



Roj: **SAP M 1658/2017 - ECLI: ES:APM:2017:1658**

Id Cendoj: **28079370012017100079**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2017**

Nº de Recurso: **1159/2016**

Nº de Resolución: **102/2017**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **MANUEL CHACON ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96, Planta 4 - 28035

Teléfono: 914934435, 914934730/553

Fax: 914934551

LJM7

37051530

NIG. 28.049.00.1-2015/0013402

Procedimiento sumario ordinario 1159/2016

Delito: Asesinato

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 04 de DIRECCION000

Procedimiento Origen: Procedimiento sumario ordinario 1/2016

**SENTENCIA N° 102/2017**

ILMOS. SRES.

Dña. ADELA VIÑUELAS ORTEGA

Dña. ISABEL HUESA GALLO

D. MANUEL CHACÓN ALONSO

En Madrid, a veintidós de marzo de dos mil diecisiete.

Visto en juicio oral la causa al margen referenciada seguida contra la acusada doña Yolanda , con NIE NUM000 , nacida el NUM001 de 1978, hija de Genaro y Concepción , y en prisión desde el día 15 de julio de 2015.

Son partes: el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Doña Alejandra Navarro Herrera; y el acusado representado por la procuradora doña Elena Paula Yustos Capilla y defendida por la letrada M<sup>a</sup> Dolores Pena Rey, siendo ponente el Ilmo. Sr. Don MANUEL CHACÓN ALONSO.

## **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales calificó los hechos como constitutivos de un delito de asesinato en grado de tentativa, previsto y penado en el artículo 140.1.1<sup>a</sup> del Código Penal en relación con el artículo 139.1.1<sup>a</sup> y los artículos 16 , 62 y 70.4 del mismo texto legal , reputando responsable del ilícito en concepto de autora a la procesada, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal y solicitó la imposición de las penas de 27 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante 20 años y que se le prive de la patria potestad respecto de su hijo



Remigio ( artículo 55 CP ). En aplicación de lo dispuesto en los artículos 48 y 57 CP , se interesa se imponga asimismo a la procesada la prohibición de aproximarse al menor Remigio ., en una distancia de 500 metros, a su domicilio, lugar de estudio o cualquier otro en el que se encuentre, así como la prohibición de comunicarse con él por cualquier medio durante 33 años. Asimismo atendiendo a la gravedad de los hechos, se interesa se cumpla la pena de prisión en España.

En sus conclusiones definitivas, el Fiscal modificó sus conclusiones, suprimiendo la mención al artículo 140.1.1ª del Código Penal , interesando, en base a esta supresión y al reconocimiento de los hechos por la procesada, la pena para ésta de 14 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y que se le prive de la patria potestad respecto de su hijo, así como, de acuerdo con los artículos 48 y 57 del Código Penal , se le imponga la prohibición de aproximarse al menor, a su domicilio o lugar donde se encuentre, además de prohibición de comunicarse con él durante 24 años. Manteniéndose el resto de lo solicitado.

SEGUNDO.- La defensa en igual trámite solicitó la libre absolución de la procesada, y subsidiariamente que se apreciase la concurrencia de la circunstancia atenuante 3ª del artículo 21 del CP o en su caso, del artículo 21.1º o aplicación de la pena en su cuantía mínima.

En el acto del juicio, por el contrario, modificó sus conclusiones, adhiriéndose a lo solicitado por el Fiscal al haber reconocido su defendida los hechos y haber mostrado su arrepentimiento.

## II. HECHOS PROBADOS

La procesada, Yolanda , mayor de edad, en cuanto nacida el NUM001 /1978, natural de Colombia, con residencia legal en España y sin antecedentes penales, habiendo mantenido oculto el embarazo tanto en su ámbito familiar como laboral, dio a luz a un niño, Remigio . el día NUM002 de 2015, a las 21.20 horas, en el Hospital del DIRECCION001 de la localidad de DIRECCION000 , el cual fue dado de alta el día 6 de julio de 2015, conviviendo la procesada con él, desde ese momento, junto al padre biológico, Dimas , y otros tres hijos menores de edad de aquélla en el domicilio familiar sito en el CALLE000 nº NUM003 , NUM004 de la localidad de Mejorada del Campo.

El día 15 de julio de 2015, sobre las 6:00 horas, la procesada, estando en su domicilio familiar, cogió al bebé y lo metió en el interior de la bolsa de deporte junto a varios enseres del mismo, introduciendo todo ello en dos bolsas de basura negras que anudó y llevó al contenedor de basura de restos orgánico, tipo subterráneo, metálico, que se hallaba a unos 150 metros de su domicilio, en concreto, en la Avenida de los Toreros de la localidad de Mejorada del Campo, arrojando la referida bolsa con el bebé dentro al interior del contenedor, entre más de 30 bolsas de basura, abandonándolo de ese modo a sabiendas de que ello evidentemente entrañaba un peligro concreto para la vida del recién nacido, asumiendo y aceptando el resultado mortal que podría producirse y que finalmente no tuvo lugar al escuchar un viandante el llanto del bebé, dando inmediato aviso a los agentes de la Guardia Civil y de la Policía Local, pudiendo ser rescatado esa misma mañana en buen estado de salud.

La procesada al tiempo de los hechos no padecía alteración psicopatológica alguna que comprometiera sus capacidades volitivas o cognoscitivas.

## III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### A) CONSIDERACIONES GENERALES.

PRIMERO.- El derecho a la presunción de inocencia, consagrado en nuestro sistema con rango de derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución (RCL 1978/2836), 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 [LEG 1948/1]; ARTÍCULO 6.2 DEL Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [RCL 1979/893]). Esto supone que es preciso que se haya practicado una mínima prueba de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que sea suficiente para desvirtuar esa presunción inicial ( STS 251/2004 ).

Procede pues analizar:

- a) Si existe en las actuaciones prueba practicada como fundamento de la condena (prueba existente)
- b) Si dicha prueba de cargo haya sido obtenida y aportada a las actuaciones con observancia de las garantías constitucionales y de las normas aplicables en cada caso y en cada medio de prueba (prueba ilícita).
- c) Si esa prueba de cargo, lícitamente obtenida y aportada a las actuaciones con observancia de las garantías constitucionales y de las normas aplicables en cada caso y en cada medio de prueba (prueba lícita).



Debe incidirse en que no puede prescindirse de la ineludible necesidad de desplegar una prueba de cargo, razonablemente suficiente, para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Presunción que no solo constituye un derecho fundamental declarado en nuestra Constitución sino que además, es el "eje alrededor del cual giran las demás garantías procesales y en definitiva el funcionamiento de todo el procedimiento penal ( STS 2 de diciembre de 2003 ).

Señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 137/88 de 7 de julio y ha reiterado en numerosas resoluciones que la presunción de inocencia ocasionan un desplazamiento de la carga de la prueba a las partes acusadoras a quienes incumbe exclusivamente probar los hechos constitutivos de la pretensión penal, debiendo ser suficiente para generar en el juzgador la evidencia de la existencia de un hecho punible y de la responsabilidad penal que haya tenido en él el acusado, así como sustentarse la actividad probatoria en auténticos medios de prueba obtenidos con respecto a los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral bajo los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, exceptuándose los supuestos de prueba preconstituida y anticipada siempre que se observe el de un cumplimiento de determinados requisitos materiales (imposibilidad de reproducción en el juicio oral), subjetivos (intervención del juez de instrucción), objetivos (contradicción con la intervención de letrado) y formales (introducción en el juicio a través de la lectura de los documentos)".

#### B) VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

SEGUNDO.- En el presente supuesto se ha practicado en el plenario una contundente prueba de cargo de carácter inequívocamente incriminatorio que enervando la presunción de inocencia de la acusada ha evidenciado la realidad de los hechos objeto de acusación, permitiendo a este Tribunal llegar a un juicio de certeza al respecto.

De esta forma, la acusada Yolanda reconoció haber perpetrado los hechos que se le atribuyen, refiriendo concretamente que está casada, tiene 4 hijos, de 13, 6, 5 y otro que va para los dos años, siendo este último el que dio a luz el pasado NUM002 de 2015 en el Hospital del DIRECCION001 , ocultando el embarazo a su marido y a su entorno. Admitió que el día de los hechos cogió al bebé, lo metió en una bolsa de basura que anudó y lo depositó en un contenedor de basura en la Avenida de los Toreros de Mejorada del Campo, dando el biberón antes al mismo. También reconoció cuando le fue preguntada por el Ministerio Público que era consciente de que metiendo al bebé en un contenedor de basura podría causarle la muerte. Apuntando finalmente que se encuentra arrepentida, "más que arrepentida", pidiendo perdón por su acción.

Reconocimiento de los hechos que viene avalado por las siguientes pruebas:

a) Declaración testifical de Ramón , quien manifestó que el día 15 de julio de 2015, sobre las 6 de la madrugada, se encontraba en la Avenida de los Toreros de Mejorada del Campo paseando a sus perros." Que al volver a casa escuchó un ruido en un contenedor subterráneo como de una cría de gato.....cuando llegaron al contenedor no se escuchaba nada...dieron golpes en el suelo y empezó a llorar ..no sabían lo que era ese sonido, llamaron a la policía.....vino la Guardia Civil, dijeron que parecía un niño, sacaron el contenedor, lo abrieron por debajo, fueron sacando bolsas hasta que encontraron una bolsa que contenía al bebé..... tuvieron que sacar hasta que encontraron dónde estaba el bebé 20 ó 25 bolsas..... vio al bebé cuando lo sacaron para llevarlo al coche de la Guardia Civil....tenía color algo morado y en ese momento no lloraba."

b) Declaración testifical de Pablo Jesús , quien el día de los hechos se encontraba junto con el testigo anterior, relatando que "había salido a pasear al perro. Cerca de los cubos de basura Ramón le dijo que escuchaba ruidos raros, de lo que parecía un gato. Abrió la cubeta y escuchó lo que le pareció el llanto de un bebé y se lo dijo a Ramón . De repente el chico se calló. Avisaron a la Policía de Mejorada que vino. Era imposible que hubieran podido coger la bosa. Tenían que venir a abrir el contenedor, porque es una cubeta cerrada, que sólo se abre para meter la bolsa.... Tuvieron que sacar el cubo entero con la grúa, abrieron y fueron sacando bolsas, no contó cuántas.....luego vio al bebé de pasada....."

c) Declaración del Guardia Civil con nº de carnet profesional NUM005 quien, con un relato sincero y emocionado, tras referir que fueron avisados por la emisora de que habían arrojado a un contenedor de basura soterrado lo que en principio podría ser un animal, manifestó que cuando llegaron al contenedor pensaron que podría tratarse de un bebé, motivo por el cual solicitaron ayuda policial y de bomberos, "acordonaron la zona y solicitaron ayuda del Ayuntamiento porque el contenedor es soterrado y es imposible acceder al mismo. Durante 10 ó 15 minutos al bebé se le escuchaba llorar, pero cada vez más agónico. Una vez que se echa la basura, la tolva se cierra y no se puede acceder al interior del contenedor".

"Temían, siguió relatando, que al abrirlo por abajo y por el peso de la basura pudieran aplastar al bebé. Fueron sacando bolsas de basura y abriéndolas junto con un operario del Ayuntamiento. En un momento les indicaron que una de las bolsas no llevaba basura, dentro había una mochila negra con letras blancas y alrededor pañales

sin usar. Al abrirla un amasijo de mantas y un bracito del bebe. El declarante cogió al bebé que todavía tenía algo de vida y salió corriendo con su compañero hacia el coche patrulla para llevarlo al hospital".

Finalmente, indicó que "el bebé tenía la piel totalmente transparente, se le marcaban todas las venitas, no reaccionaba a mugar estímulo externo. Lo situó en la parte de atrás, tuvo que hacerle la reanimación porque no reaccionaba.....fue un trayecto entre 5 y 7 minutos. Llegando al Hospital el bebé ya empezó a llorar."

d) Declaración del Guardia Civil con nº de carnet profesional NUM006 , quien señaló que cuando llegó al lugar de los hechos "ya tenían subido el contenedor, lo descargaron, abrieron la bolsa y cuando encontraron al bebé se avisó a la Policía de Costada.....cuando llegó se encontraban allí los dos ciudadanos que oyeron al bebé, así como los que sacaron el contenedor y también había más gente.....presenció el momento en que sacaban al bebé....estaba muy callado pero tenía los ojos abiertos.....otros compañeros se lo llevaron urgentemente al hospital, quedándose el declarante custodiando la bolsa para dársela a Policía Judicial."

e) Declaración del Guardia Civil con nº de carnet profesional NUM007 , quien manifestó que "una vez que se recibió el aviso del hallazgo en el contenedor se les comisionó a realizar la inspección ocular en el lugar de los hechos y posteriormente al hospital de Alcalá para comprobar el estado de salud del neonato....el lugar de los hechos estaba precintado por patrullas de la Guardia Civil. Se les indicó cuál había sido el contenedor donde se localizó al neonato, que era de residuos orgánicos y se le sindicó la bolsa de la que se había extraído. Hicieron el reportaje fotográfico de todo el lugar y pormenorizado de cada uno de los componentes encontrados en la bolsa donde se encontraba el menor. Todos esos efectos se pasaron a la Policía."

Asimismo, refirió que el contenedor era soterrado, "de grandes dimensiones, pesado, de metal. Esos contenedores se levantan con una grúa. Es imposible acceder a las bolsas sin levantar el contenedor."

Finalmente, indico que junto al bebé "había una biberón con la tetina, mantitas, una bolsa, un pañal y diversos objetos típicos de un neonato. Según relató la patrulla que lo localizó, el bebe estaba en una bolsa de deportes, envuelta en una bolsa de basura que inicialmente estaba anudada y cuando ellos llegaron estaba rota. Hubo que sacar multitud de bolsas antes de sacar al bebé, no puede precisar cuántas".

f) Guardia Civil con nº de carnet profesional NUM008 , quien participó en la detención de la procesada, refiriendo que cuando acudieron al domicilio de ésta, "ella bajó y manifestó que sabía que la estaban buscando, que estaba desesperada con el niño y que lo tenía que abandonar".

g) Declaración testifical de Dimas , esposo de Yolanda , quien tras referir que ésta le ocultó el embarazo enterándose de que había dado a luz el mismo día en que el menor nació, manifestó que el día de los hechos su esposa le llamó por teléfono "y le dijo que no sabía lo que había hecho con el niño. Luego el declarante la llamaba pero no le contestaba".

Asimismo, consta en las actuaciones informe médico forense efectuado por los doctores Bernarda y Herminia en relación a los riesgos que la acción de arrojar al menor de 15 días al contenedor supusieron para la vida e integridad física del menor, quienes concluyeron que los mecanismos o causa de la muerte más probable serían:

"En el interior del contenedor:

Politraumatismo: debido a la precipitación al ser arrojado en el interior del contenedor quedando alojado en un nivel subterráneo. Así mismo, podría sufrir diversos traumatismos tanto contusos como incisos o penetrantes al golpearse durante la precipitación, caer sobre la base del contenedor, en el caso de encontrarse vacío o sobre el material de desecho que pudiera estar alojado en su interior (bolsas de basura, ramas procedentes de la poda que se evidenciaron en la inspección ocular, etc.), así como que cayera sobre él material de desecho.

Golpe de calor: debido a las altas temperaturas que pueden alcanzarse en el interior de un contenedor de estas características a las que se suma el no tener ningún tipo de ventilación y las temperaturas registradas en el día de los hechos.

Asfixia:

Sofocación por confinamiento debido al agotamiento del oxígeno respirable.

Sofocación por oclusión de orificios respiratorios como consecuencia de la ropa hallada en el interior de la bolsa o la propia bolsa.

Sofocación por oclusión intrínseca de las vías respiratorias como consecuencia de la introducción de los tejidos con los que fue arrojado a través de la cavidad bucal, lo que podría haber ocurrido por ejemplo al desencadenarse el reflejo de succión del niño, durante el llanto o al realizar inspiraciones profundas.



Sofocación por compresión toraco-abdominal al caer sobre su cuerpo bolsas de basura arrojadas con posterioridad.

Asfixia posicional al quedar el menor en una postura de la que no puede liberarse y que altera la dinámica respiratoria.

Una vez extraído fuera del contenedor:

Politraumatismo como consecuencia del vaciamiento del contenedor sobre el camión así como la grave destrucción corporal producida por la prensa de basura.

Complicaciones derivadas de las múltiples lesiones y alteraciones fisiológicas descritas anteriormente en caso de no haberse producido un fallecimiento inmediato.

En el caso de no producirse el fallecimiento se debe hacer constar que podrían haberse producido un amplio abanico de lesiones que derivaran en múltiples secuelas de diferente índole.

Por último, cabe reseñar que la falta de alimentación prolongada en un recién nacido provoca además un riesgo de deshidratación/inanición que puede suponer trastornos metabólicos que deriven en secuelas o incluso en el fallecimiento del menor."

En el acto del plenario se ratificaron, en dicho informe las peritos reseñadas, indicando que llegaron a la conclusión de que podía haberse provocado el fallecimiento del menor "por múltiples mecanismos, bien en el interior del contenedor o bien en el exterior, por posibles politraumatismos o mecanismos de asfixia y además cuando se eleva el contenedor sobre el suelo y se deja caer, también puede ocasionar posibles politraumatismos y por supuesto cualquiera de estos mecanismos habría llevado al fallecimiento.....pero en caso de haber encontrado un poco más tarde al menor en el interior del contenedor podría haber dejado grandes secuelas que no se pueden cuantificar porque ese caso no sucedió."

Asimismo, consta inspección ocular que ha sido ratificada en el plenario y reportaje fotográfico, folios 59 y ss., en el que se describen las características del contenedor soterrado en el que la procesada introdujo al menor, que tiene una plancha de metal que debe ser levantada para acceder a la zona donde se depositan los residuos, teniendo unas dimensiones la apertura del contenedor de 50x50 cms aproximadamente, reflejándose también la bolsa de basura en donde fue encontrado el niño en el interior de una bolsa de deportes.

Finalmente, consta en las actuaciones informe biológico de ADN que acredita la maternidad de la acusada respecto al menor y documentación sobre el nacimiento del mismo el día NUM002 de 2015, a las 21.20 horas, en el Hospital del DIRECCION001 de la localidad de DIRECCION000 siendo dado de alta el día 6 de julio de 2015, así como informe efectuado en fecha 31 de julio de 2015 por la médico forense Bernarda que no apreció ninguna enfermedad patológica o trastorno en la acusada por la que pudieran verse afectados sus capacidades cognitivas y/o volitivas, señalando como "la exploración psicopatológica impresiona inicialmente dentro de la normalidad destacando una carencia de resonancia afectiva". Pronunciándose en el mismo sentido el informe de la Clínica Médico Forense realizado por la doctora Bernarda y por Jose Pedro no apreciando en la acusada ninguna alteración psicopatológica que comprometa sus capacidades cognitivas o volitivas. Informes ratificados en el plenario.

Los antecedentes señalados reflejan como la procesada Yolanda el día 15 de julio de 2015, sobre las 6 horas, cogió al bebé que había dado a la luz el día NUM002 de 2015 y lo metió en el interior de una bolsa de deportes junto a varios enseres del mismo, introduciendo todo ello en dos bolsas de basura negras que anudó y llevó al contenedor de basura de restos orgánicos soterrado, sito en la Avenida de los Toreros de la localidad de Mejorada del Campo, arrojando la referida bolsa con el bebé dentro entre más de treinta bolsas de basura, siendo plenamente consciente de que con su acción podría causar la muerte de su hijo.

### C) CALIFICACIÓN JURÍDICA.

TERCERO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de mi delito de asesinato en grado de tentativa del artículo 139.1 del Código Penal y de los artículos 16 y 62 del mismo texto legal .

La alevosía convierte el delito de homicidio en asesinato, se trata pues de un homicidio cualificado en el que el hecho básico es la acción de matar a otra persona, precisando por tanto la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) Una conducta del sujeto activo del delito que haya dirigido al privar de la vida a otra persona.
- b) Un resultado de muerte del sujeto pasivo de la acción.
- c) Una relación de causalidad entre acción y resultado, y



d) Ánimo de matar en el sujeto activo-o animus necandi que concurre tanto en el supuesto de dolo directo como eventual.

Al respecto señalaba la STS 481/97 de 15-41 que dicho dolo comprende no solo el resultado directamente querido o necesariamente unido a él, sino también el representado como probable y sin embargo consentido.

También se ha dicho, STS. 27/5/2004 , que a efectos de evaluar tal clase de intención ha de estarse a las relaciones previas entre agresor y agredido, al comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima, a las características del arma o instrumentos empleados, la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque, la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión y las demás características de ésta, la repetición o reiteración de los golpes, la forma en que finaliza la secuencia agresiva y cualquier otro dato que pueda resultar de interés.

La STS de 23 de noviembre de 1992 señalaba que, "con frecuencia, hay que deducir el ánimo o la intención de matar, que constituye el elemento o base subjetiva del delito del homicidio, mediante una prueba indirecta o indiciaria, a través del correspondiente juicio axiológico o de valor, partiendo del conjunto de circunstancias que hayan rodeado la perpetración del hecho, teniendo en cuenta todos los elementos que ofrezcan alguna luz sobre el secreto fondo de sus pensamientos". La diferencia ha de encontrarse en el tipo subjetivo y para la formación de una convicción sobre el ánimo del sujeto se ha acudido a numerosos criterios de inferencia, tales como la localización de las lesiones, la dirección, número y violencia de los golpes ( STS de 15 de enero de 1990 o 30 de octubre de 1995 , entre otras), los actos anteriores, coetáneos o posteriores a la agresión ( STS de 4 de octubre de 1993 o 14 de enero de 1994 ), las condiciones de tiempo y espacio concurrentes ( STS de 14 de diciembre de 1994 ) o las relaciones entre el autor y la víctima ( STS de 8 de mayo de 1987 ).

Incide la STS de 20-9-2002 (núm. 1511/2002 ), en que "la intención del sujeto activo se extrae a partir de los hechos externos u objetivos y la Jurisprudencia desde siempre ha establecido a título ejemplificativo o abierto toda una serie de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores al hecho a modo de pauta o referencia para deducir la verdadera intención del sujeto, pero ni tienen todas el mismo rango ni se establece que deba concurrir un determinado número de ellas para alcanzar determinada conclusión». Recordando la STS de 21-4-2003 que "la opción por el ánimo de matar excluyendo el propósito de lesionar, debe inducirse de una serie de circunstancias externas y objetivas que permiten adoptar una decisión con bases más sólidas, que la de tratar de internarse en la mente del autor que, casi siempre negará el ánimo homicida refugiándose, como es lógico, en la alternativa más favorable a sus intereses".

En este supuesto la acción de la procesada arrojando a su hijo al interior de un contenedor de restos orgánicos, tipo soterrado metálico, en la forma referida, asumiendo que dicha acción entrañaba un peligro concreto de muerte para el menor y aceptando el resultado, evidencia el "animus necandi" que presidió la acción de la procesada, quien efectuó actos idóneos para causar la muerte, como son el medio empleado tal como se refleja en el informe médico forense, inspección ocular y reportaje fotográfico, reflejando las pruebas practicadas el desenlace fatal que se hubiera producido de no ser porque de forma casual y "milagrosamente" un transeúnte escuchó unos ruidos procedentes del contenedor, activándose seguidamente todas las actuaciones tendentes a su inmediato auxilio.

CUARTO.- Los hechos se perpetraron con alevosía.

La alevosía se encuentra expresamente delimitada en su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, apareciendo como primera de las circunstancias que cualifican el asesinato en el art 139 y siendo definida por la utilización de medios, modos o formas de ejecución que tienen como fin asegurar la realización del delito para que no haya riesgo contra el sujeto activo de hecho, que procediera de la defensa que pudiera hacer el ofendido.

La alevosía se compone de un elemento objetivo integrado por los medios, modos o formas utilizadas por el agente para garantizar la ejecución y otro subjetivo constituido por la decisión de elegirlos, emplearlos y aprovecharlos para suprimir toda posibilidad de defensa de la víctima.

La jurisprudencia ha distinguido tres modalidades de alevosía:

- a) Proditoria o traicionera cuando concurre trampa, asechanza, insidio, emboscada o celada.
- b) Súbita o inopinada, en la que el ataque es sorpresivo, imprevisto fulgurante y repentino.
- c) Desvalimiento, cuando existe un aprovechamiento de una especial situación inicial de desamparo, como acontece en el caso de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves y víctimas ebrias en fase comatosa o letárgica.



El núcleo del concepto de alevosía se halla en una conducta que tiene como contenido la eliminación de las posibilidades de defensa por parte de un sujeto pasivo.

Es necesario que el conocimiento y la voluntad del autor del delito abarque no sólo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues el sujeto ha de querer el homicidio y ha de querer también realizarlo con la concreta indefensión de que se trate, requisito que ha de concurrir en este delito como en cualquier otro de carácter doloso, que aparece recogido en el texto legal con la expresión "tiendan directa y especialmente a asegurarla".

En estos términos se viene manifestando con reiteración la doctrina del Tribunal Supremo, sentencias de: 9-2-89, 19-4-89, 26-10-89, 24-11-89, 23-1-90, 28-2-90, 29-6-90, 22-9-90, 15-10-90, 19-1-91 y 15-4-91, 22-7-91, 18-10-91, 15-2-91, 8-3-94, 10-6-94, 3-2-95, 6-4-95, 18-3-96, 3-3-97, 9-7-97, 2-12-97, 18-6-98, y 21-4-2000, entre otras muchas.

La STS 10 de 2 de 2017 con mención de las SSTS 1890/2001, de 19 de octubre y 178/2001, de 13 de febrero, sitúa el núcleo de la alevosía en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyo origen es indiferente. La concurrencia de alevosía en ataques a niños de corta edad, es por ello pacíficamente proclamada por la jurisprudencia: SSTS 227/2004, de 19 de marzo ( recién nacidos); 459/2013, de 28 de mayo ( bebé de dos meses); 657/2008, de 24 de octubre (niño de tres meses); ó 978/2007, de 5 de noviembre (niño de catorce meses).

En el supuesto contemplado es evidente la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima al encontrarnos con un menor de quince días en una situación por ello de total desvalimiento.

QUINTO.- Los hechos se produjeron en grado de tentativa conforme al artículo 16 del Código Penal, tratándose de una tentativa acabada, debido a que la procesada perpetró todos los actos tendentes a acabar con la vida de la víctima, no produciéndose el fatal desenlace por causas independientes de la voluntad y comportamiento de aquella, por la mera casualidad al percatarse un transeúnte de unos ruidos procedentes del contenedor, que tanto podrían proceder del llanto de un niño como de un animal y gracias a la eficaz y ejemplar actuación de dos transeúntes que intervinieron, agentes de la Policía Local, Guardia Civil, servicios de recogida de residuos y servicios sanitarios.

Al respecto, la STS 81/2006 de 27 de enero recuerda cómo dicha Sala vienen sosteniendo, "que la tentativa será acabada según el grado de ejecución realmente alcanzado, es decir, que cuando uno de los actos realizados hubiera podido producir el resultado... cabe ya hablar de tentativa acabada". Añadiendo, que "en general se estima tentativa acabada cuando el sujeto realizó todos los actos necesarios para ocasionar el resultado mortal" (1421/2004 de 2 de diciembre) o "...el peligro en que se situó la vida de la víctima... fue extremo y quienes lo desencadenaron llevaron a cabo toda la actividad adecuada para perfeccionar el homicidio, tendríamos que añadir desde la perspectiva del dolo eventual que la creación del riesgo fue suficiente para producir el resultado previsto en el tipo".

SEXTO.- Del referido delito responde en concepto de autor ( artículo 28 del Código Penal ) la procesada Yolanda, al realizar directa y voluntariamente los actos que lo integran, tal y como se ha explicado anteriormente.

SÉPTIMO.- Concorre la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal.

El referido precepto penal dispone que "es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente".

Respecto a la circunstancia mixta de parentesco establecida en dicho precepto legal, que grava o atenúa la responsabilidad en atención al delito, la jurisprudencia (TSS de 24 diciembre 1954, 18 jun 1955, 15 sept 1986, 24 mayo 1989, 8 feb 1990, 3 oct 1993, 15 jun 1994, 12 jul 1994 y 14 febrero 1995) ha venido estimando el parentesco como agravante en los delitos contra la integridad física y contra la libertad sexual, y como atenuante en los delitos contra el patrimonio, pero ha entendido que en cada caso había de valorarse si la circunstancia de parentesco determina un mayor o menor reproche o es irrelevante.

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 1574/01 de 14 de noviembre o la 1025/01 de 4 de junio señala: "la regla general, en consecuencia, es que en las agresiones físicas entre parientes debe aplicarse la agravante de parentesco, máxime si existe la relación de convivencia, pues en estos casos concurre el incremento de disvalor de la conducta derivado para los familiares del mayor vigor o entidad del mandato que impide cualquier clase de maltrato, así como el aprovechamiento de la relación para una mayor facilidad en la comisión del hecho y la trasgresión del principio de confianza propio de la relación parental".



El fundamento de la agravación se encuentra en la existencia de un mayor reproche social y ético en la conducta del acusado en atención a la relación personal existente entre el mismo y la persona agraviada.

En el presente supuesto en que la víctima es hijo de la procesada, siendo en el marco de dicha relación en el que se produce el delito de asesinato en grado de tentativa referido, ha de apreciarse la circunstancia de parentesco como agravante dada la naturaleza de dicho ilícito.

OCTAVO.- En relación a las penas a imponer, el artículo 139 del Código Penal prevé una pena para el delito de asesinato de 15 a 25 años, disponiendo el artículo 62 del mismo texto legal que a los autores de tentativa se les impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

A su vez, el artículo 66.1 del Código Penal dispone que "En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observaran, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 3ª. Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito."

En el presente supuesto, teniendo en cuenta la agravante de parentesco, considerando que se trata de una tentativa acabada que puso en gravísimo peligro la vida del menor, así como la brutalidad de la mecánica de los hechos, se fija la pena en 14 años de prisión, extensión con la que ha manifestado su conformidad la defensa (al igual que con el resto de las penas que a continuación describiremos), con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Al respecto, la STS 1188/2010, de 30 de diciembre de 2010, recordando, la STS. 600/2005, señala que "el mayor o menor grado de ejecución del delito no consumado tiene en la Ley sólo una traducción legal en punto a la determinación de la pena, y además relativa. Esto es, desaparecida la anterior distinción entre tentativa y frustración, sólo existe ahora una categoría dogmática, la tentativa, y dentro de ella la posibilidad de bajar la pena en uno o dos grados, atendiendo al grado de desarrollo de la ejecución, sin que en el mismo quepa establecer dos fases o categorías diferentes como antaño ocurría con la tentativa y la frustración, aunque tales conceptos puedan servir como criterios orientativos...". Añadiendo que, como se dijo en la sentencia 798/2006 de 14 de julio; ".....En general, esta Sala se ha hecho eco de la distinción doctrinal entre tentativa acabada y tentativa inacabada. La primera equivaldría a la antigua frustración en la que los actos de ejecución están completados, y la inacabada, aquella en la que no ha existido una ejecución completa. Por ello, la tentativa acabada, exponente de una mayor temibilidad en el sujeto supondría la imposición de la pena inferior en un sólo grado, y la incompleta en dos grados." En el mismo sentido, ATS 1574/2000 de 9 de junio, STS 558/2002, 1296/2002 de 12 de julio, 1326/2003 de 13 de octubre y 409/2004 de 24 de marzo.

NOVENO.- Asimismo, de conformidad con el artículo 5º en relación con el artículo 48 del Código Penal, se impone a la procesada la prohibición de aproximarse al menor, en una distancia inferior a 500 metros, a su domicilio, lugar de estudio o cualquier otro en que se encuentre, así como la prohibición de comunicarse con él por cualquier medio, durante un plazo de 24 años.

DÉCIMO.- Procede conforme a lo solicitado por el Ministerio Fiscal, a lo que se adhirió también la defensa, privar a la procesada Yolanda de la patria potestad respecto a su hijo.

Al respecto, el artículo 55 del Código Penal recoge la posibilidad de la privación de la potestad "cuando estos derechos hubieron tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la Sentencia".

Se trata pues de una facultad discrecional, que habrá de sustentarse en el interés del menor, y además cuando se imponga como pena accesoria ha de tener una relación directa con el delito cometido, no siendo de aplicación automática.

En este sentido, hemos de recordar con la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 13-11-2009, que tal decisión no significa un pronunciamiento de carácter estrictamente punitivo sino que el mismo atiende a una finalidad exclusivamente protectora respecto de los hijos.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2000 ya señalaba que dicha pena precisa para su imposición que tal derecho haya tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la Sentencia esta vinculación. Resultando que en el presente caso la conducta desplegada por la procesada intentando matar a su hijo en la forma expuesta en los hechos probados supone incuestionablemente un grave incumplimiento de los deberes de protección y custodia de los padres que han de cumplir respecto a sus hijos en el ejercicio de la patria potestad.

UNDÉCIMO.- Conforme a lo solicitado por el Ministerio Público, vista la gravedad de los hechos y la extensión de la pena impuesta, teniendo en cuenta este Tribunal razones de prevención general y especial en relación



a los fines que han de inspirar el cumplimiento de la pena, procede acordar el ejecución de la pena de prisión impuesta en España, sin perjuicio de cumplimentar la previsión recogida en el artículo 89.2 del Código Penal referente a la sustitución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando éste acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

DUODÉCIMO.- No procede fijar cantidad alguna en concepto de responsabilidad civil al no haber sido solicitada.

DECIMOTERCERO.- Por lo que se refiere a las costas procede, de conformidad con lo dispuesto en el art. 123 del Código Penal y el art. 240 de la LECRim condenar a la procesada al pago de las mismas.

## FALLO

Debemos condenar y condenamos a la procesada Yolanda , como autora penalmente responsable de un delito de asesinato en grado de tentativa del artículo 139.1 del Código Penal , en relación con los artículos 16 y 62 del mismo texto legal , con la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal , a la pena de 14 años de prisión, así como inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículo 48 y 57 del Código Penal , se impone a la procesada la prohibición de aproximarse al menor, en una distancia inferior a 500 metros, a su domicilio, lugar de estudio o cualquier otro en que se encuentre, así como la prohibición de comunicarse con él por cualquier medio, durante un plazo de 24 años; se priva a la procesada Yolanda de la patria potestad respecto a su hijo Remigio .

Se acuerda la ejecución de la pena de prisión impuesta en España, sin perjuicio de la sustitución del resto de la pena por la expulsión cuando la penada acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

Procede imponer a la procesada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 123 del Código Penal y el art. 240 de la LECRim ., el pago de las costas.

Se decreta el abono, para el cumplimiento de la pena, de todo el tiempo de privación de libertad que ha sufrido por razón de esta causa.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo anunciado ante esta Audiencia, dentro de los cinco días a contar desde el siguiente al de la última notificación.

Así por nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior resolución a 22 de marzo de 2017. Doy fe.