



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS

Sentencia 11/2017, de 24 de julio de 2017

Sala de lo Civil y Penal

Rec. n.º 19/2017

SUMARIO:

Homicidio en comisión por omisión. Delito de abandono de discapaz. La fallecida ha muerto por desnutrición severa, infecciones generalizadas y un fallo multiorgánico originado por una prolongada desatención. Necesitaba de cuidados y asistencia para realizar las actividades básicas de la vida diaria, como asearse y comer, por lo tanto, dependía de sus hijos que actuaban como cuidadores garantes y quienes desatendieron esas necesidades elementales, dejando de alimentarla, asearla, limpiarle la habitación además de no suministrarle los medicamentos necesarios para paliar sus enfermedades, dando como resultado «previsible y evitable» la muerte. La posición de garante de los condenados, hijos de la fallecida, es clara y surge del deber de alimentos entre parientes que regula el art. 142 del Código Civil. Concepto de alimentos que se configura como «todo aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica». De ahí surge el deber de impedir la producción del resultado fatal de la muerte de la progenitora y del deber general de protección al desvalido de la persona a cuyo cargo estaba la fallecida, la cual dependía de la conducta de sus hijos para evitar la situación de peligro de su integridad física. Ninguno de ellos cumplió con su obligación hasta el punto de dejarla morir por la dejadez. No puede tener cabida en los hechos declarados como probados, el delito de abandono que pretenden ambas partes, pues no puede olvidarse que como consecuencia de la omisión de las obligaciones que como hijos les competían a ambos, la madre falleció. Es decir, la conducta de la omisión produce un resultado de muerte, que es lo que incardinan dichos hechos en el art. 138 del Código Penal (homicidio) y no en el pretendido 229 del mismo cuerpo legal (abandono). Aun en el supuesto de que no tuvieran la intención directa de provocar con sus actos de omisión la muerte de la víctima, sí que comprendían que con tal actuación podían causar la muerte por lo que existe dolo eventual en el homicidio.

PRECEPTOS:

Ley orgánica 10/1995 (CP), arts. 11, 23, 138, 142, 229 1 y 3.
Código civil, art. 142.

PONENTE:

Doña Carla Bellini Domínguez.

Magistrados:

Don ANTONIO DORESTE ARMAS
Don MARIA MARGARITA VARONA FAUS
Don CARLA BELLINI DOMINGUEZ



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL

C./ Plaza San Agustín nº 6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 30 65 00

Fax.: 928 30 65 02

Email: civilpenaltsj.lpa@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Recursos Ley Jurado

Nº Procedimiento: 0000019/2017

NIG: 3501631220170000014

Resolución: Sentencia 000011/2017

Proc. origen: Tribunal del jurado Nº proc. origen: 0003291/2015

Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife

Intervención: Interviniente: Procurador:

Apelado MINISTERIO FISCAL

Apelante Leoncio ACACIA DEL PILAR TEIXEIRA CRUZ

Apelante Paulina JAVIER SINTES SANCHEZ

Víctima María Rosario

SENTENCIA

Presidente:

Excmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas.

Magistradas:

Ilma. Sra. D^a Margarita Varona Faus

Ilma. Sra. D^a Carla Bellini Domínguez.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 24 de julio de 2017.



www.civil-mercantil.com

Visto el Recurso de la Ley del Jurado nº 19/2017 de esta Sala, correspondiente al procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado nº 3291/2015 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, en el que por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife al Rollo nº 92/2016 se dictó sentencia de fecha 12 de mayo de 2017 , actuando como Magistrada-Presidenta la Ilma. Sra. D^a Ana Esmeralda Casado Portilla, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a Leoncio y Paulina , como autores criminalmente responsables, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de homicidio por comisión por omisión ya descrito, a cada uno de ellos, a las penas de DIECISIETE AÑOS DE PRISIÓN E INHABILITACIÓN ABSOLUTA DURANTE EL MISMO TIEMPO y al pago de las costas procesales.

Para el cumplimiento de las penas impuestas será de abono a los acusados el tiempo que hubieren estado preventivamente privados de libertad por esta causa.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 4 de Santa Cruz de Tenerife instruyó procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado con el nº 3291/2015 por el presunto delito de homicidio, y acordó remitir las actuaciones a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Turnado el asunto a la Sección Sexta de dicho tribunal y registrado el Rollo nº 92/2016, se dictó sentencia de fecha 12 de mayo de 2017 , cuyos Hechos Probados tienen el siguiente contenido:

CONFORME AL ACTA DEL VEREDICTO EXTENDIDA POR EL JURADO, en congruencia con el objeto del veredicto, SE DECLARAN PROBADOS LOS SIGUIENTES HECHOS:

En agosto de 2015, María Rosario , de 76 años de edad (nacida en 1939), convivía, junto con su hijo, el acusado Leoncio , mayor de edad y sin antecedentes penales computables, la esposa de este y el hijo común de ambos, en la vivienda sita en el barrio de Los Gladiolos, CALLE000 , bloque NUM000 , NUM001 , en Santa Cruz de Tenerife, teniendo la anciana otra hija, la acusada Paulina , mayor de edad y sin antecedentes penales, que, si bien no convivía con ellos, había acordado con su hermano el compartir las labores de cuidado y atención de su madre.

María Rosario padecía desde el año 2000 una serie de enfermedades, entre ellas osteoporosis, artrosis, incontinencia urinaria y adicción a las benzodiazepinas, y demencia senil, habiendo sufrido, años atrás, al menos dos tentativas de autolisis.

Por razón de su edad y enfermedades, María Rosario sufrió un deterioro progresivo, perdiendo la posibilidad de caminar, así como la autonomía para realizar las actividades básicas de la vida diaria, tales como asearse o comer, asumiendo Leoncio , junto con su hermana Paulina , la obligación del cuidado personal y diario de su madre.

Ambos acusados, a pesar de ser conscientes de la situación de su madre y teniendo capacidad para cuidarla y ocuparse de ella, sin embargo desatendieron totalmente sus necesidades más elementales, dejando de alimentarla mínimamente, asearla, limpiar su entorno, cambiar su posición en la cama y curarle las heridas, lo que desembocó, como resultado previsible y evitable, el fallecimiento de doña María Rosario , hecho que se produjo el



www.civil-mercantil.com

26 de agosto de 2015 entre las 18 y 20 horas, dándose, por parte de los familiares, aviso a las 10 horas del día 27 de agosto.

La causa fundamental o principal del fallecimiento fue un cuadro de desnutrición crónica en grado de caquexia, anemia severa, úlceras de cúbito infectadas y bronconeumonía aguda purulenta.

La causa intermedia, un cuadro de sepsis grave secundario a la causa fundamental y especialmente al estado de úlceras de cúbito sobreinfectadas.

La causa inmediata fue un cuadro de insuficiencia respiratoria aguda.

Segundo.

Contra la referida sentencia se interpusieron en tiempo y forma sendos recursos de apelación por las representaciones procesales de los condenados, D^a Paulina y D. Leoncio . Dichos recursos fueron impugnados por el Ministerio Fiscal.

Tercero.

Dentro del plazo legal se personaron en el presente recurso los intervinientes siguientes:

En concepto de apelantes:

- D^a Paulina , condenada, representada por el procurador D. Javier Sintés Sánchez, bajo la dirección letrada de D. Jorge Luis López Soler, colegiado nº 1444 del Colegio de Abogados de Las Palmas.

- D. Leoncio, condenado, representado por la procuradora D^a Acacia Teixeira Cruz, bajo la dirección letrada de D. Tomás Ruano Espino, colegiado nº 1579 del Colegio de Abogados de Las Palmas.

En concepto de apelado:

- El Ministerio Fiscal.

Cuarto.

El 3 de julio de 2017 se dictó diligencia de ordenación por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia señalando el día 12 de julio de 2017 para la celebración de la vista de apelación. En la fecha señalada tuvo lugar la vista de apelación, celebrada con asistencia de todas las partes personadas y con el resultado obrante en la correspondiente acta.

Quinto.

Ha sido ponente de la sentencia la Ilma. Sra. D^a Carla Bellini Domínguez, quien expresa el parecer unánime de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.



www.civil-mercantil.com

Por la representación de doña Paulina ha sido interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 12 de mayo de 2017. La forma harto peculiar de efectuar el recurso, realiza en primer lugar una narración de hechos para a continuación, en el apartado Segundo, decir cuáles son los motivos, enumerándolos solamente y sin alegar los hechos en los cuales sustenta y encuadra el motivo de recurso, alegando finalmente que dicho recurso se interpone al amparo del art. 846 bis c) apartado b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Los motivos que esgrime son: Primero: Con sustento en infracción de precepto constitucional del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerar infringidos principios constitucionales recogidos en el artículo 24 de la Constitución Española, concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que se produzca indefensión, derecho a la asistencia de letrado e información de la acusación, derecho a utilizar medios de prueba pertinentes y derecho a la presunción de inocencia, como también recogidos en el artículo 25 CE, referente al principio de legalidad penal.

Segundo: Con fundamento en el art. 849 de la citada Ley Procesal Penal, por entender que, dados los hechos declarados probados en la sentencia, se ha incurrido en error iuris, infringiendo normas penales de carácter sustantivo y otros preceptos del mismo carácter que han debido observarse en la apreciación de aquellos.

Y como tercer motivo alega el quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851 LECrim, por entender que en la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, existiendo contradicción entre ellos, alegando igualmente que al existir conceptos que, por su carácter jurídico, han implicado la predeterminación del fallo.

Estos son las causas en las que sustenta el recurso de apelación, pero sin definir ni exponer sobre qué concretos hechos fundamenta cada uno de los motivos del citado recurso.

La representación de don Leoncio también formula recurso en base a dos motivos:

El primero por infracción de precepto constitucional, artículo 24 de la CE, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, sustentando el mismo al amparo del art. 846 bis c), apartados b) y e) de la LECrim. Esgrime esta parte que si bien es cierto el lamentable estado en que falleció la víctima, ello se debió no solo a la familia, sino también a la dejadez y falta de hacer de la médico y la enfermera que la tenían a su cargo en el Centro de Salud, por lo que sostienen que no se trata de un homicidio sino de un delito de abandono de familia previsto en el art 229 del CP en concurso ideal con el delito de homicidio por imprudencia, art. 142 del mismo cuerpo legal, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad mixta de parentesco.

El segundo en base a la infracción de precepto legal, artículo 24 C, al entender infringido precepto legal en la calificación jurídica: art. 846 bis c), apartado b), por inaplicación del art. 229 y 142 del Código Penal.

Segundo.

Las partes apelantes coinciden en el primero motivo de recurso, el referido a la vulneración a la presunción de inocencia, solo se diferencian ambos recursos respecto de este primer motivo en que por la representación letrada de doña Ana LLarena Arceo no se sustenta este motivo de recurso en ninguno de los apartados que el art. 846 bis c) recoge, ni tampoco encuadra los hechos que hacen referencia a este motivo. Consecuencia de lo anterior es que se procederá al examen conjunto de éste.

Pues bien, lo que las partes pretenden en este apartado es una nueva valoración de la prueba para lo cual relatan su propia versión de los hechos, haciendo hincapié en aquellos



www.civil-mercantil.com

puntos que consideran beneficiosos para sus argumentos. Así, señalan como prueba para poder amparar este argumento, la documental consistente en la Historia de Salud en Atención Primera de la fallecida, así como la testifical de la enfermera doña Adela y de la médico de doña María Rosario , la doctora doña Estefanía , sosteniendo las partes apelantes que en el interrogatorio de estas dos profesionales se acreditó que la fallecida había sido atendida en dicho centro de salud y que además se le llevaban gasas y que se le recetaba Betadine para curar las heridas, entregándoseles en Centro de Salud esta medicación, así como pañales cada vez que iban a pedirlos.

Antes de entrar a conocer acerca de la alegación que las partes efectúan de la presunción de inocencia, hemos de señalar que no tiene cabida en este recurso de apelación las afirmaciones que se han vertido en ambos escritos acerca de la posible culpabilidad de la médico y la enfermera, ya citadas, que atendían a la víctima en el Centro de Salud. Y ello es así por dos motivos: En primer lugar porque ninguna de las partes solicitó que se preguntara al Jurado acerca de este particular, no existe ninguna pregunta en el objeto del veredicto que haga referencia a este supuesta responsabilidad compartida que alegan las partes. Tampoco consta que, una vez realizado el objeto del veredicto, ninguna de las partes se opusiera al mismo al no constar entre las preguntas, ninguna referida a esta supuesta desatención, máxime cuando la LOTJ prevé en sus artículos 52 1.a) y 53 tal contingencia. Y, en segundo lugar, porque no existiendo entre los hechos declarados probados ninguno que haga referencia a este particular, no puede esta Sala pronunciarse acerca del mismo.

Por lo que respecta a la alegación del motivo que contempla el citado artículo 24 de la CE relativo a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se ha reiterado siguiendo la jurisprudencia que emana de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, recogida en SSTs de 29 de enero de 2008 o 7 de octubre de 2008 , que el derecho a la presunción de inocencia viene consagrado en nuestro sistema con rango de derecho fundamental e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley.

Ello significa que la presunción de inocencia se integra en nuestro ordenamiento como un derecho fundamental de toda persona en cuya virtud ha de presumirse su inocencia cuando es acusada en un procedimiento penal. Este derecho supone, entre otros aspectos, que corresponde a la acusación proponer una actividad probatoria ante el Tribunal de instancia y que de su práctica resulte la acreditación del hecho del que acusa. El Tribunal procederá a su valoración debiendo constatar la regularidad de su obtención y su carácter de prueba de cargo, es decir, con capacidad para alcanzar, a través de un razonamiento lógico, la declaración de un hecho típico, antijurídico, penado por la Ley y que puede ser atribuido, en sentido objetivo y subjetivo al acusado, debiendo expresar en la sentencia el relato de convicción y el razonamiento por el que entiende que se ha enervado el derecho fundamental a la presunción de inocencia? correspondiendo al Tribunal ad quem comprobar que el órgano a quo ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió, porque se realizó con observancia de la legalidad en su obtención, y se practicó en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, comprobando dicho Tribunal igualmente que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitieron su consideración de prueba de cargo (STS de 12 de abril de 2006).

Como indica también la STS de 9 de junio de 2016, el TS deberá verificar en casación si los criterios utilizados y la doctrina aplicada por el Tribunal que resuelve la apelación son conformes con las exigencias contenidas en la doctrina de esa Sala y en la del Tribunal Constitucional sobre el particular.



www.civil-mercantil.com

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 15 de febrero de 1997. "Lo que realmente debe comprobar este Tribunal ad quem, es si ha existido una actividad probatoria basada en pruebas legítimamente obtenidas, y si su contenido permite establecer una conexión directa entre el hecho enjuiciado y la participación del recurrente. Este juicio crítico pertenece a la conciencia de la Sala sentenciadora que dispone de una inmediación y contradicción que no puede ser trasvasada a esta Sala, que solo puede apreciar, mediante el análisis detenido de los razonamientos empleados en la valoración de la prueba, si el camino seguido transcurre por la senda de la lógica y del buen sentido";

El motivo aducido por el recurrente no puede prosperar en esta alzada. Conforme resulta del acta del veredicto emitida por el Jurado y de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, dictada con la adecuada observancia de la obligación que impone el artículo 70.2 de la LOTJ, la conclusión y convicción condenatoria que obtiene el Jurado se funda en prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Consta acreditado a través de la prueba de declaración-confesión del condenado que éste era consciente del estado de salud de su madre, de las llagas muy feas que tenía y de su obligación de hacerle las curas, para lo cual reconoce que la enfermera le informó cómo tenía que hacerlo dejándole el material para llevarlo a cabo. También reconoce que el centro médico se encontraba a escasos metros de su casa y que contaban con una silla de ruedas para trasladar a su madre. Que desconocía que su madre tuviera gusanos en una herida. Que no sabía que algunas llagas llegaban al hueso. Declaró que aseaba a su madre dos o tres veces al día, que la lavaba en la silla de ruedas y la bañaba en la cama, haciéndole la comida tres veces al día, e incluso que el día de su fallecimiento le había dado de merendar un cortado. La también condenada Paulina, hija de la difunta, reconoce que durante el último año no llevaron a su madre al médico y que tenía algunas llagas pero que aparte de esto estaba bien, porque hablaba, veía la tele y no se quejaba. Igualmente manifiesta que el día antes de morir fue a su casa, la cambió y la puso en la silla de ruedas haciéndole las curas y que estaba normal incluso riendo.

La declaración de los testigos y peritos contradicen las afirmaciones efectuadas por los condenados: Por su parte, la enfermera Adela niega haber estado en casa de la fallecida un mes antes de que esta falleciera, argumentando que la anotación que aparece en la historia clínica es un volcado de datos, siendo la última vez que fue a su casa en enero de 2014. Expone también que se desplazó al domicilio de doña María Rosario el día de su fallecimiento relatando que su estado de encogimiento no era normal, que en tal estado no podía sentarse, comer o moverse a una silla, tampoco comer sola o coger la comida. En cuanto a la higiene responde que la habitación entera oía mal, que el colchón estaba sucio, al igual que la pared que estaba sucia y marrón.

El testigo y policía nacional con carnet nº NUM002 contesta que estuvo en el lugar de los hechos y pudo apreciar el mal olor en la habitación de la víctima, la cual estaba en posición fetal, tapada con una sábana de franela, tenía un esparadrapo y doble pañal. Que la habitación se encontraba en pésimas condiciones, que la suciedad del suelo, junto a la cama y en la pared, eran heces por el olor y la impresión visual, diciéndole el hijo Leoncio que las llagas habían empeorado hacía algunas semanas. Que el cadáver tenía las uñas muy descuidadas, el cuerpo lleno de suciedad, una costra de suciedad en los pies y en el cuerpo. Manifiesta también este testigo que la hija, Paulina le dijo que venía a ver a su madre muy frecuentemente y que la aseaba, la curaba y le daba de comer, que había estado la tarde anterior, y que había aseado a su madre recientemente cortándole el pelo y las uñas, exponiendo igualmente que el día 29 de julio pidieron asistencia en casa pero que no vinieron. Manifiesta también este testigo que le tomó declaración a Virtudes, nieta de la víctima, la cual le dijo que había visto a su abuela un día antes y que no le había visto llagas. Igualmente expone que le tomó declaración



www.civil-mercantil.com

a María Milagros , la pareja de Leoncio diciéndole ésta que la anciana llevaba una semana sin comer mucho.

El policía nacional con número NUM003 , que también estuvo en el lugar de los hechos declarando en el Plenario que cuando llegó también se encontraban allí una patrulla, la policía científica y el médico forense, y expone un testimonio muy similar al del policía anterior en cuanto al hedor, la suciedad, la impresión que le causó ver el cuerpo de la fallecida, no solo por las pronunciadas llagas sino también por la extrema delgadez del cuerpo. Igualmente manifiesta la falta de higiene del cuerpo el cual no se había aseado recientemente con una suciedad muy pronunciada, al igual que la habitación, totalmente descuidada y sucia y con el suelo y las paredes manchadas de lo que opina que son heces. Manifiesta igualmente que las declaraciones que tomó a los familiares eran diferentes acerca de lo que la fallecida estaba comiendo.

La declaración de la doctora Estefanía , de la cual la fallecida era paciente, aclaró que cuando dice "visita" no es que necesariamente venga el paciente, sino que puede venir cualquier familiar, que trató a la víctima pero que ya hacia mucho tiempo que no iba por consulta y que tampoco consta que la fallecida estuviera en el programa de asistencia domiciliaria.

La prueba pericial practicada en el juicio oral fue aún mas contundente que la de los policías que acudieron al domicilio de la víctima una vez denunciado por los familiares su fallecimiento: Los facultativos del Servicio de Criminalística números NUM004 y NUM005 afirman que el estómago no había sedimentos de alimentos ni fragmentos sólidos, por lo que la fallecida no había ingerido alimentos sólidos en seis horas antes del fallecimiento como mínimo, así como que el líquido encontrado en el estómago no era compatible con el de un cortado, concluyendo que la fallecida estaba deshidratada, con anemia importante que podría proceder de la desnutrición, con infección grave de bacterias y que estaba consumiendo sus reservas proteínicas al no recibir alimentos. El facultativo NUM006 habla de una desnutrición severa, y el facultativo NUM007 responde que el pulmón padecía una infección grave y además con pus en los bronquios, siendo las manifestaciones externas fiebre, tos y esputos. Que las llagas son dolorosas y que el fallo multiorgánico da lugar a una muerte agónica, pues hay una falta de oxigenación, los pulmones no funcionan y en un hospital se pone morfina para ayudar a una muerte digna.

Los médicos forenses, doctores Joaquín y Luis Manuel , contestan que el cuerpo estaba en posición fetal anquilosada y que para ese anquilosamiento de las piernas sugiere que la fallecida tenía que haber pasado muchos meses en esa posición. Afirman que el cuerpo de la víctima se les presenta desnudo, con solo doble pañal, uno encima de otro, con una desnutrición grave de alimento y de líquido, sin rastro de leche ni de café, falta de higiene crónica con manchas en la piel de meses en todo el cuerpo, las manos y en los pies con suciedad de heces, suciedad en el cuello, las orejas y las nalgas, y las uñas con crecimiento de meses, concretamente la del pulgar del pie tenía 1 cm., lo que indica un año sin cortarla. El cadáver tenía larvas de mosca de varios días de evolución, lo que indica que no se habían limpiado en días, e incluso una cucaracha. Que tanto las escaras, múltiples, llegando algunas al hueso, como la anquilosis indican que el cuerpo adoptó esa posición y no se le movió. Que la gasa que sujetaba el esparadrapo estaba verde y con secreciones, lo cual significa que llevaba varios días puesta. Que las heridas del cadáver estaban casi todas abiertas y sucias y que esas heridas duelen mucho porque son abiertas. Igualmente afirman que la fallecida muy difícilmente pudo hablar el día anterior, aunque podía haber gemido, concluyendo que hubo un cuadro muy largo de agonía y dolor por la falta de respiración y por las llagas abiertas, a lo que se suma la fiebre y demás patologías. En cuanto a su historial médico responden que hubo un ingreso en noviembre de 2013 por múltiples úlceras infectadas pero que fue dada de alta poco



www.civil-mercantil.com

después y portaba un cuadro de desnutrición, pero que no tenía nada que ver con las que presentaba el cadáver. Respecto al ingreso de enero de 2014, también por úlceras e infección, fueron curadas y se ordenó el seguimiento y curas, ignorando si siguieron el tratamiento y el seguimiento y que no ve en el historial otra actividad hasta diciembre de 2014 en que fueron a pedir pañales. Aclaran que las personas del entorno debieron darse cuenta de la gravedad porque no es normal y debían de haber pedido ayuda si no podían hacerlo ellos.

Pues bien, es contundente la prueba de la que contó el Jurado para dar por probados los hechos que fueron calificados como delito de homicidio en comisión por omisión. El Jurado fundamenta la decisión de dar por probados los hechos en la abundante prueba que tuvo a su disposición así como en las contradicciones que pudo apreciar en las declaraciones de las cuatro personas que estuvieron cerca de la víctima: Sus hijos, Leoncio y Paulina , la pareja de Leoncio , María Milagros , y su nieta Virtudes . Y así fundamentó la culpabilidad de ambos:

Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes:

Apreciar contradicciones en las declaraciones de ambos acusados con respecto a los cuidados y la limpieza de la fallecida.

La inspección ocular que pone de manifiesto el alto grado de abandono en que se encontraba la fallecida. En un informe, aportado a la causa, del Centro Hospitalario de la Candelaria de 28 de noviembre de 2013 cuando hace mención, en la exploración física de la fallecida a "paciente, consciente, demenciada .. " y " se valora preferentemente por neurología y cambios de posición cada dos horas" lo que pone de manifiesto que los acusados no hicieron caso a las recomendaciones médicas.

La unión de todas la pruebas periciales forenses, biológicas y toxicológicas practicadas en la vista oral, y documentales demuestran que la fallecida ha muerto por desnutrición severa, infecciones generalizadas y un fallo multiorgánico originado por una prolongada desatención. Que María Rosario , al ser una persona dependiente tal como se recoge en el Servicio Canario de Salud, necesitaba de cuidados y asistencia para realizar las actividades básicas de la vida diaria, como asearse y comer, por lo tanto, dependía de sus hijos que actuaban como cuidadores y quienes desatendieron esas necesidades elementales, dejando de alimentarla, asearla, limpiarle la habitación además de no suministrarle los medicamentos necesarios para paliar sus enfermedades, dando como resultado "previsible y evitable" la muerte.

Tras analizar las pruebas periciales biológicas, químicas, histopatológicas y forenses además de las pruebas testificales de los policías que acudieron a la vista oral, el Jurado concluye que, si se hubiera tratado adecuadamente a la fallecida, con un mínimo de interés, el resultado hubiera sido diferente. No obstante, la situación degeneró en la muerte de María Rosario que fue calificada por el médico forense D. Joaquín como una "muerte agónica, dolorosa y sufrida".

El Ministerio Fiscal y por lo que atañe a doña María Milagros , formuló las siguientes conclusiones definitivas: La también acusada María Milagros , sin antecedentes penales, compañera sentimental de Leoncio y que junto con el hijo menor de ambos, de cuatro años de edad, convivía desde el año 2008 en el mismo domicilio, y que se encargaba de la limpieza de la habitación junto con la acusada Paulina así como de estar esporádicamente con la anciana, y de la preparación de la comida, si bien no de las curas de la misma, de su higiene personal y de la alimentación directa de la víctima, a pesar de mantenerse en la vivienda de aquella, abonar los gastos de electricidad y agua así como los demás producidos con la pensión de la anciana, y viendo el estado de progresivo deterioro de la misma, la falta de higiene, de cuidados médicos y la situación de grave riesgo, dejó de atender las labores que tenía



www.civil-mercantil.com

encomendadas supletorias a las de los hijos de la fallecida, no habiendo mitigado el resultado producido; Tales hechos fueron calificados por el Ministerio Público como delito de abandono de discapaz del art. 229 1º y 3º del CP, con la agravante de parentesco del art. 23 del CP.

Según consta al folio 328 de las actuaciones, la acusada María Milagros, reconoció los hechos y se conformó con la pena solicitada por el Ministerio Fiscal, por lo que se sustrajo a la decisión del Jurado y le fue dictada sentencia in voce en los mismos términos interesados por el Ministerio Fiscal.

A la vista de lo hasta ahora expuesto, el presente motivo no puede sino ser desestimado. La posición de garante de los condenados, hijos de la fallecida, es clara y surge del deber de alimentos entre parientes que regula el art. 142 del Código Civil. En dicho precepto se declara la obligación recíproca de darse alimentos entre ascendientes y descendientes entre sí. Concepto de alimentos que se configura como "todo aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica". De ahí surge el deber de impedir la producción del resultado fatal de la muerte de la progenitora y del deber general de protección al desvalido de la persona a cuyo cargo estaba la fallecida, la cual dependía de la conducta de sus hijos para evitar la situación de peligro de su integridad física. Ninguno de ellos cumplió con su obligación hasta el punto de dejarla morir por la dejadez de la responsabilidad que les correspondía hasta el punto de producirle la muerte en una conducta omisiva del cuidado, alimentación, higiene y atención médica que les competía.

Consuencia de lo expuesto es la desestimación del presente motivo de recurso.

Tercero.

El segundo de los motivos de recurso que alega la representación de doña Paulina lo sustenta en el art. 849 de la citada Ley Procesal Penal, por entender que, dados los hechos declarados probados en la sentencia, se ha incurrido en error iuris, infringiendo normas penales de carácter sustantivo y otros preceptos del mismo carácter que han debido observarse en la apreciación de aquellos.

Este artículo hace referencia al recurso de casación y no al recurso de apelación, máxime cuando además lo que está argumentando la citada parte apelante es el error en la calificación legal, por lo que debería haber estado fundamentado en el apartado b) del art. 846 bis c) de la mencionada Ley, como lo hace la representación de don Leoncio. Ambos apelantes entienden que no se trata de un delito de homicidio, sino de un delito de abandono de familia previsto en el art. 229 del CP en concurso ideal con el delito de homicidio por imprudencia, art. 142 del mismo cuerpo legal, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad mixta de parentesco.

A la vista de la igualdad de argumentos fácticos de ambas partes recurrentes, se procederá a examinar de forma conjunta el presente motivo de recurso.

Antes de nada debemos precisar que ha quedado acreditado que existe prueba de cargo suficiente para dar por probado los hechos que le fueron planteados al Tribunal Popular y que esta declaración de Hechos Probados debe ser rigurosamente respetada como marco infranqueable y restringido de la función revisora de esta Sala. En palabras de la STS de 31 de octubre de 2013, recogidas también en el ATS de fecha 16 de marzo de 2017, el cauce procesal de la infracción de Ley impone que se respeten en su integridad los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, de modo que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de la narración fáctica desencadena la inadmisión del motivo y en trámite de sentencia su desestimación (STS de 14 de octubre de 2014).



www.civil-mercantil.com

Entrando ya en la cuestión suscitada, no puede tener cabida en los hechos declarados como probados, el delito de abandono que pretenden ambas partes, pues no puede olvidarse que como consecuencia de la omisión de las obligaciones que como hijos les competían a ambos, la madre falleció. Es decir, la conducta de la omisión produce un resultado de muerte, que es lo que incardinan dichos hechos en el art. 138 del Código Penal y no en el pretendido 229 del mismo cuerpo legal .

A tal fin, cabe señalar que la sentencia del Tribunal del Jurado, afirma la concurrencia del elemento subjetivo y objetivo que requiere el delito de homicidio del art. 138 C.P ., indicando que el dolo homicida incluye tanto el dolo directo como el eventual, que, como todo factor anímico, debe inferirse del comportamiento externo acreditado. Las diferencias entre el dolo eventual y la culpa consciente, fronteriza con aquél, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, presenta al primero de ellos, dolo eventual, "cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico".

En la STS de 24 de enero de 2.001 , -exponente de otras muchas en el mismo sentido-, se declara que el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca, caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la teoría de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo -asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad o, en definitiva, "querer" el resultado- el signo de distinción respecto a la culpa consciente. Por otro lado, la STS de 20 de enero de 1.997 , venía a coincidir con la anterior, exponiendo que debe entenderse la concurrencia del dolo eventual cuando se produce un resultado representado como probable y sin embargo consentido o aceptado por el agente, aunque tal aceptación pueda estar matizada por el posible deseo del autor de que el resultado admitido no se produzca.

Como ya se subraya en la STS de 23 de abril de 1.992 (conocida como "caso de la colza") el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento. La jurisprudencia del TS permite admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico, no excluyéndose la categoría del dolo eventual simplemente por la "esperanza" de que no se producirá el resultado o porque este no haya sido deseado por el autor - sentencia del 27 de diciembre de 1982 , conocida como "caso Bultó"- que reputó existente esta clase de dolo, cuando el autor toma medidas poco serias para la eliminación del peligro, que como tal conoce. En definitiva, en la medida que la jurisprudencia ha adoptado, al menos para los delitos de resultado, la teoría de imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo, el que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Así obrará con dolo el que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto y desaprobado jurídicamente, por haber tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan precisamente al dolo. La aceptación del resultado existe cuando el agente ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias.

Por otro lado y en cuanto al delito de homicidio en comisión por omisión, según dice la STS 459/2013, de 28 de mayo : "Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 64/2012, de 27 de enero y de 28 de enero de 1994 , que la estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica? b) ausencia de la acción determinada que le era exigida? y c) capacidad de realizarla? así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. Se añade que en los delitos de omisión el dolo se debe apreciar



www.civil-mercantil.com

cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa. En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado. Y en la Sentencia 363/2007, de 28 de marzo, se declara que los elementos fácticos que permiten la aplicación del artículo 11 del Código Penal son los siguientes: a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley, b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 CP, exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación, c) Que el omitente esté calificado para ser el autor del tipo activo que se trate, d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado, e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

A partir del análisis de estos datos fácticos declarados probados, el Tribunal del Jurado llega al hecho consecuencia explicitando que la desatención llevada a cabo por los hijos de la víctima, desatención en cuanto a alimentación, bebida, mínima higiene personal, desatención en la curación de las úlceras y llagas que como consecuencia del encamamiento padecía la fallecida, descuido que fue de tal magnitud que sólo puede concluirse, de forma razonable y lógica que los condenados, aun en el supuesto de que no tuvieran la intención directa de provocar con sus actos de omisión la muerte de la víctima, sí que comprendían que con tal actuación podían causar la muerte de María Rosario, y, pese a ello, aceptaron tal resultado como posible, persistiendo en su falta de atención y de cuidado, infiriendo de todo ello que pudiera producirse un "resultado previsible y evitable" de fallecimiento de la víctima, por lo que queda plenamente acreditado todos y cada uno de los elementos del delito de homicidio del art. 138 del Código Penal.

Los hechos declararon probado que sus hijos Paulina y Leoncio a pesar de ser conscientes de la situación de la víctima y debiendo y pudiendo cuidarla y atenderla, -pues concretamente su hijo Leoncio se encontraba desempleado, vivía en la casa de su madre no pagando ninguno de los gastos de dicha vivienda, en la cual además convivía su pareja y el hijo menor de edad de ambos, y de vivir de la pensión de su madre-, sin embargo la desatendió, al igual que su hermana Paulina la cual también se ayudaba con la pensión de su madre y se comprometió con su hermano a atenderla, no llevando a cabo ninguno de los dos el cuidado de las heridas, el cambio de posición, el mínimo aseo personal y del entorno, no la alimentaron dejándola morir en un dolor y una agonía perfectamente evitable, pues pudieron haber ingresado a la fallecida en un centro hospitalario, por lo que ante tal desatención tuvieron que haber albergado en sus mentes la alta probabilidad del resultado finalmente acaecido, y de ahí que deba declararse la concurrencia del dolo homicida, cuando menos en su modalidad eventual y la consiguiente exclusión del mero delito de abandono que se postula.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

Cuarto.

Y como tercer motivo alega la representación de doña Paulina el quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851 LECrim, por entender que en la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, existiendo



www.civil-mercantil.com

contradicción entre ellos, alegando igualmente que al existir conceptos que, por su carácter jurídico, han implicado la predeterminación del fallo.

Como ya hemos reseñado en apartados anteriores, esta parte apelante no especifica ni recoge dato o alegación alguna que sustente este motivo de recurso que, por otro lado, va dirigido a los recursos de casación, por lo que entendemos que la parte apelante lo hubiera debido haber encuadrado en el apartado a) del art. 846 bis c) de la LECrim . al ser el recurso de apelación de sentencias de Tribunal del Jurado, un recurso que puede solo circunscribirse a las causas tasadas en el mencionado artículo.

Pues bien, los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial requiere este motivo de recurso, en su primer apartado, es decir, "cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados o resulte manifiesta contradicción entre ellos..." y que hacen viable este motivo son los siguientes: a) que en la narración fáctica se produzca incomprensión, duda, confusión u omisiones que determinen su ininteligibilidad en una cuestión de relevancia, b) que tales incomprensiones u omisiones tengan directa relación con la calificación jurídica, es decir, impidan o dificulten notoriamente la subsunción y c) que esta falta de entendimiento provoque un vacío descriptivo no subsanable a través de otros pasajes o del entendimiento conjunto de los hechos probados. (SSTs 1001/2010 de 10 de noviembre , 897/2010, de 20 de octubre , 981/2010, de 16 de noviembre , 483/2013, de 12 de junio y 905/2015, de 29 de diciembre , entre otras).

Por otro lado, para la prosperabilidad de un recurso amparado en este fundamento legal, es preciso que el recurrente designe expresa y concretamente las frases o expresiones que, a su juicio, resultan incomprensibles por falta de claridad o, en su caso, la omisión o laguna que tal ausencia de claridad provoca. (STS 1089/2010, de 10 de diciembre).

En primer lugar, la representación letrada de doña Paulina no expone en su recurso ni un solo argumento fáctico que sustente dicho motivo de recurso, como se ha dejado constancia en párrafos anteriores, y tampoco encuadra este motivo de recurso en ningún hecho o alegación.

Por otro lado, examinada la sentencia recurrida no se aprecia en su redacción ninguno de los requisitos señalados, la cual recoge los hechos declarados probados y los fundamentos jurídicos en los cuales aplica el ordenamiento jurídico a tales hechos, ni incongruencia, ni duda ni incomprensión, ni tampoco omisiones. Los hechos que el Tribunal Popular declaró como probados, a tenor de objeto del veredicto que, primero el Magistrado-Presidente presentó a las partes litigantes y luego, admitido éste sin contestación alguna por ninguna de las partes implicadas, presentó al Tribunal del Jurado, no ofrece dudas, ambigüedades o incomprensiones. Se trata de una sentencia que como consecuencia de los hechos declarados como probados da lugar a un fallo sustentado en éstos.

Por cuanto atañe a la supuesta contradicción entre hechos probados, es pacífica la jurisprudencia que sostiene, entre otras las SSTs 629/2007 , 786/2007 , 119/2010 y 1096/2010 , que "No existe un derecho a un *factum* a la carta; es decir, el recurrente no puede pretender que la sentencia recoja como hechos probados lo que considere relevante la parte. El *factum* constituye el juicio o certeza alcanzado por el Tribunal, y porque no recoja extremos que le puedan interesar al recurrente, no se incurre en contradicción u oscuridad".

La detenida lectura de la sentencia recurrida no recoge en ninguna parte de su contenido contradicción alguna, sino que muy al contrario es de una claridad extrema cuando a tenor de los hechos declarados como probados por el Tribunal del Jurado, según los hechos que conformaron el objeto del veredicto, y aplicando la norma a los mismo, concluye con la condena de un delito de homicidio en comisión por omisión. Ninguna otra opción plantean los recurrentes, salvo la del abandono, que fue desterrada por el Tribunal Popular, por lo que el no haber conseguido probar las afirmaciones que en el Plenario mantuvieron, no significa ni puede

www.civil-mercantil.com

concluirse que se haya producido una contradicción en los hechos que le fueron planteados al Jurado Popular.

En cuanto al segundo de los apartados del citado artículo 851, y que se refiere a: "...o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico impliquen la predeterminación del fallo"

Como dice la STS 667/2000, de 12 de abril, la predeterminación del fallo que se contempla y proscribe el apartado 1º del art. 851 de la LECri., es aquella que se produce exclusivamente por conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado y que según una reiteradísima jurisprudencia exige para su estimación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado, b) que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común, c) que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo y d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal. En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 14 de junio de 2002, 28 de mayo de 2003, 18 de junio de 2004, 11 de enero de 2005, 11 de diciembre de 2006, 26 de marzo de 2007, 26 de abril de 2010 y de 21 de diciembre de 2010, entre otras.

Pues bien, tampoco señala la parte apelante en qué expresión técnico-jurídica fundamenta este motivo de recurso, como tampoco se desprende de la lectura del objeto del veredicto que tal o tales expresiones existan en el contenido del mismo. Se limita la parte a copiar el enunciado de un artículo sin fundamentar su alegación, por lo que y, en consecuencia, el motivo en su totalidad ha de ser desestimado.

Quinto.

No se efectúa especial pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta instancia.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de D. Leoncio y D^a Paulina contra la sentencia de fecha 12 de mayo de 2017, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado nº 92/2016, procedente del Juzgado de Instrucción nº 4 de Santa Cruz de Tenerife, la cual confirmamos en todos sus apartados, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación, el cual se anunciará en el plazo de cinco días ante esta Sala y se formalizará ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.