



Roj: **SAP GC 3/2017 - ECLI:ES:APGC:2017:3**

Id Cendoj: **35016381002017100002**

Órgano: **Audiencia Provincial. Tribunal Jurado**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **100**

Fecha: **03/03/2017**

Nº de Recurso: **93/2016**

Nº de Resolución: **65/2017**

Procedimiento: **PENAL - JURADO**

Ponente: **MARIA DEL PILAR VERASTEGUI HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 3ª) Las Palmas de Gran Canaria Teléfono: 928 42 99 47

Fax: 928 42 97 77

Email: s02audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Tribunal del jurado Nº Rollo: 0000093/2016

NIG: 3501943220150006986

Resolución: Sentencia 000065/2017

Proc. origen: Tribunal del jurado Nº proc. origen: 0002123/2015-00

Jdo. origen: Juzgado de Instrucción Nº 2 (antiguo mixto Nº 7) de San Bartolomé de Tirajana

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Encausado Candelaria Gustavo Adolfo Naranjo Viera

Encausado Claudio Maria Del Pino De La Nuez Ruiz

SENTENCIA

Maria Manuela Rodriguez Baez

Luis Fernando Leon Ramirez

En Las Palmas de Gran Canaria, a tres de marzo de dos mil diecisiete.

VISTA en juicio oral y público, ante el Tribunal del Jurado, la presente causa de Procedimiento de Ley del Jurado con el número 93/16, procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Bartolomé de Tirajana y seguida por el trámite de TRIBUNAL DEL JURADO por el delito de **asesinato** contra Dª Candelaria Y D. Claudio , ambos en situación de prisión preventiva por esta causa, representada la primera por la Procuradora de los Tribunales Dª Manuela Rodríguez Báez y bajo la dirección letrada de D. Gustavo Adolfo Naranjo Viera y representado el segundo por el Procurador de los Tribunales Luis Fernando León Ramírez y asistido por la Letrada Dª María del Pino de la Nuez Ruiz, siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal y Ponente la Ilma. Sra. Magistrada- Presidente Dª Mª Pilar Verástegui Hernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción nº 2 de San Bartolomé de Tirajana se remitió a esta Audiencia Provincial de Las Palmas, el Procedimiento de la Ley de Jurado que se ha seguido con el número de Rollo 93/16, celebrándose el juicio oral ante el Tribunal del Jurado durante los días 20 a 22 de febrero de 2017.



SEGUNDO.- En dicho procedimiento, el Ministerio Fiscal formalizó escrito de conclusiones provisionales calificando los hechos como constitutivos de un delito de **asesinato** del artículo 139.1 del Código Penal , de dicho delito acusó a Candelaria y Claudio en concepto de autores materiales, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal , solicitando para ambos la pena de dieciocho años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena. Interesa se le impongan las costas.

TERCERO.- Por la defensa de Candelaria se interesó la absolución de la acusada y, subsidiariamente, se calificaron los hechos relativos a su defendida como constitutivos de un delito de **homicidio** imprudente, del artículo 142.1 del Código Penal . Por la defensa de D. Claudio se interesó la libre absolución del acusado.

CUARTO.- Tras la práctica de la prueba, en el trámite oportuno, se modificaron por el Ministerio Fiscal las conclusiones provisionales, únicamente para modificar parcialmente su relato de hechos. Las defensas elevaron sus conclusiones a definitivas.

QUINTO.- El Tribunal del Jurado pronunció veredicto de culpabilidad por la comisión de un delito de **asesinato** respecto a los acusados D^a Candelaria y D. Claudio .

Tras el pronunciamiento de dicho veredicto el Ministerio Fiscal interesó una pena de dieciocho años de prisión, solicitando las defensas la imposición de la pena mínima legalmente imponible.

HECHOS PROBADOS

Son hechos que se declaran probados, conforme al veredicto emitido por el Jurado, los siguientes:

Que sobre las 05.50 horas del día NUM006 de 2015, la acusada Candelaria , mayor de edad, nacida el NUM000 de 1991, NIE NUM001 , sin antecedentes penales, con un embarazo que le habían declarado de alto riesgo, según ella manifiesta, rompió aguas en su domicilio, situado en la C/ DIRECCION000 , NUM002 , NUM003 , DIRECCION001 , y dio a luz una niña a las 10:00 horas, que nació viva, en el salón del mismo.

Durante el parto contó con la única asistencia del acusado y padre de la criatura, Claudio , mayor de edad, nacido el NUM004 /1957, DNI NUM005 , sin antecedentes penales, quien nunca había presenciado ni asistido ningún parto y carecía de cualquier conocimiento o cualificación mínima para prestar dicha asistencia.

Ambos habían decidido, mucho tiempo atrás, a pesar de ser conocedores de que era un embarazo de alto riesgo, que el parto tendría lugar en casa, y sin asistencia médica, consintiéndola única preparación en colocar unas colchonetas en el suelo para recoger a la recién nacida.

La niña nació y los padres decidieron no cortar el cordón umbilical, no se procedió a la aspiración de las secreciones ni a la reanimación neonatal, no le dieron ningún alimento a lo largo del día ni la abrigaron.

Los acusados, que iban observando como la respiración de la recién nacida era cada vez más tenue a medida que pasaban las horas, que apenas se movía, ni lloraba, y que su vida corría peligro, continuaron sin prestarle los auxilios mínimos necesarios, conscientes de que si continuaban con su actitud pasiva se produciría la muerte de la niña.

Sobre las 23:00 horas, la niña ya no realizaba ni el más mínimo movimiento, y aún así, los acusados mantuvieron su actitud pasiva y en ningún caso requirieron la asistencia de los servicios sanitarios, sólo dejaron pasar el tiempo, sin hacer nada por salvar la vida de su hija, hasta que el fallecimiento se produjo, y no fue hasta las 12:05 del día 2 de mayo de 2015, cuando estaban totalmente seguros del fallecimiento del bebé, cuando acudieron al Centro de Salud de Vecindario, donde sólo pudo ya certificarse la muerte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que el Tribunal del Jurado ha declarado probados y por los que ha declarado culpable a Candelaria y a Claudio son constitutivos de un delito de **asesinato** del artículo 139.1 del Código Penal , del que son autores los acusados, Candelaria y Claudio .

SEGUNDO.- El artículo 61 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado solamente exige que se mencionen "los elementos de convicción que se han atendido para hacer las precedentes declaraciones" de probanza o no probanza de los hechos, de culpabilidad o de no culpabilidad, requisito que el propio legislador establece que consistirá en una "sucinta explicación de las razones por las que se han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados".

El apartado correspondiente a este precepto en el Acta del veredicto emitido en el presente Juicio por el Tribunal del Jurado cumple perfectamente con los requisitos de determinación de los elementos de convicción



atendidos y sucinta explicación de las razones por las que se ha declarado probado o no probado unos u otros hechos.

Sucinta relación que, examinada, se aprecia que en su conjunto pone de manifiesto los elementos de convicción que esta Magistrada-Presidente considera que desde el punto de vista procesal pueden ser considerados como pruebas de cargo lícitas y suficientes para desvirtuar el principio de la presunción de inocencia.

Igualmente, dichos elementos de convicción tienen pleno sustento fáctico a la vista de la prueba practicada en el acto del juicio con plenas garantías de contradicción y defensa.

Pues bien, a la vista de los hechos que han sido declarados probados por el Jurado, la conducta de los acusados Candelaria y Claudio debe ser calificada como un delito de **asesinato**, en cuanto que, tras dar a luz a su hija, quien nació viva, en su domicilio, no prestaron ningún tipo de auxilio a la menor, no la alimentaron, no cortaron el cordón umbilical, no la abrigaron ni procedieron a la aspiración de las secreciones, por el contrario, pese a observar los acusados que la respiración de la recién nacida era cada vez más tenue a medida que pasaban las horas, que apenas se movía, ni lloraba, y que su vida corría peligro, continuaron sin prestarle los auxilios mínimos necesarios, conscientes ambos de que si continuaban con su actitud pasiva se produciría la muerte de la niña. Finalmente, pese a darse cuenta, sobre las 23:00 horas, de que la niña ya no realizaba ni el más mínimo movimiento, mantuvieron aún así su actitud pasiva, sin requerirla asistencia de los servicios sanitarios, sólo dejaron pasar el tiempo, sin hacer nada por salvar la vida de su hija, hasta que el fallecimiento se produjo, y no fue hasta las 12:05 del día 2 de mayo de 2015, cuando estaban totalmente seguros del fallecimiento del bebé, cuando acudieron al Centro de Salud de Vecindario, donde sólo pudo ya certificarse la muerte.

En primer lugar, el artículo 138 del Código Penal castiga al que matare a otro, exigiendo la concurrencia de los siguientes elementos o requisitos:

la destrucción de una vida humana mediante la actividad del sujeto activo.

la relación causal entre esa conducta y el resultado (la muerte).

la existencia de un "animus necandi", o ánimo de matar, el cual puede ser directo o eventual. Dichos elementos concurren sin ningún género de duda en el presente caso, y así lo consideró

el jurado seleccionado para el enjuiciamiento de esta causa que, tras examinar el conjunto de la prueba practicada en el plenario, con amplitud y precisión, expuso los elementos de convicción que le llevaron a efectuar las declaraciones contenidas en el acta de votación.

Y así, en primer lugar, estima el Jurado probado por unanimidad que sobre las 05.50 horas del día NUM006 de 2015, la acusada Candelaria, con un embarazo que le habían declarado de alto riesgo, rompió aguas en su domicilio, y dio a luz una niña a las 10:00 horas, que nació viva, en el salón del mismo, (Hecho 1 del veredicto), lo que se desprendería, según el jurado, de la declaración de la propia acusada quien, efectivamente, manifestó en el Plenario que, tras una visita a la tocóloga, decidió tener a su hija en casa, debido a que la habían tratado con brusquedad y la habían maltratado psicológicamente, señalando que le hizo daño porque, al parecer, no se veía el brazo de la niña en la ecografía, manifestando también la acusada que ello fue cuando se encontraba embarazada de siete meses y una semana. Declararon igualmente probado, por unanimidad, que en el parto contó únicamente con la asistencia del también acusado, D. Claudio, padre de la criatura, en atención a las manifestaciones de los acusados, quienes en todo momento reconocieron dicho particular, señalando el acusado D. Claudio que él no estaba conforme pero que respetaba la decisión de Candelaria, y que por eso no recabó ayuda para el parto. Expuso en todo momento la defensa que Candelaria había preparado el parto en cuestión, manifestando la acusada que había leído libros sobre partos, había preparado el material, una colchoneta, toallas, una bañera, toallitas y pañales, que conocía la posición fetal y que pudo ver en la ecografía que no había riesgo de asfixia por el cordón umbilical. Declaró sin embargo probado el Jurado, también por unanimidad, que la única preparación para el parto fue colocar una colchoneta en el suelo para recoger a la recién nacida, basándose, fundamentalmente, en el acta de inspección ocular, reproducida en el Plenario, en la que se podían apreciar las condiciones en las que tuvo lugar el parto, apreciándose en la grabación que únicamente había una esterilla en el suelo, mostrando también la acusada una bolsa de pañales pero sin que se observaran las condiciones adecuadas, que refirió la acusada. Valora también el Jurado, para entender acreditado dicho extremo, la carta que la acusada envía a Claudio, cuando ya se encuentra en prisión provisional, cuyo testimonio obra entre los remitidos por el Juzgado de Instrucción y cuya autenticidad es reconocida por ambos acusados, en la que Candelaria pone de manifiesto su decisión de dar a luz en casa y que Claudio era conocedor de esta decisión.

La niña nació viva, se declara también dicho extremo probado por unanimidad por los Jurados, en atención a las manifestaciones de los acusados, manifestando ambos que la niña lloró al nacer y que posteriormente



observaron como respiraba, afirmando Claudio que la niña se movía y que incluso le había agarrado un dedo. Acreditado dicho particular, que se confirmó también por los médicos forenses, al recogerse en su informe de autopsia y ratificar en el Plenario que, efectivamente, la menor respiró de forma autónoma; "...Se objetivaron áreas de expansión alveolar en ausencia de maniobras de reanimación, que son sugestivas de que ha existido respiración fuera del útero, probablemente breve y en el contexto de una aspiración de líquido amniótico en un parto no asistido. Por lo tanto se entiende que el feto nace vivo, y sus pulmones son funcionantes aunque por un período de tiempo muy breve", situaron la data de la muerte entre las 00:50 y las 8:00 horas del día 2 de mayo, de tal forma que la menor habría vivido, al menos, unas quince horas tras el parto. Por otro lado, pusieron también de manifiesto los médicos forenses que llevaron a cabo el informe de autopsia, D^a Vicenta , D^a Claudia y D. Lorenzo , que la niña nació viva, a término, con todos sus órganos en estado adecuado, viable, desprendiéndose también del estudio histopatológico la viabilidad de la recién nacida, considerando que de haber prestado a la menor una adecuada asistencia hubiera seguido viviendo y no habría fallecido. Precisamente, valoran los jurados dicho informe de autopsia y la ratificación que del mismo hacen sus autores en el Plenario para entender acreditado por unanimidad el hecho 11, en relación a Candelaria y 18 en relación a Claudio , del veredicto, considerando también acreditado, por unanimidad, los hechos 10 y 17 del mismo, en atención, fundamentalmente, a las declaraciones de los acusados, para considerar que los acusados fueron observando, a lo largo de las horas, como la respiración de la recién nacida era cada vez más tenue, que apenas se movía ni lloraba y que su vida corría peligro, pese a ello, continuaron sin prestarle los auxilios mínimos necesarios, conscientes ambos de que si continuaban con su actitud pasiva se produciría la muerte de la niña, de tal forma que sobre las 23:00 horas, cuando la niña ya no realizaba el más mínimo movimiento, persistieron en la misma actitud, pasiva, no recabaron el auxilio de los servicios sanitarios ni hicieron nada por salvar la vida de su hija, solo dejaron pasar el tiempo hasta que el fallecimiento se produjo y no fue hasta las 12:05 del día siguiente, 2 de mayo de 2015, cuando, estando ya totalmente seguros del fallecimiento del bebé, acudieron a Centro de Salud de Vecindario, donde solo pudo ya certificarse la muerte. Sobre lo sucedido tras el nacimiento de la niña incurrieron los acusados en numerosas contradicciones en relación a lo que habían manifestado inicialmente, en sus declaraciones en el Juzgado de Instrucción, dichas contradicciones se pusieron de manifiesto por la representante del Ministerio Fiscal en el acto de la vista, aportando los correspondientes testimonios de las declaraciones prestadas con anterioridad, y fueron valoradas por los Jurados, tal y como se desprende del acta que recoge el veredicto alcanzado. Concretamente, confirmaron las declaraciones de los acusados que ningún auxilio prestaron a la menor a lo largo del día, mantuvo Candelaria en el juicio oral que, tras nacer la niña la colocó junto a ella, y que en todo momento veía bien a la niña, pensando que estaba dormida, manifestando sin embargo en su declaración en el Juzgado de Instrucción que la dicente se percató de que la niña no se mueve sobre las 23:00 horas..que estuvieron pendientes de la niña hasta las 3:00 de la mañana. Que se percató de que algo iba mal, sintió algo raro, que la niña no respira". El acusado Claudio manifestó en el Plenario que era Candelaria quien se había hecho cargo del bebé tras el nacimiento, mantuvo que él salió en dos ocasiones de la vivienda y que en ningún momento apreció que la niña tuviera problemas, sin embargo, no se corresponde dicha afirmación con su declaración en el Juzgado de Instrucción, al afirmar que

"..Estaba como viva pero demasiado quieta. Se lo dijo y ella le dijo que la niña respiraba por el cordón umbilical. Que él vio que la niña respiraba poco..Que Candelaria le explicó que la niña no se movía porque se estaba oxigenando y tomando nutrientes a través del cordón umbilical...Que la respiración de la niña era muy tenue". Debe también valorarse la carta que Candelaria remite a Claudio , a la que ya se ha hecho referencia, en la que manifestaba, en relación a lo sucedido que; "Te acuerdo que varias horas después del nacimiento la niña no se despertaba y yo te dije que la notaba rara...y que parecía que había pasado algo porque todavía seguía dormida y parecía que no respiraba, te pregunté si era necesario y conveniente llamar a la ambulancia y tú la tocaste y me dijiste que según tú estaba bien porque tenía chakra coronario activo y calor bajo el cuello y que te apretaba el dedo y yo te dije que posiblemente era el rigur mortis...que la niña murió...y tú seguistes en decir: ni rigur mortis ni mierda, que la niña me aprieta el dedo y tiene el chakra activo, que es solo cuestión de esperar que su espíritu se decida en establecerse adentro del cuerpo físico...". Con todo ello, debe entenderse acreditado que los acusados pudieron ir comprobando como la respiración de la menor se iba haciendo más tenue, que no se movía ni lloraba y que su vida corría peligro y, pese a ello, no le prestaron asistencia alguna ni recabaron ayuda. Explicaron los forenses que un feto acabado de nacer tiene movimientos respiratorios que se pueden escuchar y se pueden ver, lo que además sucedió en el presente caso cuando afirman ambos acusados que la niña había llorado y que respiraba, que incluso había apretado el dedo de Claudio , de lo que se desprende que necesariamente fueron también apreciando los acusados como la menor se iba debilitando hasta que finalmente falleció. No se trata, como explicó la Dra. Vicenta , de que no puedan tener lugar los partos extrahospitalarios, puede hacerse en casa pero siempre y cuando la parturienta y el acompañante estén preparados y acompañados de una matrona para llegar de forma inmediata, si fuera necesario, al Centro de Salud. En cualquier caso, la acción de los acusados no se limita a lo ocurrido en el momento del parto sino, fundamentalmente, a lo ocurrido en el único día de vida de la menor, al poner de manifiesto la prueba practicada,



tal y como el Jurado ha declarado probado por unanimidad, que los acusados no prestaron a la niña los auxilios mínimos necesarios, conscientes de que si continuaban con su actitud pasiva, se produciría la muerte de la niña.

Señalaron sobre el particular los acusados que pensaban que la niña estaba dormida y que esperaban a que despertara para darle de comer, sin embargo, pese a dichas afirmaciones, lo cierto es que la propia acusada reconoció en el Juzgado de Instrucción que la niña no le llegaba al pecho, ya que no había cortado el cordón umbilical y al parecer la placenta seguía aún dentro de su cuerpo, negando sin embargo dicho extremo en el Plenario, tal y como se puso de manifiesto por el Ministerio Fiscal, aportando el testimonio de su declaración, para señalar en el Plenario que ella tenía calostro y que si la niña se hubiera despertado podría haberse agachado para que la menor alcanzase el pecho pero que no lo hizo porque estaba dormida, sin que conste que tuvieran en la vivienda biberones o leche infantil. De ahí que el Jurado también haya declarado probado por unanimidad que los acusados no alimentaron a la menor (Hecho 8) lo que además fue reconocido por ambos, manifestando únicamente que le habían puesto un poco de leche en la boca pero que no comía, pese a lo que tampoco trataron de buscar auxilio. Se declara igualmente probado por unanimidad que los acusados no cortaron el cordón umbilical al nacer la menor, al reconocerlo ambos acusados, justificando Candelaria que lo hizo al considerar, con toda la información que había recabado, que era lo más beneficioso para su hija. Concretamente, se refirió la acusada al llamado parto lotus, en el que se indica no cortar el cordón umbilical porque a los tres o cinco días se desprende solo, considerando además que a través de la placenta su hija se alimentaba y oxigenaba, confirmando Claudio que Candelaria pensaba que la niña se seguía alimentando a través del cordón umbilical, manifestando Claudio desconocer las posibles infecciones del cordón umbilical. Explicaron los médicos forenses en el juicio que, en el presente caso, no se procedió al corte del cordón umbilical, concretando las consecuencias de dicho proceder, al afirmar que si se prolonga esta ligadura hace que la sangre vaya a la placenta y se pierda sangre, lo que puede provocar la asfixia del recién nacido, lo que unido a la falta de aspiración de secreciones provocó, en el presente caso, la muerte de la recién nacida. Los médicos forenses fueron contundentes en este punto al ratificar el informe pericial y poner de manifiesto las causas de la muerte de la menor, "Que la causa fundamental del fallecimiento fue una asfixia perinatal debida a varios factores, entre ellos: aspiración de líquido amniótico y trauma craneal en el parto en ausencia de medidas de auxilio sanitario mínimas necesarias. Que la causa inmediata de la muerte fue una anoxia de centros vitales respiratorios". En el acto del juicio explicó el forense D. Lorenzo que dicha anoxia perinatal había sido, fundamentalmente, por la aspiración de secreciones y la hemorragia por la falta de ligadura del cordón umbilical. Se cuestionó por las defensas el origen del trauma craneal al que se hace referencia en el informe de autopsia, al haber negado los acusados que la menor hubiera caído o que se hubiera golpeado en modo alguno la cabeza, sin embargo, explicaron los forenses que no podían determinar, con absoluta seguridad, el origen del trauma, en cuanto podía deberse tanto a un sufrimiento durante el parto, que hubiera producido la compresión de la cabeza o bien por una caída accidental del feto, dada la precaria situación donde había tenido lugar el mismo. En cualquier caso, sí coincidieron los tres forenses que llevaron a cabo el informe de autopsia al afirmar que si se hubieran aspirado las secreciones a la recién nacida y se le hubiera prestado la ayuda adecuada hubiera seguido viviendo. Consideraron también acreditado los Jurados, (Hechos 9 y 16 del Veredicto), que los acusados no abrigaron a la menor, partiendo de la inspección ocular, en la que no se apreció suficiente ropa de abrigo para la menor.

Resulta incuestionable la posible autoría por comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal, de acuerdo con la calificación de los hechos ya explicada, objeto de enjuiciamiento, dada la posición de garante que tenían ambos acusados respecto de la recién nacida, hija de ambos.

El Tribunal Supremo ha venido estableciendo que los elementos de los que depende que pueda ser imputado un delito activo por haber incurrido la persona presuntamente responsable en una omisión que, sin haber producido el resultado -la omisión nunca es causal por definición- no ha evitado su producción, son los siguientes:

Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley, de lo que no cabe duda en este caso por el fallecimiento de la menor.

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

Ahora bien, como la comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría -con la autoría material y con la cooperación necesaria- como en el grado de la equivalencia con la complicidad, la indicada relación de causalidad hipotética será distinta en uno y otro caso.



Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la certeza, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado.

Comisión por omisión en grado de complicidad existirá, por su parte, cuando el mismo juicio asegure que la acción omitida habría dificultado de forma sensible la producción del resultado, lo que equivaldría a decir que la omisión ha facilitado la producción del resultado en una medida que se puede estimar apreciable.

En el presente caso el juicio que podemos realizar es de absoluta certeza sobre la total eficacia que habría tenido la acción omitida por parte de los acusados. Ambos podrían haber impedido que la menor falleciera, bien prestándole la asistencia precisa, aspirándole las secreciones, abrigándola, cortando el cordón umbilical o dándole alimento o, en su caso, recabando el auxilio de los servicios sanitarios, bien llamando una ambulancia, bien a la policía, teniendo en cuenta que vivían en una zona habitada y que cuando finalmente decidieron ir al Centro de Salud, una vez la menor había fallecido, lo hicieron en taxi. Si bien sobre este particular señaló Doña Candelaria en su declaración en el Juzgado de Instrucción que intentó llamar pero que no había cobertura, afirmando incluso que había borrado las llamadas de su teléfono móvil, no mantuvo dicha versión en el Plenario, donde se limitó a señalar que pensaba que la niña no necesitaba ayuda y que por ese motivo no había llamado, manteniendo D. Claudio que se limitó a respetar la voluntad de Candelaria, todo ello a pesar, como se ha declarado probado, de percatarse de como la menor iba muriendo a lo largo del día. De esta forma, la prueba practicada tan solo permite concluir que ambos acusados podrían haber logrado, con una simple llamada, apartarla de la situación en la que se encontraba.

Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales, pudiendo ambos ser autores, en el presente caso, de un delito de **asesinato**.

Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. Tampoco cabe la más mínima duda sobre este particular. Como se ha señalado, bastaba con atender a la niña, prestándole auxilios mínimos, llevarla al centro de salud, como sí hicieron un día después de su nacimiento y cuando llevaba ya varias horas fallecida, o llamar a los servicios de emergencias, de tal forma que hubieran evitado, tal y como mantuvieron los forenses en el acto del juicio, el fallecimiento de la menor.

que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. La obligación de actuar de los acusados es indiscutible. Eran los padres de la recién nacida y, como tales, tenían el deber de velar por ella, alimentarla, educarla y proporcionarle una formación integral (artículo 154 del Código Civil). Mantuvo Claudio en el Plenario que desconocía, en el momento del nacimiento, que él era el padre de la niña, sin embargo, entendió el Jurado acreditado, también por unanimidad (Hecho 23), que sí tenía constancia de dicha circunstancia, en la fecha de los hechos, basándose para ello en las declaraciones de los acusados quienes, también sobre este particular, incurrieron en contradicciones. Negó Candelaria en su declaración en el Juzgado de Instrucción que el acusado fuera el padre de la menor, manteniendo que el padre de la niña no había tenido conocimiento del embarazo, sin manifestar en ningún momento que Claudio fuera el padre, señalando únicamente que era su compañero de piso. Claudio sí manifestó haber mantenido relaciones sexuales con Candelaria pero negó tener conocimiento de ser el padre de la niña, extremo que, por el contrario, admitió la acusada en el Plenario, al manifestar que sabía que Claudio era el padre y así se lo hizo saber, si bien añadió que Claudio no la creyó, quedando dicho extremo finalmente acreditado con la prueba Pericial del Laboratorio de Genética adscrito al Instituto de Medicina Legal de Las Palmas, (folios 62 y 63 de los testimonios remitidos por el Juzgado de Instrucción), en la que se viene a concluir que Don Claudio presenta una probabilidad de paternidad del 99,999%, ratificando sus autores dicho informe en el Plenario, y explicando el Director Técnico del laboratorio, D. Leovigildo que el acusado era el padre de la menor y que se recoge dicha probabilidad porque así debe hacerse pero que no existía duda alguna de su paternidad dado que si fuera el padre la conclusión hubiera sido que quedaba excluido, por lo que tampoco este particular planteó dudas al Jurado que declaró probado por unanimidad la paternidad de Claudio (Hecho 22).

Ante las alegaciones de las partes, se incluyeron en el objeto del veredicto las correspondientes proposiciones en las que se incluía la posible concurrencia del dolo directo (Hechos 24 y 27); dolo eventual (Hechos 25 y 28, y finalmente, la imprudencia (Hecho 26), excluyendo el jurado en su veredicto tanto el dolo directo como la imprudencia y admitiendo la concurrencia de dolo eventual. No se sometieron al Jurado cuestiones jurídicas, limitándose el Jurado a pronunciarse, en el sentido expuesto, sobre los hechos enjuiciados, teniendo en cuenta, sobre este particular, la jurisprudencia que viene a señalar que; "el veredicto de culpabilidad por la participación en el hecho o hechos delictivos no constituye más que una consecuencia del relato fáctico, que expresa un



reproche social por los hechos declarados acreditados, pero no debe contener calificación jurídica alguna (el Jurado español es un jurado "de hechos", integrado de modo expreso por ciudadanos legos en derecho, art. 10.9 LOTJ), función calificadora que corresponde al Magistrado Presidente (art. 9 y 70 LOTJ). Por consiguiente el veredicto de culpabilidad por la participación en el hecho delictivo no debe incluir el "nomen iuris" delictivo (el acusado es culpable para el Jurado de los hechos declarados probados, no de "**asesinato**", "**homicidio**", " lesiones dolosas en concurso con **homicidio**" u " **homicidio** imprudente"), ni tampoco contener una especie de mini calificación autónoma ("es culpable de haber matado alevosa e intencionadamente al acusado"), pues esta incorrecta modalidad de redacción del veredicto de culpabilidad no constituye más que una fuente de posibles contradicciones e incongruencias con el veredicto expresado en el relato fáctico". (STS. 439/2000 de 26 de julio).

Así, consideró probado el Jurado, por unanimidad, que los acusados se representaron como probable que se produjera el fallecimiento de su hija de tal forma que, aunque este resultado no fuera el deseado, persistieron en su comportamiento asumiendo el fallecimiento de la menor, descartando la posible imprudencia, introducida por la defensa de D^a Candelaria . Se centró el objeto del debate, durante las sesiones del juicio oral, en el conocimiento que los acusados tuvieron, durante el transcurso de las horas, del estado de la menor, de su progresivo empeoramiento y, finalmente, de su fallecimiento. Sobre dicho particular, declaró probado el Jurado, por unanimidad, (Hechos 19 y 20), que el fallecimiento de la recién nacida se produjo como consecuencia de la falta de atención por parte de los acusados, al no prestar a la niña los auxilios mínimos necesarios, valorando para ello las declaraciones de los médicos forenses quienes, efectivamente, explicaron en el Plenario que si bien la niña falleció como consecuencia de la anoxia perinatal, ésta se produjo por una serie de factores, derivados, todos ellos, de la ausencia de cuidados mínimos del neonato, como fueron, que no se aspiraron las secreciones ni el líquido amniótico de las vías respiratorias de la menor y también por la ausencia de ligadura del cordón umbilical durante un tiempo prolongado, lo que puede suponer un incremento de la falta de oxígeno. Como también explicaron los forenses, son perfectamente posibles los partos extrahospitalarios pero siempre debidamente acompañados por una matrona, de tal forma que sea posible el traslado inmediato, si fuera necesario, al Centro de Salud, lo que sucedió en el presente caso no fue, únicamente, la falta de previsión de lo que podía llegar a suceder durante el parto, lo que sí podría haber constituido una conducta imprudente, por el contrario, lo que pasó a continuación, tras el nacimiento de la menor, durante más de veinticuatro horas, no se puede corresponder, y así lo declaró probado el jurado, por unanimidad, con una pretendida falta de conocimiento, por parte de los acusados, del estado de la menor, de la circunstancia de que la misma fue dejando de respirar, hasta su fallecimiento, que tuvo lugar, según las manifestaciones de los acusados y el informe médico forense, después de las 12 de la noche, con lo que la niña habría vivido al menos catorce horas. Reconocieron ambos acusados y así lo declaró probado el Jurado, que la niña nació viva, (Hecho 1) que lloraba y que se movía, manifestando Claudio que incluso le apretó el dedo con su mano, también se recoge así en el informe forense, tal y como se ha expuesto anteriormente, y lo confirmaron los forenses en el Plenario. Sin embargo, lo que también ha resultado acreditado es que los acusados no hicieron absolutamente nada por evitar el fallecimiento de la menor, al no prestarle ningún auxilio mínimo, tras su nacimiento, en primer lugar no procedieron a intentar aspirar las secreciones, no le dieron alimento alguno, no la abrigaron y no procedieron a cortar el cordón umbilical pero, fundamentalmente, no trataron de recabar ayuda llamando a emergencias o acudiendo a un Centro de Salud, próximo a su domicilio. El Tribunal Supremo, en la Sentencia 368/16, de 28 de abril , en la que se analizaba un supuesto en el que el jurado había entendido que la acusada había actuado bajo los efectos de un error, al declarar probado que creyó que el bebé estaba muerto, con lo que la razón de no prestarle atenciones de ningún tipo no fue la decisión de abandonarlo, que según las circunstancias podría ser dolosa o imprudente, sino la creencia, errónea, de que no las precisaba ya al haber muerto, señalaba que; "...la calificación correcta de los hechos, si se hubiera declarado probado que la acusada, conociendo que el bebé estaba vivo, lo hubiera dejado sin atención alguna abandonado a su suerte y que eso precisamente hubiera sido lo que había determinado su fallecimiento, sería la de considerar los hechos como constitutivos de un delito de **asesinato**, en comisión por omisión, con la concurrencia de la alevosía llamada de desvalimiento". Y es eso lo que en el presente caso se ha declarado probado por el Jurado por unanimidad, conocían ambos acusados que la bebé estaba viva y, pese a ello, no le proporcionaron atención alguna, y fue precisamente dicha omisión lo que determinó su fallecimiento. Es indudable, pese a lo manifestado por los acusados en el legítimo ejercicio de su derecho de defensa, la responsabilidad de ambos en el fallecimiento de la niña. En primer lugar manifestó Candelaria que Claudio cogió a la niña con una toalla, cuando estaba a punto de salir y que ella le dijo que la colocara boca abajo, ya que había leído que así expulsaría las secreciones, señala que no cortó el cordón porque también había leído que era la forma menos dañina para el bebé, que el cordón no se corta porque a los tres o cinco días se cae solo, junto a la placenta. Afirma que puso a la menor junto a ella y que no le daba alimento porque pensó que estaba dormida, admitió que al no haber cortado el cordón y encontrarse la placenta aún dentro de su cuerpo la niña no llegaba al pecho pero que ella se hubiera agachado para darle de comer si la niña hubiese estado despierta, señaló también que no fue hasta doce



horas después, sobre las 23:30 horas, cuando expulsó la placenta, que, sin cortar el cordón, la metió en una bolsa de plástico y que junto al acusado Claudio bañaron a la niña, manifestando que durante la noche pensó que seguía dormida y que así pensaba aún a las ocho, cuando si bien la notó fría y morada aún pensó que estaba durmiendo, señalando que llegaron antes de las 12 al Centro de Salud y que no llevaban a la niña con la cara tapada. El acusado manifestó por su parte que la niña nació sobre las 10 horas y que su intervención se limitó a coger la niña con una toalla, que no cortaron el cordón porque ella no quería y que dejó a la niña con la madre. Que ese día salió dos veces del domicilio, en una ocasión para fruta, comprando también lotería y en una segunda ocasión en la que salió a tomar un café, manteniendo, como también hizo Candelaria, que nunca tuvo conciencia de que la niña estuviera muriendo. Que ayudó a Candelaria a bañar a la niña y se acostó antes de la una, añadiendo que Candelaria le despertó entre las ocho y las nueve de la mañana porque la niña se estaba quedando fría y que decidió ir a un Centro de Salud en taxi porque era más rápido, con la idea de que la niña seguía viva. Pues bien, pese a dichas manifestaciones la prueba practicada sí ha evidenciado que los acusados omitieron prestar a la menor la ayuda necesaria, lo que provocó su muerte así como que éstos supieron que la menor estaba muriendo, que falleció y que no fue hasta después de fallecida cuando acudieron al Centro de Salud, tal y como declara probado por unanimidad el Jurado en los Hechos 11 y 18 del veredicto. Pese a lo expuesto por los acusados, no puede entenderse acreditado que no tuvieran conocimiento del fallecimiento de la menor, si se atiende no solo al informe médico forense, que sitúa la hora de la muerte entre las 12:00 de la noche y las 8:00 de la mañana o a la carta en la que expresamente manifiesta Candelaria haberle dicho al acusado que la niña había fallecido, que no respiraba, sino también en atención a las manifestaciones de D^a Antonia, la doctora que atendió a la menor en el Centro de Salud y manifestó en el Plenario que el bebé llegó azul, cianótico total y completamente envuelto, hasta la cara, que lo llevaban como si fuera un paquete y que ni siquiera le hicieron reanimación, ya que estaba completamente azul, con lo que era evidente que había fallecido, tal y como hizo constar en su informe, obrante al folio 31, en el que expresamente hizo constar que la recién nacida estaba envuelta en una sábana toda cubierta, recogiendo en el informe que la hora de llegada al Centro de Salud había sido a las 12:05 y que la madre había referido que la recién nacida había fallecido hacía veinticuatro horas, extremo este último que manifestó la Doctora no recordar dado el tiempo transcurrido. Sí resultó acreditado que los acusados no acudieron al Centro de Salud sobre las 9 de la mañana, sino sobre las 12:00 horas, tal y como se desprende del informe de la Dra. Antonia, en el que expresamente se recoge la hora de llegada, y de lo manifestado por los Guardias Civiles que tuvieron ocasión de acudir al Centro de Salud, quienes manifestaron que acudió en primer lugar la patrulla, formada por los Agentes NUM007 y NUM008, afirmando que llegaron sobre las 12:00 horas, recogiendo en el atestado obrante al folio 28 que recibieron la llamada sobre las 12:05 horas y que se personan inmediatamente en el Centro de Salud, con lo que pudo ser esa la hora aproximada, personándose a continuación el Sargento Jefe de Servicio y el Agente con TIP NUM009, manteniendo ambos que llegaron sobre las 12:30 horas, siendo este último Agente quien toma las fotos de la bebé, que obran en el atestado, y que hizo las mismas sobre las 13:30 horas, una vez estuvo presente el médico forense, considerando acreditado el Jurado, en atención a la declaración de la doctora, ya analizada, que los acusados no llegaron al Centro de Salud hasta las 12:05 horas, cuando ya la niña llevaba varias horas muerta, y siendo conscientes ambos de dicho fallecimiento, no solo porque era evidente al ver el cuerpo sino por la forma en que la transportaban, con la cara tapada y como si fuera un paquete, tal y como declaró la citada testigo.

No puede tampoco justificarse la actitud de la acusada por su estado de salud. Es cierto que acababa de dar a luz y que podía estar cansada pero lo que se desprende de la prueba obrante en autos es el buen estado no solo físico sino psicológico de Candelaria. Así lo pusieron de manifiesto los peritos en el acto de la vista, no se apreciaron desgarros y no presentaba sangrado activo, acordándose que fuera vista la acusada por el psiquiatra de guardia quien si bien manifestó que se encontraba algo ansiosa y cansada, señaló que no presentaba la misma ninguna patología psiquiátrica, tal y como declaró el psiquiatra, D. Felipe, en el acto de la vista. Tampoco es menor la responsabilidad del acusado por ampararse, según sus manifestaciones, en el respeto a la decisión de la madre, cuando es evidente que omitió cualquier ayuda a la niña pese a ser conocedor de su precario estado de salud, de tal forma que en todo momento pudo también impedir el resultado que finalmente se produjo.

Sentado lo anterior, declaró probado el Jurado, por unanimidad, la concurrencia de dolo eventual en la conducta de ambos acusados, en cuanto si bien no tuvieron intención de matar a la menor sí se representaron como probable que se produjera el fallecimiento de tal forma que aunque éste no fuera el resultado deseado, persistieron en su comportamiento asumiendo el fallecimiento de la menor, con lo que los hechos serían constitutivos de un delito de **homicidio**, concurriendo, tal y como posteriormente se expondrá, la agravante de alevosía.

Su comisión exige la concurrencia de los siguientes elementos básicos, que en el presente caso se dan en la conducta del acusado: a) La destrucción de una vida humana mediante la actividad del sujeto activo; b)



Una relación causal entre esa conducta y el resultado de muerte, y c) La existencia de un específico elemento intencional consistente en el ánimo de matar a otro, que puede ser directo o eventual.

Sobre el ánimo de matar, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª; nº 136/2006, de 15 de febrero plasmando el reiterado criterio de la doctrina jurisprudencial, pone de manifiesto que "el elemento subjetivo del delito de **homicidio** no es el "animus necandi" o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el "dolo homicida", el cual tiene dos modalidades, el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual, que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa directa e inmediata del resultado producido (STS de 08/03/2.004)".

En el dolo eventual, al autor se le presenta el resultado como posible (eventual), existiendo acuerdo en la doctrina sobre ello, aunque existen distintas opiniones sobre la distinción entre el dolo eventual y la llamada culpa consciente, en la que también el autor se representa el delito como posible ; habiendo identificado la jurisprudencia diversos signos externos de los que cabe inferir el ánimo de matar en su forma directa o eventual como son , entre otros, las características del autor y la víctima; el método utilizado para causar la muerte, la zona o zonas del cuerpo a que se dirige la agresión, el número de golpes inferidos y las condiciones de lugar y tiempo y circunstancias conexas o concomitantes con la acción.

La Sentencia del Tribunal Supremo nº 645/2012, de 9 de julio desarrolla las dificultades que plantea en la práctica la figura del dolo eventual, sentando la idea de que la previsión del riesgo se ha de poner en relación con las circunstancias del hecho y la prueba practicada en el juicio oral para poder afirmar que el acusado aceptaba y consentía el eventual resultado mortal de la víctima, que podía catalogarse, al menos, como "esperable" o previsible. En el fundamento de derecho segundo de dicha sentencia, se expresa lo siguiente:

"El abordaje del dolo eventual es de frecuente aparición en la práctica, en el que con facilidad se entremezclan cuestiones dogmáticas con otras probatorias. Un clásico y citado penalista del siglo pasado se refería a él como uno de los "problemas más difíciles y a la vez de los prácticamente más importantes de todo el Derecho de castigar". En nuestro derecho penal dolo directo y dolo eventual aparecen equiparados: no existe una especie intermedia de título de imputación entre el dolo y la culpa ni una regulación explícita del dolo eventual como en otros países (Austria o Suiza). Pese a la dificultad de trazar la frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente el derecho positivo carece de orientaciones precisas para establecer líneas claras de separación, más allá del eco que de esa cuestión han querido ver algunos en fórmulas legales utilizadas en relación a temas tan específicos que no son susceptibles de generalización (el temerario desprecio a la verdad de los delitos de calumnia, por ejemplo).

Son conocidas las teorías usualmente manejadas. Según la teoría del consentimiento el dolo eventual exige la aceptación por el autor del resultado que solo se representa como posible. Muestra indiferencia hacia el resultado.

La teoría de la probabilidad es menos exigente: basta con que el autor haya querido actuar pese a evaluar y asumir la probabilidad de que el resultado se produjese. Como la indagación sobre el consentimiento es una tarea no ya ardua, sino de pura disquisición (ni el propio autor podrá identificar muchas veces esos matices psicológicos de los que va a depender una decisión tan relevante penológicamente) es preciso buscar orientaciones más objetivas. La teoría de la probabilidad aportaría seguridad jurídica al poner el acento en un hecho más objetivable o constatable: la existencia de una acción que el sujeto quiere realizar con conciencia y aceptación del peligro que entraña para la indemnidad de un bien jurídico y por tanto de la probabilidad de su lesión.

La denominada teoría del sentimiento aporta otras perspectivas. El escaso eco que esta otra teoría ha tenido en la doctrina de esta Sala disculpa de su análisis pese a contar con solventes defensores.

Predomina en la doctrina jurisprudencial como punto de partida la teoría del consentimiento aunque no faltan pronunciamientos que se han decantado de forma rotunda por la teoría de la probabilidad. En los últimos años en el terreno de las soluciones concretas se advierte una convergencia de ambas sendas interpretativas. Partiendo de la necesidad de asunción del resultado, o indiferencia frente a su producción, se considera que uno de los datos básicos para indagar sobre ese elemento anímico es un juicio probabilístico efectuado ex ante respecto de ese resultado. Si se concluye que su aparición era muy probable se podrá colegir que se actuó con indiferencia hacia el resultado efectivamente producido (STS 69/2010, de 30 de enero).

Por otra línea se conecta con un concepto normativo del dolo (SSTS 172/2008, de 30 de abril Jurisprudencia citada a favor , 716/2009, de 2 de julio o 546/2012, de 25 de junio). Si el dolo tiene un componente cognoscitivo (conocer) y otro volitivo (querer) que han de recaer sobre los elementos objetivos del tipo penal, su modalidad



más frecuente sería la voluntad dirigida directamente a la consecución del resultado. Pero también sería predicable el dolo de quien realiza la conducta conociendo y queriendo no ya el resultado, sino el riesgo concreto de su causación. El resultado de esa forma queda también abarcado implícitamente por la voluntad".

En el presente caso se ha analizado ya la prueba practicada y valorada por el Jurado para considerar acreditada por unanimidad la concurrencia de dolo eventual, al entender que los acusados conocieron que la niña estaba muriendo y, pese a ello, no le prestaron auxilio alguno, acudiendo al servicio de urgencias cuando la menor ya llevaba varias horas fallecida.

En definitiva, se está en presencia de un supuesto de dolo eventual porque los acusados se representaron como probable la eventualidad de que su acción produjese la muerte de la niña, aunque ese resultado no fuera deseado, a pesar de lo cual persistieron en dicha acción que obra como causa del resultado producido, con arreglo a los informes médicos ya analizados.

La defensa de Candelaria planteó, como calificación alternativa, la posibilidad de que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito de **homicidio** imprudente, lo que se planteó al Jurado en los hechos 12 y 26, sin que se considerara acreditado dicho particular al estimar el Jurado probado, por unanimidad, que los acusados se representaron como probable que se produjera el fallecimiento de la menor. Se considera así acreditado que ambos acusados debían ser conocedores del alcance de su conducta y, en todo caso, lo eran del progresivo empeoramiento de la menor, hasta su fallecimiento, sin prestar auxilio alguno a la menor, que ya de por sí hubiera sido suficiente para salvarle la vida sino sin siquiera dar aviso a los servicios médicos para que estos le prestasen la asistencia adecuada a lo largo de todo el período de tiempo durante el cual la niña vivió y fue perdiendo vitalidad, circunstancias todas ellas que provocaron su fallecimiento.

TERCERO.- Procede, en atención a lo expuesto, calificar los hechos como constitutivos de un delito de **asesinato**, al concurrir la circunstancia prevista en el apartado 1º del artículo 139 del Código Penal, alevosía, señalando al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2015 que "esta circunstancia exige en primer lugar el elemento normativo que se cumple al ejecutarse un delito contra las personas. En segundo lugar el elemento instrumental u objetivo, por el que el agente asegure totalmente el resultado mediante la eliminación de las posibilidades de defensa de la víctima. Y finalmente el culpabilístico o subjetivo, consistente precisamente en el ánimo de hacer desaparecer toda posibilidad de reacción en la víctima para así garantizar una ejecución sin riesgo alguno para el autor". Según ha recordado ese mismo Tribunal en sentencia de 4 de mayo de 2015; "la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa, o el aprovechamiento de una situación de indefensión".

Pues bien, en casos como el de autos, en el que la víctima es una niña recién nacida, que ninguna acción podía llevar a cabo frente a la absoluta desidia de sus progenitores, se encierra una evidente indefensión y constituye un claro supuesto de alevosía, al haberse actuado contra una persona totalmente indefensa y desvalida, sin que podamos ignorar esa condición de bebé de la persona sobre la que actuaron los acusados. En consecuencia, hemos de concluir afirmando que, siendo la víctima una niña de pocas horas de vida, sí concurre dicha agravante al tratarse de una criatura que requería protección y cuidado y a quien ni siquiera se le dio la oportunidad de recibir la asistencia médica que hubiera evitado su fallecimiento.

Por último, en relación a la compatibilidad del dolo eventual y la agravante de alevosía, no existe impedimento alguno para apreciar dicha compatibilidad, tal y como ha reiterado el Tribunal Supremo, en Sentencias de 10 de marzo y de 24 de septiembre de 2015.

CUARTO.- Conforme al veredicto del Jurado, del delito de **asesinato** son responsables en concepto de autores los acusados Candelaria y Claudio, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal. Por todo ello debe afirmarse que, en los términos del art. 70.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, existe prueba de cargo suficiente de los hechos y de la participación de los acusados declarados culpables por el Jurado, lo que supone que ha sido debidamente desvirtuada la presunción constitucional de inocencia que a dichos acusados ampara.

QUINTO.- Se planteó al Jurado, con arreglo al escrito de acusación, la posible concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco estimando acreditado el Jurado, en los Hechos 21 a 23 del veredicto que los acusados eran los padres de la niña y que, además, conocía D. Claudio dicha circunstancia en el momento del nacimiento.

Sobre este particular, es conocida la doctrina jurisprudencial que establece que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal han de estar tan acreditadas como el hecho típico de que dependen. Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Abril de 2001, 2 de Febrero de 2000 entre otras varias, y en igual línea las sentencias del Alto Tribunal de 4 de Noviembre de 2002 y 20 de Mayo de 2005, que añaden que no es aplicable respecto de las circunstancias modificativas el principio "in dubio pro reo".



No procede, en el presente caso, la aplicación de la agravante interesada por el Ministerio Fiscal al excluirse la posibilidad de su aplicación en aquellos casos, como el presente, en los que ha sido dicha relación de parentesco la que precisamente ha revestido la condena de los acusados, en atención a la posición de garante que tienen en relación a la menor. Concretamente, se recogía en la Sentencia del Tribunal Supremo 64/2012, de 27 de enero, haciendo también referencia a la Sentencia 20/2001, de 22 de enero que; "se excluye la aplicación de la agravante de parentesco cuando se trata de un delito cometido por omisión, cuando ha sido precisamente esa relación de parentesco la que ha determinado la condena de la madre por revestirla de la "posición de garante" respecto de su hija. Y se añade, recordándose otras sentencias, que son precisamente estos mismos deberes derivados de la relación parental los que, como infracción de un especial deber jurídico del autor, conforme a lo expresamente prevenido por el artículo 11 del Código Penal lo que determina la posición de garante y justifican la condena de la madre de la menor como autora por omisión. Derivar de la misma infracción de los deberes parentales una circunstancia de agravación adicional implica una doble valoración, en perjuicio del reo, de una misma infracción, por lo que vulneraría el principio non bis in idem". Así, en el caso de autos, no puede hacerse una doble valoración del parentesco o del deber de cuidado que podía corresponder a los acusados, cuando se trata de elementos que han sustentado la posición de garante, por lo que no podrían ser valorados para configurar la agravante, con lo que integrando la condena por el delito de **asesinato** el presupuesto de la agravación no procede su aplicación como agravante.

SEXTO.- En cuanto a la determinación de la pena, tratándose de un delito de **asesinato** la pena a imponer sería de quince a veinte años, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, considerando ajustada a derecho la pena de quince años de prisión para cada uno de los acusados, pena que llevará además consigo la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

SÉPTIMO.- Las costas deberán ser satisfechas por los acusados, con arreglo al artículo 123 del Código Penal.

Con base en los preceptos citados, y en las demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que DE CONFORMIDAD CON EL ACTA DE VOTACIÓN EMITIDA POR EL JURADO POPULAR DECLARO QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO a: Candelaria y Claudio, como autores responsables de un delito de **asesinato**, a la pena de quince años de prisión, con accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, con imposición a los acusados de las costas causadas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de apelación, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, en el plazo de DIEZ DIAS, a contar desde la última notificación.