



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

AUDIENCIA PROVINCIAL

CANTABRIA

(Sección Tercera)

Rollo de Sala número: 1075/2015.

SENTENCIA núm. 000006 / 2017

ILMOS. SRES.

Presidente:

D. AGUSTÍN ALONSO ROCA.

Magistrados:

D. JUAN JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA.

D.^a MARÍA-FERNANDA FIGUEROA GRAU.

En Santander, a cuatro de Enero de dos mil diecisiete.

Este Tribunal, constituido por los Ilmos. Sres. Magistrados mencionados al margen, ha visto en grado de apelación la presente causa penal de Procedimiento abreviado, procedente del JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO DOS DE LOS DE SANTANDER, seguido con el número 202/2015, Rollo de Sala número 1075/2015, por delito de abandono temporal de un menor del artículo 230 del Código Penal, con la intervención de Ministerio Fiscal, contra DOÑA en calidad de acusada, representada por



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

el Procurador de los Tribunales doña Virginia Montes Guerra y asistido por el Letrado don Luis-Emilio García Lanza, cuyas demás circunstancias personales ya constan en la Sentencia de instancia.

Es parte apelante en esta alzada DOÑA ... y parte apelada el Ministerio Fiscal, en la representación que ostenta del mismo el Ilmo. Sr. don Enrique Sarabia Montalvo.

Es Ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección Tercera, D. JUAN-JOSÉ GÓMEZ DE LA ESCALERA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la Sentencia de instancia y se añade lo siguiente:

PRIMERO.- En la causa de que el presente Rollo de Apelación dimana, por el **JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO DOS DE LOS DE SANTANDER** se dictó Sentencia en fecha **10 de octubre del año 2015**, cuyo relato de Hechos Probados y Fallo, es del tenor literal siguiente:

«HECHOS PROBADOS: RESULTANDO PROBADO Y ASÍ SE DECLARA: Primero.- Que la acusada ..., mayor de edad, de nacionalidad moldava en situación irregular en España y sin antecedentes penales, sobre las 20 horas del día 8 de agosto de 2013, acudió a la recepción del Hospital Marqués de Valdecilla de Santander, por la entrada de dos de noviembre, dirigiéndose al mostrador de recepción donde depositó una bolsa de deporte manifestando a la empleada que más



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

tarde vendría a por ella, y como quiera que la empelada tenía prohibido recibir y que quedara en depósito cualquier objeto, fue detrás de la acusada con el fin de que la retirara dándola alcance en el Hall antes de salir del centro sanitario, reteniéndola y desplazándose con ella hacia el mostrador donde dado el estado que presentaba la acusada la facilitó una silla de las que disponen los empleados y le facilitó agua a demanda de la acusada.

Segundo.- Seguidamente y mientras la acusada se encontraba sentada detrás del citado mostrador, la empelada oyó según relata como maullidos procedentes de la bolsa que se encontraba cerrada, procediéndola a abrirla y observando en su interior un bebé varón envuelto parcialmente en una manta por lo que da avisó a la Policía y a una unidad del 061 que se persona en el lugar así como una dotación de la Policía Nacional.

Tercero.- Que personados los servicios sanitarios proceden a la atención médica de ambos presentado la acusada únicamente un relleno capilar retrasado (palidez) en tanto que el recién nacido no presenta anomalía alguna aparente emitiéndose parte de urgencia e que se detalla: "Parto hace 1 hora de un niño varón, reactivo, aparentemente sano, Esta pálida y sudorosa. Se procede al traslado a la Residencia Cantabria".

Cuarto.- La acusada ingresa en el servicio de tocoginecología a las 20,15 minutos del citado día presentando a la exploración Parto de aproximadamente una hora, presentando sangrado no activo y un desgarró de grado III que requiere de sutura quirúrgica y la pautación de dos bolsas de hematíes (trasfusión) dado el estado que presentaba.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Quinto.- Que con relación al recién nacido su traslado al servicio de pediatría sin que conste su estado al ingreso ni evolución posterior.

Sexto.- Que durante el ingreso la acusada realizó con los servicios sociales los trámites iniciales para dejar en adopción al recién nacido.

Séptimo.- Que en hora no determinada pero con posterioridad al ingreso de la acusada fue identificada en la Residencia Cantabria que resultó ser la madre de la acusada cuando preguntaba a los trabajadores de la Residencia por una tal que fue la persona que facilitó la verdadera filiación de la acusada pues hasta ese momento se había identificado como

Octavo.- Que la acusada solicitó el alta voluntaria y abandonó el centro sanitario el 9 de agosto constando en cuanto a la situación que presentaba al alta y en referencia a su situación clínica de "Impredecible evolución por parto hace menos de 24 horas".

Noveno.- Que como consta de la documentación de la acusada aportada a las actuaciones la entrada en España de esta se llevó a término en fecha 11-12 de julio de 2013. [...]

FALLO: DEBO CONDENAR Y CONDENO a . . .
como autora penalmente responsable de un delito de ABANDONO TEMPORAL DE UN MENOR (en su modalidad de abandono por los padres tutores o guardadores de hecho) previsto y penado en los artículos 229 1 y 2 y 230 del Código Penal concurriendo la atenuante analógica de estado de necesidad del artículo 21.7 en relación con el artículo 21.1 y en relación con el artículo 20.5 del Código Penal a la pena de NUEVE MESES DE PRISIÓN con la



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

accesoria de Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y sin hacer pronunciamiento alguno en relación con la INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD respecto del hijo menor de edad al haberse dado a este en adopción conforme consta en las actuaciones.

Las costas se imponen expresamente a la condenada».

SEGUNDO.- Por DOÑA . . . se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite en virtud de providencia del Juzgado dictada al efecto, y dado traslado del mismo a las restantes partes, se elevó la causa a esta Audiencia Provincial, Sección Tercera, en la que tras su examen, se ha deliberado y fallado el recurso.

TERCERO.- En la tramitación de este juicio en la alzada se han observado las prescripciones legales excepto la de dictar sentencia en el plazo señalado en el artículo 792.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por acumulación de asuntos pendientes.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se aceptan los de la Sentencia de instancia, anteriormente reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

PRIMERO.- PLANTEAMIENTO. Frente a la Sentencia de instancia se alza en apelación la condenada DOÑA alegando los siguientes motivos de impugnación:

1.º) Error en la valoración de la prueba y conculcación del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución aunque seguidamente expone que "no está discutiendo los hechos considerados probados en la Sentencia, sino que lo que se discute es la calificación jurídica" considerando que los hechos son atípicos;

2.º) Subsidiariamente, que se estime que el delito no se ha consumado al no haberse ejecutado en su integridad sino que tan solo ha alcanzado el grado de tentativa.

3.º) Subsidiariamente, se estime la concurrencia de estado de necesidad.

4.º) Subsidiariamente se estime también la atenuante de dilaciones indebidas.

El Ministerio Fiscal se opuso e impugnó el recurso.

SEGUNDO.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA. La Sala tras examinar detenidamente las actuaciones y visionar la grabación del acto del juicio oral cuyo DVD se acompaña a la causa, llega a la misma conclusión plasmada por el juez de instancia en su Sentencia, la cual debe por ello ser respetada.



Es bien sabido cómo el derecho constitucional a la presunción de inocencia, proclamado en el artículo 24 de la Constitución Española, se desvirtúa mediante la práctica de prueba en el acto del juicio oral. Para que esa prueba pueda desvirtuar aquel derecho es preciso que la misma se haya practicado en el plenario (prueba existente), que la misma no sea nula por haberse obtenido de forma ilícita (prueba lícita) y que la misma sea apta para acreditar aquello que se pretende probar (prueba suficiente). Dicho de otro modo, tal y como recuerda la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2016 con cita de otras muchas, el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que la sentencia condenatoria se fundamente en una prueba de contenido incriminatorio que cumpla con las exigencias de ser:

1.º) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;

2.º) una prueba constitucionalmente obtenida, a través de medios de prueba válidos, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas;

3.º) una prueba legalmente practicada, con respeto a los principios básicos de imparcialidad, contradicción y publicidad, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y,

4.º) una prueba racionalmente valorada, canon de razonabilidad que exige que desde la lógica y las



reglas de la experiencia, los medios de prueba valorados justifiquen como objetivamente aceptable la veracidad del relato en el que se fundamenta la acusación formulada, así como la inexistencia de alternativas fácticas verosímiles y razonables que se acomoden al resultado de la prueba practicada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Siendo esto así, constituye doctrina jurisprudencial reiterada que cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador de instancia en uso de la facultad que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, debe partirse, como principio y por regla general, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el Juez ante el que se ha celebrado el juicio, núcleo del proceso penal y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución Española). Esto es así por cuanto, es el juzgador de instancia y no el órgano de apelación, quien desde su privilegiada y exclusiva posición puede intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse de las personas que en el declaran en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos. Dar más credibilidad a un



testigo que a otro, por ejemplo, forma parte de la esencia misma de la función de juzgar y no supone, desde luego, violación del principio de igualdad, como tiene ya declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 19 de noviembre de 1990 y de 14 de marzo de 1991, entre otras muchas. Por tal razón, y para hacer compatible la libre valoración judicial y el principio de presunción de inocencia es preciso que el Juez motive su decisión (SSTC de 17 de diciembre de 1985, 23 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987 y 2 de julio de 1990, y SSTS Sala 2ª, de 26 de febrero de 2003 y de 29 de enero de 2004 entre otras muchas), de modo que, siempre que el proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, la misma sólo podrá ser rectificada cuando concurren alguno de los supuestos siguientes:

a) que se aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba de tal magnitud que haga necesaria, -empleando criterios objetivos y no interpretaciones discutibles y subjetivas-, una modificación de los hechos declarados probados en la sentencia;

b) que se observe que la decisión se ha basado en pruebas ilícitas o manifiestamente insuficientes;

c) que el relato fáctico es incompleto, incongruente o contradictorio; o,

d) cuando el mismo haya sido claramente desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia.

Ninguna de estas circunstancias concurre en el caso que nos ocupa.



TERCERO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA Y CONSTATACIÓN DE LA COMISIÓN DEL DELITO OBJETO DE CONDENA. Pues bien, expuesta la anterior doctrina y, tras efectuar un minucioso estudio de las actuaciones, la Sala llega al pleno y absoluto convencimiento con el grado de certeza exigible en materia penal, fuera de toda duda razonable, de que tal y como mantiene el juez *a quo* en la Sentencia recurrida, los hechos se han desarrollado en el tiempo, forma y circunstancias expuestos en el relato de hechos probados de la Sentencia recurrida, con las salvedades que luego se expondrán.

A tal efecto, tras un detenido análisis de las pruebas practicadas en el procedimiento no podemos sino concluir que el juzgador de instancia razona coherente y fundadamente los motivos que le han llevado a la convicción de que la ahora apelante **DOÑA** es la autora de los hechos declarados probados en su Sentencia como constitutivos de un delito de abandono temporal de un menor del artículo 230 del Código Penal.

En este sentido, en los Fundamentos jurídicos cuarto a noveno de su Sentencia razona cómo ha llegado a su convicción mediante la prueba testifical y documental practicada que dado que no se discuten por la recurrente los hechos declarados probados sino su calificación no precisa de mayor comentario pese a que, no obstante, el primer motivo de impugnación consiste precisamente en error en la valoración de la prueba.

Conclusiones a las que llega por el minucioso, verosímil y contundente testimonio de los testigos citados que han narrado, como acabamos de decir, de forma coherente y detallada la forma de ocurrir los hechos a que se refiere la Sentencia, que reúne todos los requisitos de coherencia y verosimilitud que permiten



desvirtuar la presunción de inocencia de la acusada DOÑA

Dicho lo anterior, en el presente caso no se aprecia que el Juez a quo haya errado en la valoración de las pruebas practicadas. Por el contrario, puede afirmarse que el juez sentenciador ha efectuado un razonamiento lógico, coherente y debidamente sustentado, en el minucioso, contundente y verosímil testimonio prestado por los testigos ya reseñados y por la documental aportada y que corrobora dicha narración de los testigos, conforme a lo anteriormente razonado.

CUARTO.- GRADO DE EJECUCIÓN DEL DELITO DE ABANDONO TEMPORAL DE UN MENOR DEL ARTÍCULO 230 DEL CÓDIGO PENAL.

Alega la recurrente que los hechos declarados probados no son constitutivos del delito de abandono temporal de un menor del artículo 230 del Código Penal en grado de consumado sino que, en su caso, lo sería en grado de tentativa.

Este motivo de impugnación ha de prosperar.

La STS, Sala 2ª, de lo Penal, núm. 1016/2006, de 25 de octubre, siguiendo la STS 1138/2003, de 12 de septiembre, y refiriéndose al abandono definitivo señala que:

«los elementos de este delito en su modalidad básica definida en sus respectivos párrafos primeros:

1º. Sujeto pasivo ha de ser necesariamente un niño menor de siete años. El CP actual lo amplía a cualquier menor de edad o incapaz. 2º. El sujeto activo aparece definido en los términos "la persona encargada de su guarda". Lo mismo en el CP vigente. 3º. La conducta delictiva se concreta, en ambos códigos, a través de una sola expresión: "el abandono". Ha de existir una conducta



activa u omisiva de dicho sujeto activo en virtud de la cual este abandono le pudiera ser imputado. 4°. El delito ha de ser doloso. Por tanto, es elemento del tipo el dolo, o conocimiento por parte del sujeto activo de que en su comportamiento concurren esos tres elementos objetivos que acabamos de exponer: conocimiento de la edad del menor, conocimiento de que él mismo está encargado de su guarda y conocimiento de que con una conducta suya, activa u omisiva, está ocasionando esa situación de abandono del menor.

Con relación al tipo penal de abandono de menores del art. 229 hemos declarado, por todas STS. 1772/2001, de 4 de octubre, que el tipo penal de abandono de menor de edad es un delito cuyo bien jurídico trata de proteger al menor al que debe dispensarse los cuidados necesarios que requiere y que aparecen relacionados en la legislación protectora sobre el menor, básicamente recogidas en el Código civil y la ley de protección jurídica del menor. La conducta típica consiste en la realización de una conducta, activa u omisiva, provocadora de una situación de desamparo para el menor por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable. La situación de desamparo, concepto normativo del tipo penal, aparece definida en los estudios de protección a la infancia que refieren tal situación, en síntesis, a supuestos en los que el niño quede privado de la necesaria asistencia moral y material, que incidan en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo, a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de los padres o guardadores. El Código civil, en su art. 172, refiere la situación de desamparo a la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

En el presente caso, el hecho se ha cometido en grado de tentativa ya que si bien la acusada ha actuado con dolo no ha llegado a realizar totalmente los elementos del tipo objetivo. En este sentido el artículo 16 del Código Penal define la tentativa de delito señalando que: "Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor".

Es evidente que existe un principio de ejecución que nos permite afirmar que estamos ante una tentativa de delito ya que los actos que la integran eran por sí peligrosos, entendida dicha peligrosidad como adecuación ex ante de la acción en relación con el resultado perseguido. En este sentido STS, Sala 2ª, núm. 905/2014, de 29 de diciembre «deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, "objetivamente" valorados "ex ante" y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro). Se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción incardinada en la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto (STS 899/2012, de 2 de noviembre, y las sentencias que en ella se citan). La concepción contraria equivaldría prácticamente a la despenalización de la tentativa, opción, expresamente rechazada por el Legislador de 1995, pues desde una perspectiva "ex post" toda tentativa implica, en cierto modo, un error del autor sobre la idoneidad de su acción. En todos los supuestos de tentativa, vistos "a posteriori", concurre algún factor ajeno a la voluntad del actor que ha impedido el resultado, es decir que ha hecho inidónea la acción, aunque objetivamente y desde una perspectiva abstracta y general, la acción era apta para producir el resultado deseado».



A esta decisión se llega tras un minucioso análisis de la cuestión planteada en el presente recurso, al tratarse, aunque es una cuestión muy discutida, de un delito de mera actividad, en que es muy difícil apreciar las formas imperfectas de ejecución del delito tal y como ha tenido ocasión de señalar la Jurisprudencia. Sin embargo, no hay que olvidar tampoco como en ocasiones ha sido reconocida expresamente como en la STS de 10 de febrero de 1997. En este sentido, como señala las sentencias que mayoritariamente han venido a negar la realización imperfecta de los delitos de mera actividad lo han hecho con relación a tipos, como el de tráfico de drogas o el delito de inmigración ilegal del artículo 313.1 en el que las formas típicas son muy amplias, hasta el punto que se consideran consumados ambos delitos atendiendo a la letra de la ley ante actos que si no estuvieran expresamente tipificados no serían siquiera actos ejecutivos.

Pues bien, en el presente supuesto, como ya hemos dicho, aunque la acusada no llegó a realizar totalmente los elementos del tipo objetivo existe un innegable principio de ejecución del delito al depositar la bolsa con el niño en el mostrador del Hospital Valdecilla pero volver a dicho mostrador con anterioridad a que el mismo llorase que puede entenderse como signo indicativo de que el niño no se encontraba totalmente desasistido. Estas particulares circunstancias nos permiten afirmar que estamos ante una tentativa de delito ya que es innegable que los actos que integran la acción ejecutada por la acusada eran por si peligrosos, entendida dicha peligrosidad en la forma anteriormente expuesta.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

La estimación de este motivo obliga a la Sala a revisar la pena impuesta.

En cuanto a la individualización de la pena, atendidas la naturaleza de los hechos, las circunstancias concurrentes y lo dispuesto en el artículo 15 y 16 del Código Penal, al haberse cometido en grado de tentativa, procede imponer la pena del delito de abandono temporal de un menor castigado con prisión de nueve meses a un año, cinco meses y veintinueve días reducida en un grado conforme a lo dispuesto en el artículo 16.1 «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor» en relación con el 62 del Código Penal «A los autores de tentativa de delito se les impondrá 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».

Asimismo, al concurrir una circunstancia atenuante ya contemplada por el juzgador a quo, procede imponer la pena correspondiente en su mitad inferior conforme a lo dispuesto en el artículo 66.1.1ª del Código Penal:

«1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.ª Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes».



En consecuencia, resulta de aplicación la pena del delito de abandono temporal de un menor, ya definido, castigado con prisión de nueve meses a un año, cinco meses y veintinueve días (al aplicarse la pena inferior en grado de la prevista en el artículo 229.2 CP de 18 meses a 3 años para el delito de abandono definitivo) reducida en un grado al tratarse de tentativa, es decir, pena de cuatro meses y quince días a ocho meses y veintinueve días y aplicada en su mitad inferior al concurrir una circunstancia atenuante que, convenientemente individualizada, la Sala estima proporcional a la gravedad de los hechos y a las circunstancias concurrentes, aplicarla en el mínimo legal, y, en su virtud, procede imponer a la acusada la pena de **CUATRO MESES Y QUINCE DÍAS DE PRISIÓN** y las accesorias correspondientes.

QUINTO.- SOBRE LA NO CONCURRENCIA DE UN SUPUESTO DE ESTADO DE NECESIDAD. Este motivo de impugnación no puede prosperar por los mismos argumentos expuestos por el juzgador *a quo* en su resolución. En efecto, consta acreditado en la causa por el sello de entrada en su pasaporte que la acusada llegó al espacio común europeo en fecha 11 de julio de 2013, en tanto que los hechos objeto de esta causa acaecieron en fecha 8 de agosto de 2013, es decir, casi un mes después de su llegada a España. Tampoco se ajusta a la realidad la situación de soledad y desamparo que se esgrime como justificación de la acción y ello por cuanto también queda acreditado que la acusada no se encontraba en la situación de soledad alegada pues se encontraba en España con anterioridad su madre. Circunstancia ésta acreditada por cuanto fue identificada en la Residencia preguntando por la acusada



después de materializados los hechos y cuya documentación consta aportada las actuaciones por fotocopia, es decir, la situación de soledad o desamparo que se alega no consta acreditada. Tampoco puede acogerse el recurso al desamparo y la afirmación sostenida de que el parto se produjo en la calle, pues como razona el juzgador no se ajusta a la realidad tal y como declaró en instrucción aunque luego se retractara en el plenario de que había dado a luz en una casa. Finalmente tampoco puede acogerse la afirmación en que se funda el pretendido concurso de la eximente alegada de desconocer los medios con los que puede constar en el país de destino, pues tal afirmación carece de fundamento por una parte por cuanto la madre de la acusada se encontraba en residiendo en España desde tiempo antes y no podía ignorar la existencia de los medios de auxilio social aun cuando se encontrara en situación irregular, de ahí que la conclusión que debe alcanzarse es la de que la acción que ahora se enjuicia únicamente pretendía salvaguardar su situación en España y no descubrir la existencia de una situación de irregularidad que podía motivar la expulsión del país. En este sentido hay que tener en consideración que durante la hospitalización de la acusada facilitó identidades falsas y solo hasta que fue identificada la madre no se pudo conocer la verdadera identidad de la acusada ante la posición absolutamente contraria a facilitar domicilio e identidad y solo cuando declaró a presencia judicial dio como domicilio el de su madre.

A partir de estos elementos debe determinarse la concurrencia o la ausencia en el caso de autos de los requisitos que conforman la eximente cuya concurrencia se sostiene por la recurrente. Reiterados y numerosos precedentes jurisprudenciales han establecido que la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre



distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone, dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva, con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual.

De estos elementos merecen destacarse dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad. Respecto de la proporcionalidad del mal causado se ha establecido por la jurisprudencia (STS 8 octubre 1996 [RJ 1996\7136]) que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades.

En el presente caso el mal a evitar no era otro que la situación de grave penuria y residencia irregular en que se encontraba la acusada, con directa repercusión sobre su hijo recién nacido, pero no cabe duda alguna que el abandono del menor en las condiciones en que esta se materializó no tiene posibilidad de comparación con una situación irregular o un estado de penuria económica al existir recursos sociales para evitar el daño que la escasez de recursos puede comportar. La desproporción entre los intereses enfrentados en el caso de autos se muestra tan evidente y abrumadora que no precisa de



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

mayores comentarios para poner de manifiesto la primacía que ha de otorgarse a la salud del menor y a los deberes de amparo y asistencia sobre una particular situación de dificultad económica como la que se ha descrito, que en ningún caso permitiría justificar una agresión a la salud de del menor y a los deberes de guarda custodia y amparo de éste y más en sus primeras horas de vida las de mayor riesgo para el mismo.

Por lo que al elemento de la «necesidad» se refiere, ya se ha apuntado antes que la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito. En el caso presente no se han aportado datos a los ya consignados que permitieran establecer un concreto perfil del mal que se cernía sobre la acusada. Podría argumentarse que es suficiente para describir la penuria económica de ésta la carencia de medios de subsistencia. A partir de este dato no será difícil hacerse una idea de la situación, pero la Ley exige la concreción de la misma que permita calificarla como de mal actual, inminente y grave, pues no es lo mismo concebir el dato como una excusa o coartada moral que cada persona individualmente pueda apreciar para justificar el delito cometido, que determinar si aquélla cumple las exigencias que el legislador -cuya voluntad, por ser la colectiva, debe primar sobre las consideraciones individuales- ha establecido para la apreciación del estado de necesidad por los Tribunales. En todo caso, es de significar que, aparte de ello, se obvia por la recurrente cualquier



mención a los eventuales medios alternativos de solidaridad y sociales que hubiera podido utilizar la acusada para la evitación de la señalada situación, y sobre el resultado de los mismos, lo cual dificulta todavía más la consideración del medio delictivo como «necesario» .

No concurre, pues, el requisito de la «proporcionalidad del mal causado» (art. 21.5 del Código Penal), ni tampoco ha quedado acreditada suficientemente la «necesidad» de acudir al delito para evitar el problema económico difícil que se describe.

Por último, no puede olvidarse que el juzgador a quo estimó concurrente la atenuante analógica de estado de necesidad.

SEXTO.- SOBRE LA NO CONCURRENCIA DE LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS. Se alega la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21-6º del Código Penal sin precisar los plazos de paralización o las diligencias inútiles que hayan podido demorar el procedimiento.

Es sabido cómo la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, por ejemplo, Sentencias de fechas 8/3/13 y 21/2/13, exige que se especifiquen por el que la alega los plazos de paralización que considera injustificados o las diligencias que entiende inútiles, aunque no exija que el acusado promueva la agilidad del proceso, es decir, no se exige que haya actuado para evitar la existencia o permanencia de las dilaciones, pero sí exige que la paralización o retraso no le sea imputable.



A tal efecto, no es suficiente invocar de manera genérica la existencia de dilaciones con la sola indicación de las fechas que marcan el comienzo y la conclusión del proceso. El acusado tiene la obligación de especificar dónde se encuentran los periodos de inactividad judicial, señalando los datos oportunos en las actuaciones a fin de que se pueda verificar si las concretas demoras denunciadas existen realmente, si son relevantes hasta el punto de quebrantar el derecho constitucional invocado, y si tales dilaciones son injustificadas e imputables a los órganos judiciales o, por el contrario, tienen su razón de ser en causas ajenas a la actividad jurisdiccional o, incluso, imputables al mismo acusado. La falta de datos concretos que permitan a esta Sala comprobar la realidad de las supuestas injustificadas dilaciones, es motivo suficiente para rechazar el reproche [STS 1185/03, 17-9; 163/05, 10-2; 1445/05, 2-12; 1589/05, 20-12; 22/06, 23-1, 14-2; 702/06, 3-7; 705/06, 28-6; 1051/06, 30-10; 28/07, 23-1; 79/07, 7-2; 95/07, 15-2; 740/08, 18-11; 892/08, 26-12; 40/09, 28-1; 883/09, 10-9; 1057/09, 23-10; 1256/09, 3-12; 1394/09, 25-1]. Es decir, que, quien reivindica la apreciación de esa atenuante ha de precisar en qué momentos o secuencias del proceso se han producido paralizaciones que deban reputarse indebidas [STS 627/13, 18-7].

La "dilación indebida" es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta: a) prestacional, como derecho a que



los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable, y, b) reaccional, traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el reclamante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SsTC N°s 237/2001, 177/2004 y 153/2005; y SsTS de 26-12-2008, 28-1-2009, 3-3-2009 y 7-3-2010, por citar algunas). Como recuerda el reciente Auto del Tribunal Supremo de fecha 9 de abril de 2015, con cita de la STS 32/2004 de 22 de enero, siguiendo el criterio interpretativo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en torno al artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», los factores que han de tenerse en cuenta son los siguientes: a) la complejidad del proceso, b) los márgenes ordinarios de duración de los autos de la misma naturaleza en igual período temporal, c) el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, d) su conducta procesal, y, e) la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

En este sentido, en la reciente STS núm. 400/2016, de 11 mayo, se reitera cómo «En la STS 446/2015, 6 de julio (RJ 2015, 3237), con cita de la STC 54/2014, 10 de abril (RTC 2014, 54), decíamos que para determinar si nos encontramos o no ante una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) hemos de acudir a las pautas que nos ofrece nuestra doctrina, conforme a la cual este derecho está configurado como un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, por cuanto «no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando» (STC 153/2005, de 6 de junio (RTC 2005, 153), FJ 2). En la STC 178/2007, de 23 de julio (RTC 2007, 178), FJ 2, recogiendo jurisprudencia anterior, subrayábamos que la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en «un tiempo razonable»), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el artículo 24.2 CE, afirmábamos que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades (en los mismos términos, las SSTC 38/2008, de 25 de febrero (RTC 2008, 38), FJ 2; 93/2008 (RTC 2008, 93), FJ 2; 94/2008 (RTC 2008, 94), FJ 2, y 142/2010 (RTC 2010, 142), FJ 3, entre otras)».

Todo esto obliga al examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, y las que en ellas se citan). En definitiva, se precisa algo más que la medición de la duración total del proceso, como las paralizaciones o inactividades injustificadas, si es que existieron, sobre las cuales es posible valorar lo indebido de la dilación para concederle efecto atenuatorio [STS 1367/09, 28-12].

En el presente caso no consta dilación alguna toda vez que el procedimiento se inició por Auto de fecha 13 de agosto de 2013 -y sin ánimo de exhaustividad y señalando solamente diligencias practicadas en menos de seis meses- consta como prestó declaración la ahora acusada el 9 de octubre de 2013, se practicó testifical el 22 de enero de 2014, se dictó Auto de prosecución el 15 de julio de 2014, Auto que no pudo notificarse a la recurrente pese a varios intentos por ser desconocida en el domicilio indicado hasta el día 3 de diciembre de 2014, Auto de apertura



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

el 20 de abril de 2015, Auto de admisión de prueba el 20 de agosto de 2015, se celebró el juicio el 8 de octubre de 2015 y se dictó Sentencia con fecha 10 de octubre de 2015

Además ninguno de esos actos o diligencias pueden considerarse objetivamente inútiles al haberse practicado en un plazo que no puede considerarse excesivo, extraordinario o indebido.

SÉPTIMO.- Las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han de ser declaradas de oficio, a la vista de la estimación del recurso.

Por cuanto antecede, VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **ESTIMANDO** parcialmente el recurso de apelación interpuesto por DOÑA : , contra la Sentencia de fecha 10 de octubre del año 2015 dictada por el **JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO DOS DE LOS DE SANTANDER**, en los autos de Procedimiento abreviado seguidos con el número 202/2015, a que se contrae el presente Rollo de Apelación, debemos **revocar** y **revocamos** parcialmente la misma en el sentido de que el delito de abandono temporal de un menor del artículo



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

230 del Código Penal se ha cometido en grado de tentativa por lo que procede imponer la pena de prisión de cuatro meses y quince días, declarando de oficio tanto las costas causadas en la alzada, como las causadas en la instancia.

Con testimonio de esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

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

E/

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Magistrado que la firma, estando celebrando Audiencia Pública, el mismo día de su fecha.
DOY FE.