emplear el cuidado debido, no hubiera tenido conocimiento de la situación de hecho que genera la el deber de actuar, y eso, de ningún modo, se infiere de los hechos que se declaran probados, ni de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, sino todo lo contrario, las lesiones del menor externas eran muy evidentes, y en relación a las internas, eran de tal gravedad y con tal sintomatología dolorosa, que la acusada se tuvo que representar necesaria y objetivamente, la probabilidad del resultado producido, lo que excluye la calificación de los hechos como homicidio imprudente, que como tesis subsidiaria mantiene la recurrente, sin que exista, por tanto, error alguno en la calificación de los hechos.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO .- Tercer motivo del recurso

El mismo se basa en infracción de precepto legal en la calificación jurídica de los hechos y en la determinación de la pena, al amparo de lo dispuesto en el artículo 846 bis c, letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque dados los "hechos probados" de la sentencia, estos no constituyen un delito de asesinato (indebida aplicación del art. 139.1 en relación a la "alevosía").

Por la recurrente se afirma que, por un lado, se establece en el Factum, que Ignacio estaba indefenso cuando fue agredido por Victoriano, no por Frida y, por otro lado, que es absolutamente imposible, legalmente, aplicar alevosía a una comisión por omisión por dolo eventual.

En cuanto a la compatibilidad de la alevosía y el dolo eventual, en la actualidad, no existen dudas sobre su compatibilidad, en tal sentido se ha pronunciado la Jurisprudencia: "*Es de recordar la jurisprudencia de esta Sala que declara la compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual, como es exponente la Sentencia 119/2004, de 2 de febrero, en la que se expresa que no hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima --aseguramiento de la ejecución-- y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados.*" (STS 618/2012, de 4 de julio). También la STS 414/2013, de 16 de mayo, al respecto afirma que "*No obstante, aunque esta Sala de casación, en los términos en que se argumenta la sentencia, considera que los acusados operaron con dolo directo, a efectos dialécticos y de respeto a la opinión de la Sala de instancia, partiendo de que el dolo interviniente fuera el eventual, al aceptar la Audiencia en el último párrafo del fundamento tercero que resulta defendible y no descabellado considerar una alevosía sorpresiva, a tal aserto debemos estar, porque siendo la razón única la duda sobre la compatibilidad entre alevosía y dolo eventual, la jurisprudencia más moderna de esta Sala, intensificada desde la sentencia nº 175/2004 de 13 de febrero, mantiene con reiteración la tesis de su concurrencia al distinguir el dolo con que se ejecuta la acción alevosa y el concurrente respecto al resultado de la acción agresiva.*"



En este mismo sentido cabe citar las SS.T.S. 415/2004 de 25 de marzo , 653/2004 de 24 de mayo , 1229/2005 de 19 de octubre ; 21/207 de 19 de enero, 466/2007 de 24 de mayo 803/2007 de 27 de septiembre , 743/2000 de 14 de octubre ; 6782008 de 30 de octubre, 138/2010 de 10 de marzo , etc.,."

Y, con respecto a la otra cuestión que se plantea, que el menor solo estaba indefenso con respecto al autor material, y que no es posible aplicar la alevosía en un delito de comisión por omisión, en primer término, debemos afirmar que no es cierto lo afirmado sobre que solo consta que el menor estaba indefenso cuando fue agredido, puesto que la indefensión del mismo proviene de su propio desvalimiento, consecuencia directa de su corta edad -20 meses- que abarca no solo la acción, sino la comisión por omisión, además, sí existe la compatibilidad que niega la recurrente, en tal sentido se pronuncia la STS 459/2013, de 28 de mayo , poniendo de relieve que es reiterada la Jurisprudencia en el sentido de entender acreditada la alevosía, aunque la acción sea la comisión por omisión, si la víctima es un menor, y sobre todo, si la misma es de corta edad como ocurren en este caso, afirmando que: *"Como dijimos, tanto realiza la conducta típica, en este caso la muerte de hijo de dos meses y lesiones a otro de la misma edad, quien ejecuta activamente una acción dirigida a la producción del resultado como quien estando obligado a defender un bien jurídico, vida y salud de los hijos, frente a agresiones que le ponen seriamente en peligro, se desentienden de su protección y deja actuar al agresor, con omisión de la actuación debida, teniendo pleno conocimiento de las violencias ejercidas sobre los bebés que generaba el deber de actuar y sin que existiera razón o motivo alguno que limitara su capacidad para realizar lo que les era exigido.*

Y eso es lo que ha sucedido respecto a la ahora recurrente.

Es reiterada la jurisprudencia que aprecia la alevosía cuando la acción, en este caso comisión por omisión, tiene como víctimas menores de corta edad, como bien se razona por el Tribunal de instancia que aprecia correctamente el delito de asesinato sin que tampoco se haya producido infracción legal al apreciar los delitos de lesiones y de violencia física habitual en el ámbito familiar, ya que en los hechos que se declaran probados se subsumen las citadas conductas."

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO .- Agravante de parentesco .

Frida , es condenada en la sentencia recurrida, como autora de un delito de asesinato por comisión por omisión, con la concurrencia de la agravante de parentesco, al ser madre del menor fallecido, Ignacio , de 20 meses de edad -no reconocido legalmente por su padre biológico-, como se declara acreditado en Hechos Probados. En base a ello, tal y como hemos analizado en los anteriores Fundamentos de Derecho, surge la posición de garante de la madre del menor, objeto éste último de malos tratos por parte de la pareja sentimental de la acusada, participación surgida en base al art. 154 del CC , que impone el deber de impedir el resultado o defender el bien jurídico -vida de su hijo menor-, por lo que no es posible derivar de la misma infracción de deberes parentales una circunstancia modificativa de la responsabilidad de naturaleza agravatoria como es la agravante de parentesco, porque ello supone una interpretación contra reo, con vulneración del principio non bis in idem.

En tal sentido se ha pronunciado la Jurisprudencia, por todas la STS 64/2012, de 27 de enero , que estable que *"La posición de garante, como se ha dejado mencionado al examinar el anterior motivo, surge de la relación sentimental que mantenía con la madre y del cuidado diario de la menor que había asumido junto a su pareja sentimental.*

Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 20/2001, de 22 de enero , que se excluye la aplicación de la agravante de parentesco cuando se trata de un delito cometido por omisión, cuando ha sido precisamente esa relación de parentesco la que ha determinado la condena de la madre por revestirla de la "posición de garante" respecto de su hija. Y se añade, recordándose otras sentencias, que son precisamente estos mismos deberes derivados de la relación parental los que, como infracción de un especial deber jurídico del autor, conforme a lo expresamente prevenido por el artículo 11 del Código Penal , lo que determina la posición de garante y justifican la condena de la madre de la menor como autora por omisión. Derivar de la misma infracción de los deberes parentales una circunstancia de agravación adicional implica una doble valoración, en perjuicio del reo, de una misma infracción, por lo que vulneraría el principio non bis in idem .

En el presente caso, la agravante de parentesco se ha apreciado para este acusado por ser conviviente de la madre de la menor, y en ello y en los deberes que asumió, por esa relación afectiva, se ha sustentado, asimismo, su posición de garante, por lo que acorde con la jurisprudencia de esta Sala que se ha dejado mencionada, esa doble valoración de una misma situación no puede ser admitida, por lo que procede absorber la agravante de parentesco ya que la condena por el delito de homicidio ya integra el presupuesto de la agravación.

Ello puede igualmente afirmarse en relación a la madre de la menor, lo que determina que proceda dejar sin efecto la agravante de parentesco en relación a ambos acusados."



Como consecuencia de lo expuesto, procede revocar parcialmente la sentencia, en el sentido de no estimar aplicable, en este caso, la agravante de parentesco del art. 23 del CP , lo que unido a que no se aprecian otras circunstancias especiales en la acusada que le hagan merecedora de una pena superior a la mínima legalmente prevista en el art. 139 del CP , procede imponer a la misma de conformidad con el art. 66.1.6ª del mismo texto legal , la pena de prisión de quince años, e inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo.

SEXTO .- Se declaran de oficio las costas devengadas en esta alzada.

Vistos los artículos de aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de Frida y de D. Victoriano contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2017 dictada por la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado, Dña. Rosa Mª Quintana San Martín, designada en la Sección Trigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, y la **revocamos parcialmente** en el sentido de dejar sin efecto la aplicación de la agravante de parentesco a **Frida** , y por tanto la condenamos a la pena de **QUINCE AÑOS de PRISIÓN** con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el mismo tiempo; con declaración de oficio de las costas devengadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede ser anunciado ante esta Sala, dentro del plazo de cinco días, mediante escrito autorizado por un Abogado y suscrito por un Procurador.

Lo acuerdan, mandan y firman los Sres/as. Magistrados/as que figuran al margen.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Sr/a. Presidente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia, certifico.