



Roj: **SAP Z 673/2016 - ECLI:ES:APZ:2016:673**

Id Cendoj: **50297370012016100076**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **23/06/2016**

Nº de Recurso: **21/2015**

Nº de Resolución: **187/2016**

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

Ponente: **JUAN ALBERTO BELLOCH JULBE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP Z 673/2016,**
STS 455/2017

SENTENCIA NÚM. 187/2016187/2016

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

ILMOS. SEÑORES PRESIDENTE

D. JUAN ALBERTO BELLOCH JULBE

MAGISTRADOS

D. FCO JAVIER CANTERO ARÍZTEGUI

D. ^a ESPERANZA DE PEDRO BONET

EN LA CIUDAD DE ZARAGOZA, A VEINTITRÉS DE **JUNIO** DE DOS MIL DIECISÉIS.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial, constituida por los Ilmos. Señores que al margen se expresan, ha visto en juicio oral y público la presente causa, Sumario Ordinario núm. 1/2015, Rollo 21/2015, procedente del Juzgado de Instrucción número 3 de Zaragoza por tres delitos de asesinato, uno de ellos en grado de tentativa, contra la procesada Clara ., nacida en Bercone (Marruecos), el día NUM000 de 1985, domiciliada en Zaragoza, de estado casada, sin antecedentes penales, insolvente, privada de libertad en calidad de detenida los días 1 y 2 de diciembre de 2014 y en prisión provisional por esta causa desde el día 3 de diciembre de 2014, representada por la Procuradora D. ^a María Belén López López y defendida por los Letrados D. Pedro Pascual Langa y D. Eladio José Mateo Ayala. Siendo parte acusadora el MINISTERIO FISCAL y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN ALBERTO BELLOCH JULBE, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- A virtud del correspondiente atestado, se instruyó por el Juzgado de Instrucción número 3 de Zaragoza el presente sumario, en el que fue procesada Clara ., siendo declarado concluso el Sumario por Auto de fecha 10-11-2015.

SEGUNDO.- Formado el oportuno Rollo de Sala, y elevado el Sumario a esta Audiencia Provincial, tras los trámites procedentes se decretó la apertura del juicio oral contra la citada procesada, y evacuado el trámite de calificación por todas las partes, se señaló la vista oral, que ha tenido lugar los días 13 y 14 de **junio** de 2016.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, ha calificado los hechos de autos como constitutivos de dos delitos consumados de asesinato (art. 139.1º del C.P .) y de un delito de asesinato en grado de tentativa (art. 139.1 º, 15 y 16 del C.P .), estimando como responsable de los mismos en concepto de autora a la procesada, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de parentesco, considerada como agravante, del art. **23** del C.P .; y pidió se le impusiera las penas de: por cada



uno de los delitos consumados, 20 años de prisión, accesorias de inhabilitación absoluta y especial para el ejercicio de la patria potestad durante el tiempo de la condena; y por la tentativa, la pena de 15 años de prisión y con la misma inhabilitación absoluta y especial, y al pago de las costas procesales.

CUARTO.- La defensa de la procesada, en igual trámite, alegó que procedía la libre absolución y, alternativamente, y para el caso de que por parte de la Ilma. Sala se apreciase algún tipo de responsabilidad penal, se modifican las conclusiones (ex art. 733 LECrim .) proponiendo las siguientes alternativas:

A) En relación a las menores, 1.ª y 3.ª en lugar de dos delitos de asesinato, dos delitos de homicidio doloso (art. 138 C.P .), concurriendo las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: 1) agravantes: de abuso de superioridad (art. 21.2ª C.P .) y de parentesco (art. 23 C.P .); 2) atenuantes: analógica, simple o muy cualificada a la de reparación del daño (21.5ª en relación a la 21.7ª). Solicitando, habida cuenta de la existencia de un fundamento de atenuación (ex art. 66.7 C.P .) 5 años y 1 día de prisión.

También, alternativamente, error de prohibición (art. 14.3 C.P .) como invencible o alternativamente, como vencible, en sus modalidades de culturalmente condicionado o indirecto.

Si se entendiera el error de prohibición como invencible: exención de responsabilidad penal.

Si se aprecia el error de prohibición como vencible: Si se baja la pena en dos grados: 2 años 6 meses y 1 día de prisión; si se baja la pena en un grado: 5 años y 1 día de prisión.

También, alternativamente, interpretación extensiva del desistimiento eficaz en la tentativa (art. 16.2 C.P .). Por tanto, exención de la responsabilidad penal.

Alternativamente, dos homicidios por imprudencia (art. 142.1 C.P .), con la pena de 1 año y 1 día de prisión; o, alternativamente, dos faltas de imprudencia (art. 621.2 C.P .) 90 días de multa, a razón de 6 €/día. B) En relación a la menor, 2.ª:

Alternativamente, desistimiento eficaz en la tentativa (art. 16.2 C.P .), por tanto, exención de responsabilidad penal.

Alternativamente, tentativa del homicidio doloso (art. 138 C.P . en relación al artículo 16 C.P .).

Concurrirían las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: Agravantes de abuso de superioridad (art. 21.2ª C.P .) y de parentesco (art. 23 C.P .); Atenuantes: analógica, simple o muy cualificada a la de reparación del daño (21.5ª en relación a la 21.7ª).

Por tanto, en relación a la tentativa si se bajara la pena de prisión en 1 grado (ex art. 62 C.P .): 5 años y 1 día de prisión; si se apreciase por parte de la Ilma. Sala un fundamento de atenuación (ex art. 66.7 C.P .), la pena de prisión sería de 2 años 6 meses y 1 día. Y en relación a la tentativa, si se bajara la pena en dos grados (ex art. 62 C.P .): 2 años, 6 meses y 1 día; para el caso de que por parte de la Ilma. Sala se apreciase un fundamento de atenuación (ex art. 66.7 C.P .), la pena de prisión sería de 1 año, 3 meses y 1 día.

También, alternativamente, error de prohibición (art.14.3 C.P .) como invencible ó, alternativamente, como vencible.

Si se aprecia el error de prohibición como invencible: exención de responsabilidad penal.

Si se aprecia el error de prohibición como vencible: Si se baja la pena en dos grados: 2 años, 6 meses y 1 día de prisión. Y si se baja la pena en un grado: 5 años y 1 día de prisión.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- D.ª Clara ., procesada en esta causa, nació en Bercone (Marruecos) y contrajo matrimonio en España con D. Patricio . y tiene su domicilio en Zaragoza. Nació el día NUM000 de 1985. Fruto de tal matrimonio nacieron tres hijas.

A) La primera, nació el día NUM001 de 2011. Durante su corta vida padeció ingresos hospitalarios, siempre con un parecido cuadro clínico. Estuvo ingresada, en efecto, desde el 31 de Mayo hasta el 10 de **Junio** de 2011, y desde el 13 de **junio** al día 17 del mismo mes y año. El día 28 de Julio de 2011, tras un nuevo episodio, falleció. En aquel momento, probablemente como consecuencia de la falta de antecedentes que pudieran advertir de lo ocurrido, el médico forense estimó que existía una causa natural de la muerte, lo que excluía una muerte violenta. Ese dictamen y otras circunstancias de menor entidad, determinaron que no se recomendara por el Médico-Forense, ni se acordara por el Juez la práctica de una autopsia judicial. Por idénticas razones, el Juez instructor (folio 1169) acordó, por Auto de 20-1-2012, el Sobreseimiento Libre y el archivo de las actuaciones.



B) La segunda de las hijas, nació el NUM002 de 2013 y tuvo también varios ingresos hospitalarios, con parecidos síntomas y con un cuadro clínico ("acidosis láctica") semejante al de su hermana (1.ª). En concreto estuvo ingresada desde el 14 de marzo de 2013 hasta el 25 del mismo mes y año. Volvió a estar ingresada desde el 26 de marzo hasta el 27 de mayo, también del propio año. Durante este segundo ingreso -en concreto, el 7 de abril- sufrió un nuevo episodio grave, que determinó su ingreso en la UCI de pediatría, desde cuya unidad volvió a la planta, una vez superado el episodio. Ante la similitud de tales episodios, con los padecidos por su primera (1.ª) hermana -ya fallecida-, tanto los médicos que atendían a la segunda hermana (2.ª), como la propia policía, solicitaron de la autoridad judicial (ante la posibilidad de que la madre -la hoy procesada- padeciera un síndrome de Munchhausen) autorización para instalar un sistema de video-vigilancia, autorización que concedía el Juez por Auto de 26 de abril de 2013 (folio 1165). Por escrito de 20 de mayo de 2013 se remite al Juzgado un informe sobre el resultado de la video-vigilancia, cuyo contenido, esperable en una madre, esto es, actuando en todo momento de una manera correcta y satisfactoria en sus relaciones y contactos con su hija (2.ª). A la vista de tal informe se solicitó (por la propia policía) el cese de la video-vigilancia, lo que se acordó por el Juez. Con los datos existentes hasta ese momento, el Juez dictó, con fecha 23 de mayo de 2013 -folio 1175-, Auto por el que se decretó el sobreseimiento provisional de las actuaciones. Cuatro días después -el 27 de mayo- la autoridad competente de la DGA declara a la segunda hija 2.ª) "en situación de desamparo", apartándola de la custodia de la madre, situación que continúa hasta el 17 de julio de 2013, manifestándose en este período de tiempo la angustia y tristeza de la madre por tal separación. Desde tal fecha, la niña (2.ª) fue devuelta a sus padres, permaneciendo así hasta la reapertura de las diligencias penales y posterior prisión acordada de la madre, hoy procesada, a raíz del fallecimiento de la tercera de las hijas (3.ª), ocurrido entre las ocho y las diez horas del día 21 de noviembre de 2014. Es de señalar que, en todo el período de tiempo transcurrido entre una y otra fecha, la segunda hija (2.ª) no volvió a sufrir ningún cuadro clínico análogo a los que, hasta entonces, padeció.

C) La tercera de las hijas, nació el NUM003 de 2014 y tuvo un primer ingreso hospitalario (con un cuadro clínico muy semejante al sufrido por sus dos hermanas) desde el 16 al 29 de octubre de 2014.

Entre las 8 y las 10 horas del día 21 de noviembre de 2014, la acusada estando en su domicilio, decidió, por motivos no esclarecidos, poner fin a la vida de su hija tercera (3.ª), consiguiendo su propósito, mientras la amamantaba, por el mecanismo de taponarle la boca y la nariz con el pecho, comprimiendo a la vez el tórax de la niña, impidiendo la respiración del bebé y su reacción natural de soltar el pecho ante la falta de oxígeno. Tal acción produjo la muerte por sofocación de la tercera niña (3.ª) de forma rápida.

Cuando la niña llevaba más de una hora muerta, fue llevada al centro de salud cercado al domicilio, donde le realizaron las maniobras de reanimación, que no ocasionaron marca o señal alguna en su cuerpo, pues la niña ya había fallecido.

SEGUNDO.- La procesada tiene rasgos compatibles con la normalidad, y no sufría, al tiempo de los autos, depresión post-parto ni otras psicopatías. Se trata de una personalidad con rasgos obsesivos y de control, pasivo-agresivos y de frialdad afectiva. La procesada no padece ninguna enfermedad mental, ni tiene merma alguna en su capacidad cognitiva ni volitiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En relación al párrafo A) del Primero de los hechos declarados probados (esto es, la muerte de la primera hija (1.ª) no consta acreditado que se trate de una muerte violenta. Es cierto que existen datos o elementos incriminatorios (proporcionados fundamentalmente por el personal sanitario que la atendió) tales como la práctica identidad del cuadro clínico que presentaron las niñas en los sucesivos episodios de crisis, la rapidez con que remitían los síntomas; la práctica inexistencia de tratamiento o su enorme simplicidad -oxígeno, suero, bicarbonato...-; el que, en ningún caso quedaran secuelas o la propia actitud de la madre que (salvo en el caso de la segunda niña (2.ª)) era excesivamente serena y tranquila ante las situaciones de crisis. Son elementos incriminatorios que tienen capacidad para formarse un juicio de posibilidad y hasta de probabilidad razonable sobre la eventual participación de la procesada en una (también eventual) muerte violenta de la primera (1.ª) y, desde luego, suficientes para dictar el Auto de Procesamiento y para imponer la medida cautelar de la prisión preventiva. Sin embargo, tales datos o elementos incriminatorios son insuficientes para que este Tribunal pueda formarse el necesario juicio de certeza sobre la que basar un pronunciamiento condenatorio.

En efecto, en el caso de la primera niña (1.ª) las dudas surgen -especialmente- a raíz del Informe Médico-forense (dictado en las D.P. NUM004, folio 2015) que fija una causa de muerte, bien distinta a la indicada para su hermana (3.ª), al que luego nos referiremos; concretamente el dictamen forense entiende que estamos en presencia de una muerte natural producida por "HIPERLACTACIDEMIA con fallo encimático y acidosis



metabólica última...". Como consecuencia de tal informe no solicita la autopsia judicial (por considerarla innecesaria). Tampoco lo hizo el Ministerio Fiscal, ni lo ordenó el Juez de Instrucción. Por el contrario, con fecha 20-1-2012 (Tomo III, Folio 1164) dicta Auto de sobreseimiento libre, en las actuaciones incoadas a raíz de la muerte de la primera (1.ª); auto que devino firme. Es evidente, por tanto, que el referido informe pericial, no solo siembra dudas sobre la existencia o no de una muerte violenta, sino que fue decisivo a la hora de que el Juez de Instrucción dictase el referido Auto de sobreseimiento libre. Llegados a este punto, conviene recordar que el sobreseimiento libre produce el efecto de "cosa juzgada" de manera análoga a la que produce una sentencia absolutoria.

Digamos, por último, que las dudas sembradas por el informe médico-forense se potencian por no existir tampoco coincidencia en los diagnósticos emitidos por los médicos que sucesivamente atendieron a la primera (1.ª). Así, el informe de alta en pediatría del 3-5-2011 (folio 884) diagnosticó "edema de coanas y dificultad respiratoria alta". El informe de urgencias de 27-5-2011 (folio 902) diagnostica "Gastroenteritis aguda". El informe de alta de pediatría del 10-6-2011 (folio 905) habla de "Acidosis metabólica, hiperglucemia...". Los informes de urgencias y de alta de pediatría (folios 974 y 1004) de fechas 13-6-2011 y 2-6-2011 coinciden en afirmar como diagnóstico el de "acidosis metabólica..."; pluralidad y diversidad de informes y de criterios que, acumulativamente, siembran la duda sobre la verdadera etiología de la muerte de la primera (1ª).

A la vista de todo lo anterior, le parece evidente a este Tribunal (más allá incluso de los efectos del Auto de sobreseimiento libre) que el principio "in dubio pro reo" le impide a este Tribunal atender la pretensión acusatoria del Ministerio Fiscal y le obliga, por contra, a dictar un pronunciamiento absolutorio de la procesada por el presunto delito de asesinato de su hija (1.ª).

SEGUNDO.- En relación al párrafo B) del Primero de los hechos declarados probados (esto es, la supuesta tentativa de asesinato de la segunda (2.ª)) no consta acreditado que las sucesivas crisis que padeció la niña se correspondiesen a sucesivos intentos de causarle la muerte por parte de su madre, la procesada. Es cierto que, como en el caso de la primera (1.ª), existen indicios que justifican el procesamiento de Clara .. En concreto los indicados en el párrafo anterior sobre cuadro clínico, diagnóstico, curación casi sin tratamiento, recuperación rápida y sin dejar secuelas (dicho sea sintéticamente), pero, en verdad, tampoco en este caso se ha logrado formar la convicción judicial, por cuanto existen dudas de entidad suficiente como para ser de aplicación el axioma "in dubio pro reo". En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, ante el riesgo de padecer la procesada el síndrome de Munchhausen, se solicitó por la policía y por los médicos que le asistieron que se concediera autorización judicial (que se obtuvo) para instalar en su cuarto del Hospital un sistema de video-vigilancia que permitiera observar el comportamiento de la madre (la procesada) para con su hija (2.ª), cuando estuvieran solas. Parece razonable entender que en tales momentos la procesada, ignorando que estaba siendo vigilada, habría podido perpetrar su designio homicida, si es que lo hubiera tenido. Pues bien, tras un período de tiempo prudencia, la única conclusión a la que se llegó es comprobar como la procesada se comportaba con su hija con el cariño y la atención propia de una madre, lo que se tradujo en que la propia policía solicitara del Juzgado de Instrucción la cesación de tal vigilancia, lo que, en efecto, acordó el Juzgado. En segundo lugar, consta, asimismo, la preocupación y angustia que tuvo la procesada (a diferencia de lo ocurrido con las otras dos hijas) cuando, como consecuencia de la prisión acordada y como consecuencia del propio procedimiento, se vio privada de ver y atender a su hija. En tercer lugar, debe tenerse en cuenta, también, que desde la fecha en que la Administración Autonómica devolvió la custodia de la segunda (2.ª) a sus padres, transcurrió un largo período de tiempo (en concreto, hasta su ingreso en prisión), período a todo lo largo del cual no se volvió a repetir ninguna crisis ni, en consecuencia, ningún ingreso hospitalario, gozando la niña de buena salud. Debe citarse, asimismo, el Informe médico-forense de 19 de abril de 2013 (Tomo III, folios 1137 y sigs.) en el que se reconoce la complejidad del asunto y que, por ello, no puede establecerse en esta fase y sin una serie de informes previos "con certeza la etiología de los episodios de acidosis láctica". Son datos que analizados individualmente y luego de manera conjunta han sembrado de manera eficaz dudas en el ánimo del juzgador.

En el caso analizado (2.ª) como en el analizado en el párrafo anterior (1.ª) estamos en un supuesto en que los elementos incriminatorios existen y tienen la virtualidad de poder formar un juicio de posibilidad o incluso de probabilidad razonable (lo que es suficiente para dictar Auto de procesamiento y de prisión cautelar), pero, al propio tiempo, dados los factores analizados, no cabe formarse un "juicio de certeza" que se requiere para dictar un pronunciamiento condenatorio. O, dicho de otra forma, no puede afirmarse "más allá de toda duda razonable" que la procesada intentara acabar con la vida de su segunda hija (2.ª) y, en consecuencia, procede absolver a la procesada del delito de tentativa de asesinato que le imputaba el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- De la prueba practicada se infiere que la muerte de la tercera (3ª) fue una muerte violenta y que la causante de la misma fue su madre, la hoy procesada. Veamos con más detalle la prueba practicada que, entiende, esta Sala, es capaz de desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia de la



procesada Clara . En primer lugar, es significativo señalar (informes y declaraciones efectuadas por el personal sanitario que asistió a la tercera 3.ª) que, pese a los exhaustivos - cuantitativa y cualitativamente hablando- análisis que se le practicaron, no pudo determinar una causa natural de cualquier etiología, capaz de producir, primero, los cuadros clínicos que presentaba la tercera (3.ª) y finalmente el fallecimiento. Tal cuadro clínico (que presentaron, con algún matiz en el caso de la primera de las niñas) se caracterizaba por episodios agudos de acidosis láctica, que desaparecieron muy rápidamente y sin dejar secuelas, con un tratamiento médico inexistente o mínimo (oxígeno, suero, bicarbonato...). Los médicos que trataron a la tercera (3.ª) descartaron asimismo todas las enfermedades conocidas. La conclusión, por exclusión, es que la causa del fallecimiento no pudo ser otra que la asfixia mecánica. En segundo lugar, tiene un valor determinante para esta Sala los sucesivos dictámenes médico-legales y, por supuesto, los resultados de la autopsia.

Hagamos un breve resumen:

1.- El 21 de noviembre de 2014 (folio 13. Tomo I) se emite un informe preliminar de autopsia en el que se afirma: "la causa inicial o fundamental de la muerte ha sido Síndrome Asfíctico".

2.- El 25 de noviembre de 2014 (folio 19. Tomo I) se produce una comparecencia forense en la que se afirma que "...existen datos para plantear como causa...del fallecimiento una muerte de tipo violento con un mecanismo homicida."

3.- El 12 de Diciembre de 2014 (folio 248 Tomo I) se produce otra comparecencia forense confirmando la tesis homicida, en la que se señalan los siguientes fenómenos:

- a) Livideces dorsales en región dorsal (evidenciadas en el Centro de Salud) de horas de evolución, incompatibles con los tiempos referidos por la procesada.
- b) Cianosis muy marcada perilabial, cianosis palpebral habitual y equimosis en raíz nasal.
- c) Equimosis en región costal derecha compatible con maniobra de presión, y
- d) Edema pulmonar y equimosis asfíctica absolutamente compatibles con asfixia mecánica.

4.- El 25 de enero de 2015 (Tomo III, folios 1181 a 1187) se dicta el informe médico-forense definitivo sobre la autopsia, cuyas conclusiones son:

- a) Se trata de una muerte violenta.
- b) La causa inmediata es shock asfíctico.
- c) La causa fundamental (de la muerte) es una asfixia mecánica por sofocación. d) El mecanismo más probable es mixto: oclusión de las vías respiratorias altas y compresión torácica.

e) La muerte fue entre las 8 y las 10 horas del día 21 de noviembre de 2014. Frente a tal concluyente informe médico-forense, existe otro dictamen aportado por la defensa (Tomo IV, folios 1360-1361) en cuyas conclusiones se establece que "el diagnóstico de muerte violenta por sofocación ...no se sustenta (en su opinión) en base a hallazgos de la autopsia, ni tampoco en el estudio histopatológico...". Según tal dictamen "... exclusivamente se puede concluir que se trata de una muerte súbita ocurrida en el período de lactancia de causa no aclarada..."

Se trata, en efecto, de dos dictámenes periciales (contradictorios en aspectos esenciales) que exigen (según jurisprudencia constante del T.S.) una valoración, con arreglo a las normas de la sana crítica, de uno y otro a fin de determinar cual de ellos es capaz de conformar el criterio de este Tribunal. A este Tribunal le ofrece mayor credibilidad científica el dictamen emitido por los médicos- forenses no sólo porque tienen un alto grado de preparación profesional (lo que también es predicable de los peritos aportados por la defensa) sino también porque ostentan el requisito de la imparcialidad en su cometido lo que no es predicable, con la misma intensidad, de los peritos de parte. Y, además, porque - en opinión de este Tribunal- sólo el dictamen emitido por los médicos forenses constituye la conclusión lógica del conjunto de hechos y de informes médicos que lo preceden.

Así, el informe de Alta del Servicio de pediatría de 29-10-2014 (Tomo III, folio 871) y Plenario en el que tras indicar los motivos de ingreso ("vómitos con hebras de sangre con acidosis metabólica severa...") señala como diagnóstico principal "ACIDOSIS METABOLICA LACTICA". Felicidad . (folios 338 y sigs. y Plenario) afirma ante el Juez que la muerte de la tercera (3.ª) "se debió a un agente externo". D. Luis Miguel . (Tomo II, folio 340 y sigs. y Plenario) afirma que las tres bebés presentaron los mismos síntomas y, en todos los casos, se recuperaron muy pronto con escaso tratamiento (oxígeno, suero, bicarbonato...) y presentaban los síntomas de una asfixia mecánica (salivación con hebras de sangre y cianosis peribucal). La pediatra Ruth . (Tomo III, folios 1104 y



sigs y Plenario) declaró que de todos los casos que ha conocido de Acidosis Láctea y que ha tratado a lo largo de su vida profesional, se ha terminado" conociendo la causa de la muerte o la causa del trastorno". La única excepción han sido las niñas. Se recuperaban muy rápidamente (cuestión de horas) con un tratamiento médico mínimo y sin dejar secuelas. En los sucesivos análisis se excluyeron, entre otras, todas las enfermedades metabólicas. Así, entre otros, el informe del Servicio de Química del Instituto Nacional de Toxicología sólo constata la presencia de "cafeína" en la sangre de la tercera (3.ª) (folios 1204 a 1206). Explicó el forense ello se debió a la lactancia materna. Por su parte, el informe del Instituto del Servicio de Histopatología (22 de diciembre de 2014) concluye "que no se observan malformaciones congénitas, que en el pulmón se detectan focos mínimos y aislados de bronconeumonía aguda, no concluyentes como causa de la muerte...". Todos los anteriores datos son claramente compatibles y constituyen el precedente lógico del dictamen médico-forense indicado. Frente a tal conjunto de datos plenamente confirmados a lo largo de la testifical prestada en el Juicio Oral, la alternativa que ofrece el informe médico legal aportado por la defensa es la llamada "muerte súbita", opción que no le parece a este Tribunal la más acertada, dado que, no es muerte súbita la que tanto se hace esperar, ni la que se repite sucesivamente en episodios fraccionados. Por el contrario, la característica fundamental de tal cuadro médico es su aparición súbita e inesperada y su capacidad, inmediata y plena, de causar la muerte, por así decirlo, en un solo acto y de manera fulminante, lo que evidentemente no ocurrió en el caso de la tercera (3.ª). Además (análisis forense en el Plenario) las lesiones causadas en el pulmón son incompatibles, por su intensidad, con la muerte súbita. Indicó el forense que la observada impronta de las costillas en el pulmón del bebé constituyen un signo claro de asfixia y revela agonía y lucha por la vida, es decir, la reactividad vital del lactante para intentar respirar, afirmando "que nunca había visto un pulmón así, con tal impronta", confirmando el forense con rotundidad su diagnóstico de muerte por asfixia mecánica.

El dictamen pericial aportado por la defensa, se caracteriza por el análisis aislado de cada uno de los elementos que fundamentan las conclusiones del informe médico-forense, pero no atiende, con la misma intensidad, a la evaluación conjunta de la totalidad de los datos que tal informe ofrece. Es decir: es bien cierto o, al menos, posible que cualquiera de tales datos, individualmente analizado, no sea concluyente respecto de la fijación de la causa de la muerte, en cuanto también puede ser compatible con otra etiología. Pero lo verdaderamente significativo, para este Tribunal, no está en tal tipo de análisis. Lo esencial es determinar si la suma de todos y cada uno de los datos considerados en su conjunto (que es lo que hace el informe médico-forense) es compatible con la fijación de otra causa distinta de la muerte. Este Tribunal entiende, haciendo suyas las apreciaciones de los médicos forenses, que sólo la asfixia mecánica por sofocación, explica y da sentido al conjunto de datos ofrecidos por la instrucción (y, singularmente, por la autopsia) y que, por tanto, es obligado concluir que tal asfixia es la que causó la muerte de la tercera (3.ª). De igual modo, se entiende acreditado que la tercera (3.ª) ingresó cadáver en el centro sanitario, dato que es fundamental a la hora de valorar la mayor credibilidad del informe de los médicos forenses, por cuanto el conjunto de los signos externos e internos resultantes de la autopsia adquieren una plena coherencia partiendo de que los cuidados prestados a la tercera (3.ª) en el referido centro médico fueron realizados sobre un cadáver. Nada añade finalmente el informe genético provisional, incorporado a las actuaciones por la vía del art. 729.3 de la L.E.Cr. por su propio contenido, en el que -entre otras patologías- se descarta un defecto en la cadena respiratoria, y se afirma que no se han detectado mutaciones asociadas al Síndrome de hiperventilación central congénita y, sobre todo, porque (no puede ser de otro modo) está emitido en términos de mera posibilidad. Sí que sorprende a este Tribunal el que -pese al tiempo transcurrido en la tramitación de este sumario- el informe se solicitó el día 3 de mayo de 2016, es decir, se solicitó muy tardíamente, disminuyendo con ello la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pudiera preparar su postura procesal al respecto.

CUARTO.- En el Fundamento Jurídico Primero de esta resolución se constataron algunos datos incriminatorios que son también predicables a la hora de enjuiciar a la procesada por la muerte de su tercera hija (3.ª) (así la práctica identidad del cuadro clínico que presentaron las niñas en los sucesivos episodios de crisis, la rapidez con que remitieron los síntomas, con escaso o nulo tratamiento). Tales elementos fueron en el caso de la primera (1.ª) suficientes para que el Tribunal se formara un juicio razonable de probabilidad, pero fueron incapaces de formar el juicio de certeza, preciso para poder dictar un fallo condenatorio. En el caso ahora analizado, tal material probatorio debe integrarse con otros elementos de prueba que, en una apreciación conjunta, han permitido formar la plena convicción judicial, tanto respecto de estar en presencia de una muerte violenta, concretamente en un caso de asfixia mecánica por sofocación, como en lo relativo a su autoría por parte de la procesada. En este último aspecto, resulta relevante (además de los datos anteriores -lo que también ocurrió en el caso de la primera (1.ª), pero no en el de la segunda (2.ª)) que la procesada mantuvo en todo momento -incluso en las situaciones de grave riesgo- una actitud excesivamente relajada y tranquila, con la sola excepción de su actitud angustiada ante la separación de su segunda hija (2.ª).

Son igualmente significativas las manifestaciones realizadas por la procesada cuando manifestó a la mediadora cultural (y, ésta, a su vez, a la pediatra Elena .) "que su vientre está maldito por cuanto solo



engendraba hijas y no hijos", o lo manifestado por su marido (y padre de las niñas), o cuando señaló a la propia pediatra Sra. Elena . (folio 334) "que tenía miedo de dejar a las niñas al cuidado de su madre", o las propias declaraciones de Tania . significativas en dos extremos cuales son el "horror" que le transmitió la mediadora cultural, tras su encuentro con la procesada y su familia, sobre la posible causa de la muerte de las niñas -atribuido a unos legendarios espíritus malignos- y la conveniencia de regresar a Marruecos para celebrar unos indeterminados ritos dirigidos a expulsar del cuerpo de las niñas a tales seres diabólicos; y significativas también en la convicción de la Sra. Tania . de que la asfixia mecánica era la única causa posible de la muerte de la tercera (3.ª).

Analizados conjuntamente todos los datos anteriores, en su relación con el hecho objetivo de que la bebé (3.ª) estuvo a disposición permanente de la madre, siendo la única persona que tuvo la oportunidad real de causar su muerte, llevan -desde luego- a la conclusión de que fue la procesada Clara . la que causó, del modo descrito, la muerte de su tercera hija (3.ª), modo descrito por ser el compatible con los signos que presentaba la menor y que explicó el médico forense en el acto del juicio.

Frente a tal conclusión no pueden prevalecer las declaraciones de dos testigos (una enfermera y una usuaria del hospital) que trataron de presentar, también en el juicio oral, a la procesada como una madre normal y cariñosa para con sus hijas, pues tal valoración choca frontalmente con la valoración, más especializada, de los pediatras que se ocuparon de las niñas, los cuales (en particular D.ª Elena . que observó, a este respecto, la frialdad que caracterizaba las relaciones de la procesada con sus hijas, y D.ª Felicidad ., que calificó en el Plenario esa relación como excesivamente fría y distante, sin mostrar la natural preocupación ante las situaciones graves por las cuales atravesaban sus hijas, o D.ª Felicísima . -folio 343 y sigs. y Plenario- que, en idéntico sentido, afirmó que la procesada se mantuvo excesivamente tranquila, en tal clase de situaciones) de manera unánime describieron -conforme a la caracterización del informe psiquiátrico- su conducta como propia de la llamada "bella indiferencia" ante lo que acontecía con sus hijas. De igual modo no pueden prevalecer tampoco las declaraciones exculpatorias de la suegra de la procesada.

(Tomo III, folio 1109) y de otro familiar de 16 años de edad (Tomo III, folio 1213), confirmadas en el Plenario, relativas -en ambos casos- a no haber dejado a la procesada sola con su bebé en ningún momento. La razón de su falta de valor probatorio no sólo radica en su relación de parentesco (lo que incide en su falta de credibilidad) sino también porque lo afirmado por las dos testigos resulta escasamente compatible con la lógica de las cosas, ya que, en la práctica, no es factible mantener una actitud vigilante constante en el tiempo y porque es evidente que la maniobra de la causación de la muerte del bebé no requiere utilizar ni tiempo, ni fuerza relevante.

QUINTO.- Los hechos declarados probados son, como hemos dicho, legalmente constitutivos de un único delito de asesinato (el perpetrado contra la tercera (3.ª)) del art. 139,1º del C.P ., del que es responsable criminalmente, en concepto de autora (art. 23 del C.P .) la procesada Clara . Concorre, en efecto, la circunstancia cualificativa de "alevosía". La jurisprudencia distingue tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía preditoria o traicionera, la alevosía sorpresiva y la alevosía por prevalimiento. Este último supuesto es el predicable en este caso y supone que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima que le impide cualquier reacción defensiva; y esto ocurre, singularmente, cuando se ataca a un niño pequeño, que es el caso (entre otras Ss. T.S. 1035/2012 de 20 de diciembre ó 541/2012 de 26 de junio), pues es evidente que el núcleo del concepto de alevosía se haya en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte del ofendido (S.T.S. 21-abril- 2015), lo que, cabalmente, ocurre cuando se actúa contra un niño pequeño.

No se acepta, por tanto, la tesis alternativa de la defensa (delito de homicidio con las agravantes de parentesco y de abuso de superioridad). Es cierto que un sector doctrinal y alguna sentencia del TS pudieran avalar dicha tesis, pero es cierto también que la jurisprudencia más reciente (Ss. T.S. 1464/03 de 4 de noviembre, 1567/03 de 25 de noviembre, 58/04 de 26 de enero, 1338/04 de 22 de noviembre, 1378/04 de 29 de noviembre, entre otras muchas) enseñan que no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el medio más idóneo de ejecución, sino que es suficiente (como pasa en el caso de autos) con que se aproveche, en cualquier momento, de forma consciente en la situación de indefensión de la víctima, así como de la facilidad que ello supone. Tampoco procede aceptar la tesis -también alternativa de la defensa- de estar en presencia de un supuesto "error de prohibición" (vencible o invencible) pues es lo cierto que entender que el asesinato (especialmente de niñas) no es una conducta antijurídica, gravemente antijurídica, sólo sería pensable en el caso de tratarse de una persona procedente de una zona del mundo anclada casi en la prehistoria, lo que, obviamente, no es el caso de Marruecos que es un país moderno en el que, aún conservando -como es lógico- su cultura y su religiosidad, se está lejos de aceptar supersticiones de ese calibre. Es la propia procesada (y su familia) la que expresamente excluye tal posibilidad, sin que las declaraciones de la mediadora cultural (tras una entrevista breve -unos 15 minutos- con la procesada) -folio 163, Tomo I; y folio 350 Tomo II y en



el propio Plenario- sean suficientes para aceptar la tesis de estar en presencia de una posesión demoníaca, concretamente de espíritus "malos" -EIJIN- que, supuestamente obligan a los poseídos a hacer cosas malas. El país de procedencia, la posición social de la familia y las propias declaraciones de la procesada excluyen tal posibilidad. A esa conclusión se llega también por una lectura detenida del informe prestado por los expertos en cultura y derecho marroquí y, sobre todo, por las excelentes matizaciones y precisiones realizadas en el Plenario. Finalmente, no cabe aceptar tampoco la tesis de estar en un supuesto de imprudencia (temeraria o de otra clase) pues, una vez más, el dictamen de la autopsia acredita que estamos en presencia de una muerte violenta y no de un caso de "mala praxis". La intensa lucha por la vida que desarrolló la pequeña (3ª) (y que se constata en la autopsia en cómo se encontraron sus pulmones) es incompatible con la imprudencia. Esta tesis alternativa ofrecida por la defensa, se planteó ante una interpretación equivocada de las afirmaciones de los forenses sobre cual fue la posición más probable que adoptó la procesada con la niña para causar su muerte.

Procede, sin embargo, por las razones antes dichas, absolver a la procesada del otro delito de asesinato consumado (1.ª) y de la tentativa de asesinato (2.ª).

SEXTO.- Se alega por el Ministerio Fiscal que concurre también la circunstancia mixta de parentesco, considerada como agravante del art. 23 del C.P. En términos generales esta circunstancia concurre como agravante en los delitos contra la vida (caso de autos) e integridad física de las personas y como atenuante en los delitos de contenido económico o patrimonial. Su aplicación como agravante se debe "al plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas (en este caso, una hija de corta edad) unidas por ese vínculo parental que el agresor desprecia..." (S. del T.S. 162/2009 de 12 de febrero). Concorre por tanto, como agravante, la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de parentesco alegada por el Ministerio Fiscal.

SÉPTIMO.- Procede imponer a la acusada por el delito de asesinato, respecto de la tercera (3.ª), la pena de 18 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 del Código Penal. La pena privativa de libertad se impone en su mitad superior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.3 del Código Penal por concurrir la circunstancia agravante de parentesco. Se impone también la pena accesoria de privación del derecho a la patria potestad, conforme a lo dispuesto en el art. 55 del Código Penal, ya que se estima que en este caso el derecho a la patria potestad tiene relación directa con el delito cometido. Dicha pena se impone respecto de la hija de la acusada. La segunda (2ª), ya que el art. 46 del Código Penal establece que el juez o tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o algunos de los menores que estén a cargo del penado y, en el presente caso, dicha menor es la única hija de la acusada.

La pena de privación de la patria potestad es facultativa pero en este caso parece lógica su imposición (Artículos 55 y 46 del Código Penal), dada la extraordinaria gravedad de los hechos cometidos.

OCTAVO.- Las costas se entienden impuestas por ministerio de la ley a los culpables del delito y siendo así que la procesada ha sido absuelta por dos de los tres delitos de los que venía siendo acusada, procede imputarle el abono de una tercera parte de las costas procesales causadas, declarando de oficio las 2/3 partes restantes.

VISTAS las disposiciones legales citadas y los artículos de aplicación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

EL TRIBUNAL, por la autoridad que le confiere la Ley, emite el siguiente:

FALLO

CONDENAMOS a Clara ., como autora responsable de un delito de asesinato del art. 139.1ª del Código Penal (perpetrado en la persona de la tercera niña) con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco, operando como agravante, a la pena de 18 AÑOS DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación absoluta e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante el tiempo de la condena, y al pago de una tercera parte de las costas procesales.

ABSOLVEMOS a Clara del delito de asesinato consumada (en la persona de la primera) y de la tentativa de asesinato (en la persona de la segunda) de los que venía siendo acusada por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio las 2/3 partes de las costas procesales causadas.

Declaramos la insolvencia de dicha procesada, aprobando el auto que a este fin dictó y consulta el Sr. Juez Instructor.

Y para el cumplimiento de la pena principal que se impone, le abonamos todo el tiempo que ha estado privada de libertad por razón de esta causa (detenida los días 1 y 2 de diciembre de 2014, y en prisión desde el día 3 de diciembre de 2014).



Así por esta nuestra sentencia, contra la que puede interponerse recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciado ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente al de la última notificación, y de la que se llevará certificación al rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el M. I. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estando celebrando sesión pública esta Audiencia Provincial en el mismo día de su fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ