

**SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE NAVARRA**

Plaza del Juez Elío/Elío Epailearen Plaza, 1
Planta 2 Solairua
Pamplona/Iruña
Teléfono: 848.42.41.06 - FAX 848.42.41.56
Email: audinav2@navarra.es
TX055
Procedimiento sumario ordinario 0000099/2017 - 00
Juzgado de Violencia sobre la Mujer 1

Proc.: **PROCEDIMIENTO SUMARIO
ORDINARIO**

Nº: **0000536/2017**

Resolución: Sentencia 000141/2018

SENTENCIA Nº 000141/2018

Ilmo. Sr.

Presidente

D. JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ (Ponente)

Magistrado/a

Ilmo. Sr.

D. RICARDO JAVIER GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Ilma. Sra.

Dª. RAQUEL FERNANDINO NOSTI.

En Pamplona/Iruña, a 23 de octubre de 2018.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, integrada por los Ilms. Srs./Sra. Magistrados y Magistrada al margen expresados, ha visto en juicio oral y público celebrado los pasados días 18 de septiembre y 3 de octubre, el presente Rollo Penal de Sala nº 536/2017, derivado de los autos de Sumario Ordinario Nº 99/2017, procedente del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Pamplona/Iruña, seguido por un presunto delito de homicidio en grado de tentativa, frente a .

Ejercen:

(i) La acusación pública *el Ministerio Fiscal*.

(ii) La acusación particular,

representada procesalmente por la

Siendo Ponente el Ilmo. *Sr. Magistrado Presidente de la Sección D. José Francisco Cobo Sáenz*.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La presente causa tiene su origen en los autos de Sumario Ordinario N° 99/2017, procedente del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número

SEGUNDO.- Formado el Rollo Penal de Sala 536/2017 y después de recibidas las actuaciones en esta Sección, se dictaron las resoluciones que constan en dicho un rollo, señalándose ejecución de lo acordado mediante Auto de 5 de julio pasado, el acto del juicio oral que se celebró durante días 18 de septiembre y 3 de octubre .

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, al elevar sus conclusiones provisionales a definitivas en la sesión de acto de

juicio oral que se celebró el pasado 3 de octubre, calificó los hechos como constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa de los artículos 138, 16 y 62 del Código Penal, del que consideró responsable en concepto de autor al procesado, por haber realizado los hechos por sí solo (artículos 27 y 28 del Código Penal). Concurriendo la circunstancia mixta de parentesco, prevista en el artículo 23 del Código Penal, como circunstancia agravante. Solicitando que se le impusiera la pena de 8 años y 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de aproximación a [redacted] y a su domicilio a una distancia de quinientos metros y comunicarse con la misma por tiempo de diez años. Así como que se le condenara al pago de las costas procesales.

En el marco de la responsabilidad civil, solicitó que indemnizara a [redacted] en la cantidad 100 euros por las lesiones causadas, y en la cantidad de 5.000 euros por el daño moral ocasionado, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 576 LECiv.

CUARTO: La acusación particular, al elevar sus conclusiones provisionales a definitivas en dicha sesión de acto de juicio oral, calificó los hechos como constitutivos de: un delito de homicidio en grado de tentativa de los artículos 138, 16 y 61 del Código Penal, del que consideró responsable en concepto de autor a [redacted]. Concurriendo las circunstancias agravantes, por razones de género del art. 22. 4 del Código Penal y la circunstancia mixta de parentesco de 1 art. 23 del Código Penal.

Solicitando que se le impusieran las penas de :

- 10 años de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena

- Prohibición de aproximarse a l...e y a sus hijos... y a su domicilio a una distancia de 500 metros y comunicarse con la misma por el tiempo de 12 años. Art 48.2 y art.57 del Código penal

- La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante el tiempo de la condena , por aplicación de lo dispuesto en el Art. 46 del Código Penal en relación al art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género .

En el ámbito de la responsabilidad civil, solicitó que indemnizara a... en la cantidad de 500 euros por las lesiones causadas y en la cantidad de 6.000 euros por el daño moral causado siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

QUINTO.- En igual trámite de conclusiones definitivas, la defensa del procesado, solicitó con carácter principal su libre absolución . De modo subsidiario, considero que podría ser condenado por un delito de lesiones en el ámbito familiar previsto y penado en el artículo 147.1 del Código Penal en relación con el artículo 148.5 del mismo Código, con aplicación de la eximente incompleta de enajenación mental y la circunstancia atenuante de confesión del artículo 21.4 del Código Penal a la pena de 2 años de prisión, accesorias y costas.

SEXTO.- En la tramitación del presente proceso ante este Tribunal se han observado las prescripciones legales de aplicación.

II.- HECHOS PROBADOS

La Sala examinada la prueba practicada en el acto del juicio oral de conformidad a los principios de publicidad,

oralidad, inmediación y contradicción, DECLARA COMO HECHOS PROBADOS, los siguientes :

A.- El procesado , mayor de edad sin antecedentes penales , cuyos restantes datos de identidad ya constan , conoció , , contraieron matrimonio e , fruto de esta unión nacieron la quien tenía 6 años de edad en la fecha de los hechos y el de 3 años en dicha fecha .

A finales del mes de enero del año 2017 , en el contexto de una crisis en la relación convivencial que se había prolongado en el tiempo, la propuso la separación al procesado , quien se trasladó a la vivienda de su madre, sita en la de la localidad de , permaneciendo aquella junto a sus hijos, en la vivienda que constituía el domicilio conyugal, sito , de la citada localidad.

Durante las negociaciones para formalizar el divorcio, mantuvieron un régimen de contribución a los gastos de los hijos, visitas , comunicación ; con relativa frecuencia el procesado, acudía y permanecía en la vivienda que constituyó el domicilio familiar , hasta que el día 11 de junio, dejó las llaves en el buzón, excepto las de la bajera .

La dilación en la suscripción del convenio regulador del divorcio, provocó junto a otros problemas relacionados con su propia familia, un agravamiento en el cuadro de ansiedad del , quien había sido diagnosticado en el año 2016, por el Centro de salud mental de de reacción a estrés grave y trastornos de adaptación . Ante una agudización en su proceso fue atendido en la unidad de psiquiatría del Complejo Hospitalario de Navarra, el día 12 de junio , modificándosele la medicación .

El día 21 de junio, la y el procesado, convinieron en que firmarían, el convenio regulador el día 25

de junio , igualmente acordaron la apertura de una cuenta conjunta en el banco, donde ingresar las correspondientes aportaciones y domiciliar los pagos , todo ello relativo a la respectiva contribución a los gastos alimenticios de los niños.

B.- Sobre las 09:30 horas, del día 22 de junio de 2017, el procesado acudió a la vivienda de la , tras recoger unas cañas de pescar que estaban en la bajera , llamó por el timbre , la abrió la puerta , el , le propuso que fijaran una hora para realizar las gestiones en el banco, esta le indicó que era demasiado pronto, los niños aún estaban en la cama ; sin que llegaran a concretar una cita para acudir al banco.

Seguidamente el : , se dirigió al centro de salud donde tenía consulta a las 10 horas, con la médico de atención primaria . La doctora le recetó un ansiolítico, le dijo que lo obtuviera en la farmacia y luego se fuera a su casa .

El procesado regresó , alrededor de las 10:30 horas , a la vivienda de la . , llamó por el timbre , la estaba en el cuarto de baño, situado frente al salón, peinando a la niña ; aquél una vez que accedió a la vivienda se dirigió al salón, comenzando a desmontar el ordenador .

En esta situación, se produjo una fuerte discusión entre el y la , con reproches y recriminaciones mutuas , estando presentes los niños.

En un momento dado, el procesado se dirigió a la cocina de donde cogió un cuchillo de unos 15 cm de hoja y salió apresuradamente, dirigiéndose hacia la , portando en su mano derecha el cuchillo, que esgrimió dirigiéndolo hacia ella, siendo consciente de que con tal acción podía poner en peligro su vida ; produciéndose entre ambos un forcejeo, en cuyo inicio y ante la reacción de la , intentando que aquel se apartara y tratando también de quitarle el cuchillo

, le ocasionó una herida incisa muy superficial, de 1 cm. de trayectoria lineal irregular en fosa derecha.

En el desarrollo del forcejeo, el procesado, tenía agarrado con su mano izquierda el brazo derecho de la . y mantenía el cuchillo en su mano derecha , cayendo ambos al suelo del pasillo , junto a la puerta de la cocina , quedando esta boca arriba y el procesado encima de ella con el brazo izquierdo sobre su pecho .

Hallándose en esta posición, el procesado, agarró con su mano izquierda, el cuello de la , presionando fuertemente en la zona peritraqueal, hasta que comprobó que esta gesticulaba angustiosamente, le estaba haciendo daño, tosía, e igualmente le faltaba el aire y al ver su creciente estado de asfixia, de modo consciente y voluntario dejó de apretar el cuello a la poniendo fin a la situación de peligro para su vida .

El incidente fue presenciado por los niños y al menos en una ocasión la , gritó dirigiéndose a su padre: "*déjala no la mates*".

Una vez incorporada, la salió a la terraza de la cocina con los niños, pidiendo ayuda a gritos, entre tanto el procesado permanecía en el interior de la cocina, pidiéndoles que entraran; cuando la regresó al interior de la cocina, el procesado le pidió que le perdonara por lo que había hecho, rogándole que no le denunciara , marchándose de la vivienda, después de tratar de despedirse de los niños.

C.- Como consecuencia de los hechos descritos, la :

sufrió lesiones consistentes en :

"Herida incisa de 1 cm, en cara medial-dorsal de falange de 5º dedo de mano derecha.

Lesión eritemato-inflamatoria tipo contuso de 3 por 2 cms, sobre acromion de hombro izquierdo izquierdo.

Abundantes petequias bilaterales en cuello zona peritraqueal.

Erosión de 1 cm. en codo izquierdo.

Escoriaciones en codo derecho de 1 por 2 cms.

Lesión eritemato-inflamatoria ge de 3 cms, en hombro derecho.

Herida incisa, superficial, de 1 cm. en fosa derecha.

Lesiones incisas y contusas en ambas rodillas.

Contusión con excoriación de 1 cm, en cara medial de mama izquierda.”.

Dichas lesiones requirieron de primera asistencia facultativa , generando un periodo de incapacidad temporal de dos días de perjuicio personal básico, sin que restaran secuelas.

El procesado presentaba una lesión consistente en : “ *herida incisa en cara lateral segunda falange media izquierda*”, causada durante el forcejeo relatado.

D.- En el momento de comisión de los hechos ,
presentaba un estado de estrés grave / trastorno adaptativo , este cuadro afectaba de forma moderada a sus capacidades intelectivas y volitivas para la ejecución de los actos relatados, sin llegar a anularlas.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doctrina general aplicable la valoración de la prueba practicada.

Los hechos declarados probados se han fijado en función de las pruebas practicadas en el juicio oral, regularmente traídas al mismo, y que se practicaron con estricta observancia de los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción.

A modo de preámbulo del análisis de la prueba de los hechos, la

Sala estima necesario apuntar en sus rasgos esenciales la doctrina constitucional y jurisprudencial que perfilan los contornos del derecho a la presunción de inocencia, y que por tanto, son los criterios guía en la evaluación del cuadro probatorio, que satisfaga el canon constitucional de valoración probatoria, para aseverar la certeza sobre la veracidad de la afirmación de los hechos que declaramos probados.

Toda manifestación del ejercicio del "*ius puniendi*" está condicionada por el art. 24.2 CE al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones, -STC 161/2016-. Ese precepto establece una regla presuntiva de que "*el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones*" -SSTC 124/2001 y 145/2005-.

Este derecho es "*uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal*", - por todas, SSTC 138/1992, de 13 de octubre 133/1995, de 25 de septiembre y 185/2014 de 6 de noviembre -.

Como declara esta última Sentencia, haciendo una recensión de la doctrina constitucional al respecto, el Tribunal - los párrafos destacados son nuestros - : "*... es consciente de la importancia garantista del derecho a la presunción de inocencia, al que considera quizás «la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada» (SSTC 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril 2013, FJ 2). El art. 24.2 CE significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos de tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de*

parte acusadora (STC 105/1988, de 8 de junio , FJ 3). **Como regla presuntiva** supone que «el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones» (SSTC 124/2001, de 4 de junio y 145/2005) . La presunción de inocencia es, por tanto, una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad «que determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria» (STC 107/1983, de 29 de noviembre , FJ 2).

Su configuración como regla de juicio implica la prohibición constitucional de una condena sin el soporte de pruebas de cargo válidas, realizadas con las garantías necesarias, y referidas a todos los elementos del delito, de las que quepa inferir razonablemente tanto los hechos como la participación del acusado. Se viola tal derecho cuando se condena sin prueba de cargo; o con la base de pruebas no utilizables por adolecer de garantías esenciales o haberse practicado con violación de derechos fundamentales; o cuando no se motiva el resultado de dicha valoración; o cuando, por ilógico o por insuficiente, no sea razonable o concluyente el iter discursivo - SSTC 107/2011, de 20 de junio, 111/2011, de 4 de julio y 126/2011 de 18 de julio - .

En la misma línea las SSTS 2ª 430/2016 , 305/2017 , 630/2017 , 824/1017 y 369/2018 de 18 de julio , se expresan acerca de la insuficiencia de la íntima convicción del Juzgador en la valoración de la prueba, a que se refiere el artículo 741 LECrim., por cuanto ha devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, para proclamar que han de existir medios de prueba válidos y lícitos, de contenido incriminador , ya que : "... La garantía de presunción de inocencia implica, en efecto, una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado."

Esa relación, según declara la Sentencia citada en último lugar: "... exige, como presupuesto, que aquella actividad probatoria se constituya

válidamente por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.”.

Para su acomodo a las expresadas garantías constitucionales, la justificación de la conclusión probatoria : “... establecerá los datos de procedencia externa aportados por medios cuya capacidad persuasoria será tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa credibilidad y verosimilitud no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.(...) ”. Con las exigencias específicas que debe observarse en cuanto a la valoración de la prueba directa, en buena medida tributaria de la percepción inmediata de la práctica de la prueba por el juzgador , que no releva de la exigencia de que la impresión que así se produce en el receptor no deba revalidarse desde la perspectiva de criterios objetivos.

Desde la perspectiva de la justificación interna la puesta en práctica de la garantía constitucional: “...emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión coherente que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por avalada por esos cánones, debe calificarse de objetiva.”

TERCERO . – MOTIVACIÓN FÁCTICA

Abordamos la denominada “ motivación probatoria ” , partiendo de las anteriores premisas; en el presente caso, contamos con la prueba directa, que nos suministra, la declaración testifical de _____ y la manifestación del procesado _____ , quien reconoce los hechos, si bien discrepa acerca del modo en que se desarrollaron y niega que su actuación hubiera estado guiada por un dolo homicida , directo o eventual.

La prueba sobre la que se asienta el fragmento de hechos probados

relatado en el epígrafe A, se basa fundamentalmente en la valoración que verificamos de las respectivas declaraciones de la _____ y del _____

La crisis en la relación convivencial, fue reconocida por ambas personas, al igual que su prolongación en el tiempo y la iniciativa por parte de la _____, para proponer su cese. Asimismo, se mostraron contestes en cuanto al traslado de residencia del procesado y la permanencia en la vivienda que había constituido el domicilio conyugal, junto a los niños; la existencia de un régimen consensuado que contemplaba interinamente, aspectos personales y patrimoniales derivados de la situación y en cuanto a la presencia con cierta regularidad del procesado en la vivienda que constituyó el domicilio familiar, hasta que el día 11 de junio, dejó las llaves en el buzón, excepto las de la bajera.

En este último extremo, apreciamos que la _____ en su declaración de denuncia en sede policial, que ratificó en su declaración a presencia judicial y posteriormente en el plenario, manifestó: "... El 11 de junio de 2017, _____ le mandó un mensaje indicándole que mirara el buzón. La manifestante fue al buzón algo más tarde y comprobó que en el mismo estaban las llaves de la casa salvo las de la bajera y 40 euros pertenecientes a gastos extraordinarios de los menores."

En cuanto a las circunstancias que determinaron un agravamiento en el cuadro de ansiedad del _____, valoramos su declaración en el plenario, así como la prueba pericial concretada en el dictamen de los médicos forenses _____ y _____, sometido a condiciones de efectiva contradicción, en la sesión de juicio oral celebrada el pasado día tres; en concreto en el extremo del informe escrito donde se refiere: "... Seguimiento en CSM de _____ desde Junio de 2016, hasta Diciembre de ese año, siendo diagnosticado de reacción a estrés grave y trastornos de adaptación, así como problemas relacionados con el grupo de apoyo, incluidas las circunstancias familiares. Tuvo seguimiento de psicólogo y psiquiatra, hasta que dejó de acudir a consultas.

El 12-6-17 le ven en urgencias por ansiedad aguda y le modifican la medicación.(...) ”.

Por lo que atañe al acuerdo entre el procesado y la

El día 21 de junio, para firmar el convenio regulador el día 25 de junio y la voluntad concorde para la apertura de una cuenta conjunta en el banco, valoramos las declaraciones de ambas personas, contestes en sus aspectos esenciales en estos extremos .

Pasamos a valorar la prueba practicada, en relación con lo que constituye el núcleo de los hechos delictuales enjuiciados y que declaramos probados en el epígrafe B.

Para fijar este relato, contamos con medios de prueba directos en el sentido antes expresado, concretados en la declaración testifical de la y la declaración del procesado, elementos que contrastamos con otros medios de prueba, singularmente con la prueba pericial médico forense , concretada en el informe del médico forense .

En cuanto al inicio de los hechos, la personación del en la vivienda que constituyó el domicilio familiar , por primera vez, sobre las 09:30 horas, del día 22 de junio de 2017, y en segundo término alrededor de las 10:30 horas , después de que aquél hubiera estado en el centro de salud donde tenía consulta a las 10 horas, contamos además de las declaraciones de los protagonistas de los hechos , con la declaración testifical de los agentes del Cuerpo de Policía Foral de Navarra que intervinieron en la instrucción, la declaración testifical del padre de la y la prueba pericial médico forense antes referida concretada en el dictamen de los médicos forenses

Ciertamente existen discrepancias, entre la y el procesado en cuanto al desarrollo de los hechos, una vez

que el ... regresó a la vivienda y se dirigió al salón, comenzando a desmontar el ordenador.

Ello no obstante, apreciamos suficientes elementos convictivos, para afirmar que: (i) En esta situación, se produjo una fuerte discusión entre el ... y ..., con reproches y recriminaciones mutuas, estando presentes los niños.- así lo aceptan ambas personas sin que los matices que cada parte introduce afecten a la consistencia en la afirmación de este relato-; (ii) En un momento dado, el procesado se dirigió a la cocina de donde cogió un cuchillo de unos 15 cm de hoja y salió apresuradamente, dirigiéndose hacia la ..., portando en su mano derecha el cuchillo - así lo ha reconocido en todo momento, a lo largo de la tramitación de la presente causa el ... -.

Para mantener nuestra afirmación de que el procesado, esgrimió el cuchillo, que portaba en su mano derecha dirigiéndolo hacia ella, siendo consciente de que con tal acción podía poner en peligro su vida; produciéndose entre ambos un forcejeo, en cuyo inicio y ante la reacción de la ..., intentando que aquel se apartara y tratando también de quitarle el cuchillo, le ocasionó una herida incisa muy superficial, de 1 cm. de trayectoria lineal irregular en fosa derecha, en la que basamos junto a otros elementos de consideración que más adelante exponaremos, nuestra apreciación sobre la existencia de un inicial dolo homicida, que guiaba la actuación de procesado, al menos en su modalidad de dolo eventual, tomamos especialmente en consideración, la prueba pericial concretada en el informe del médico forense, ...

En su dictamen sometido a condiciones de efectiva contradicción en la sesión de acto de juicio oral celebrado el pasado día tres, concretó que dicha herida - que se describe en el informe del servicio de urgencias del Hospital

emitido el día de los hechos, obrante a los folios 67 y 68 de las actuaciones, como: "... Pequeña erosión superficial en

hemiabdomen inferior.”, era de carácter muy superficial, y su trayectoria discurría en forma longitudinal : “...no es una herida, limpia recta regular y de límites bien definidos sino que es una herida que lleva como un doble trayecto como si hubiera un movimiento ya la vez un desplazamiento de la presunta arma, es muy superficial, tan superficial que simplemente recibió de una desinfección. y tapar con un apósito, por eso califico como primera asistencia facultativa. No requirió sutura., es compatible con una defensa por parte de la víctima..”.

En cuanto al desarrollo del forcejeo , para declarar probado que: “... el procesado, tenía agarrado con su mano izquierda el brazo derecho de la , y mantenía el cuchillo en su mano derecha , cayendo ambos al suelo del pasillo , junto a la puerta de la cocina , quedando esta boca arriba y el procesado encima de ella con el brazo izquierdo sobre su pecho .”, valoramos, en primer lugar, las declaraciones de la y del procesado, coincidentes en cuanto a la existencia de dicho forcejeo , así como en lo referente a que ambas personas cayeron al suelo .

En segundo término, la apreciación sobre la ubicación , configuración y alcance de las lesiones que presentaban la y el procesado, que referimos en el epígrafe C del antecedente de hechos probados, unida a la valoración de la prueba pericial médico forense, en los anteriores extremos, avala la determinación sobre el modo en que se desarrolló el forcejeo y la posición relativa en que quedaron .

En efecto, como informó el Doctor la “Contusión con excoriación de 1 cm, en cara medial de mama izquierda.”, se corresponde con un mecanismo de arañazo, o de roce muy superficial, llevando ropa la presunta víctima , para que saliera un hematoma como el que presentaba, que tenía unos 6 cm, tuvo que haber mecanismo de contusión, mecanismo de golpe y a la vez un mecanismo de roce con mucha probabilidad con una arista, pero depende de que llevara ropa o no la llevara en ese momento, correspondería a una zona cubierta por sujetador . El resto de las lesiones que presentaba la excepción hecha de las petequias en el cuello, se

corresponden con las propias de un forcejeo y el intento de quitar el cuchillo que portaba el denunciado en su mano derecha. E igualmente la lesión que presentaba el procesado , consistente en : “ *herida incisa en cara lateral segunda falange media izquierda*”, fue causada durante el forcejeo relatado.

Por lo que respecta a la fase final de los hechos enjuiciados, declaramos probado que hallándose la en la posición reseñada, el procesado, agarró con su mano izquierda, el cuello de la presionando fuertemente en la zona peritraqueal , hasta que comprobó que esta gesticulaba angustiosamente, le estaba haciendo daño , tosía , e igualmente le faltaba el aire y al ver su creciente estado de asfixia, dejó de apretarle el cuello, poniendo fin a la situación .

Nuevamente, los elementos convictivos que soportan esta afirmación de hechos probados, están proporcionados por la declaración testifical de la , las manifestaciones procesado y el dictamen pericial médico forense emitido por el

Valorando estos elementos, podemos determinar que el procesado, hallándose en la posición relatada, sobre la , agarró con su mano izquierda, el cuello de esta , presionando fuertemente en la zona peritraqueal, hasta el punto de que como informó el médico forense, determinó la aparición de petequias , muy bien localizadas a ambos lados de la tráquea y consideró más probable que la presión se hubiera ejercido con una mano que con dos .

En esta situación, verdaderamente angustiosa, abrumadora, agobiante, para la el procesado, al comprobar que esta gesticulaba angustiosamente, le estaba haciendo daño , tosía , e igualmente le faltaba el aire y al ver su creciente estado de asfixia, de modo consciente y voluntario dejó de apretar el cuello a la e poniendo fin así a la agresión y a la situación de peligro para su vida.

Como decimos, el procesado, quien tenía a su disposición el cuchillo antes referido, de manera libre y voluntaria, no continuó con la reiteración o insistencia en actos dirigidos a lograr la muerte de la

por este motivo cesó la situación de peligro para su vida y la causa directa de la no producción de resultado mortal, no fue otra que la voluntaria interrupción por parte de aquel, de los actos que hubieran podido causar la efectiva muerte de la

La presencia de los niños, durante el desarrollo de los hechos, está reconocida por el procesado y así lo ha mantenido en todas sus declaraciones la asimismo aquel en su declaración en el plenario, admitió que al menos en una ocasión la niña , gritó dirigiéndose a él : "*déjala no la mates*".

En cuanto al modo en que transcurrieron los hechos, desde que la , se levantó hasta que el procesado se marchó de la vivienda, los principales elementos convictivos que tomamos en consideración se derivan de la valoración que realizamos de las respectivas declaraciones de la y el procesado, junto a la valoración de las declaraciones testimoniales de su padre y de los agentes del Cuerpo de Policía Foral de Navarra que intervinieron inmediatamente después de haberse producido los hechos.

En base a estos elementos de prueba, declaramos probado, que la una vez incorporada, tras haber padecido la angustiosa situación relatada, salió a la terraza de la cocina con los niños, pidiendo ayuda a gritos , entre tanto el procesado permanecía en el interior de la cocina, pidiéndoles que entraran ; cuando la regresó al interior de la cocina, el procesado le pidió que le perdonara por lo que había hecho, rogándole que no le denunciara , marchándose de la vivienda, después de tratar de despedirse de los niños.

CUARTO.- Calificación jurídica.

Los hechos declarados probados son constitutivos , de un delito de

homicidio en grado de tentativa de los artículos 138.1 y 16 del Código Penal , tentativa voluntariamente desistida de forma eficaz , que por aplicación del número 2 del citado artículo 16 del Código Penal , y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, determina que el procesado haya de ser condenado como responsable en concepto de autor de un delito de maltrato ocasional - en su modalidad de causación de lesiones de menor gravedad en el ámbito de violencia sobre la mujer -, previsto y penado en el artículo 153.1 y 3 del Código Penal .

Pasamos a argumentar dicha subsunción típica.

Una de las cuestiones fundamentales que se presentan a la hora de abordar el delito de homicidio, se concreta en la acreditación del tipo subjetivo del mismo , para lo cual el Tribunal Supremo ha elaborado un sólido cuerpo doctrinal .

En este ámbito es doctrina consolidada de la Sala, como declara la STS 2ª 539/2014, de 2 de julio: *"... el elemento subjetivo del delito de homicidio -o asesinato- no sólo 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 del resultado producido."*

En definitiva, como declara la STS.2ª 265/2013 de 31 de mayo: *"...el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico."*

Para la determinación del ánimo homicida la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha elaborado una serie de criterios complementarios, no excluyentes, para que, en cada caso, en un juicio individualizado riguroso, se pueda estimar concurrente -o por el contrario cualquier otro

distinto, animo laedendi o vulnerandi - , en una labor inductiva pues se trata de que el Tribunal pueda recrear, ex post facto, la intención que albergara el agente hacia la víctima, juicio de intenciones que por su propia naturaleza subjetiva solo puede alcanzarlo por vía indirecta a través de una inferencia inductiva que debe estar suficientemente razonada. - vid SSTS.2ª 1188/2010 de 30 diciembre y 86/2015 del 25 febrero-.

Entre los expresados criterios de inferencia, se consideran: los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido, el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta, la repetición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto .

En nuestro caso podemos apreciar la voluntad homicida inicial del procesado - el sentido antes expresado, comprensiva del dolo eventual - en atención a las siguientes indicadores :

- Las características del cuchillo que cogió en la cocina.
- La forma apresurada en que desde esta dependencia, se dirigió al lugar en que se encontraba la
- El modo en que esgrimió el cuchillo frente a esta .
- El forcejeo que se produjo, en cuyo inicio y según declaramos probado, ante la reacción de la , intentando que aquel se apartara y tratando también de quitarle el cuchillo , le ocasionó una herida incisa muy superficial, de 1 cm. de trayectoria lineal irregular en fosa derecha.
- El posterior desarrollo del forcejeo , durante el cual el procesado, tenía agarrado con su mano izquierda el brazo derecho de la y mantenía el cuchillo en su mano derecha .

- La situación en que ambas personas quedaron tras caer al suelo del pasillo, estando la [redacted] boca arriba y el procesado encima de ella con el brazo izquierdo sobre su pecho .

- El intento de estrangulamiento de la [redacted] habiendo agarrado con la mano izquierda el procesado el cuello de aquella , presionando fuertemente en la zona peritraqueal .

Ello no obstante, y en este estado de desarrollo de los hechos enjuiciados, el procesado cesó voluntariamente en la ejecución de los actos que hubiera podido producir la muerte de la [redacted] al comprobar que esta gesticulaba angustiosamente, le estaba haciendo daño , tosía , e igualmente le faltaba el aire y al ver su creciente estado de asfixia, de modo consciente y voluntario , dejó de apretarle el cuello, poniendo fin así a la agresión y a la situación de peligro para su vida.

Así , de manera libre y voluntaria , el procesado, quien tuvo en todo momento a su disposición el cuchillo antes referido , no continuó con la reiteración o insistencia en actos dirigidos a lograr la muerte de la [redacted]

por este motivo cesó la situación de peligro para su vida y la causa directa de la no producción de resultado mortal, no fue otra que la voluntaria interrupción por parte de aquel, de los actos que hubieran podido causar la efectiva muerte de la [redacted]

Por estas razones, consideramos concurrente el desistimiento, en su modalidad omisiva, que exime de la responsabilidad por homicidio, aunque procede la condena por las lesiones producidas.

En estos precisos términos, se pronuncia la doctrina jurisprudencial [redacted] , aplicable en este contexto de hechos que declaramos probados .

Ciertamente la jurisprudencia de la Sala 2ª , en la exégesis del artículo 16.2, ha venido distinguiendo entre la necesidad de un denominado «arrepentimiento activo», o acciones positivas tendentes a neutralizar los actos ejecutivos ya totalmente realizados, impidiendo con ello la producción del resultado, y la suficiencia de los meros actos omisivos, de interrupción de la ejecución del ilícito, para permitir la aplicación del artículo 16.2 del Código Penal , según que nos encontremos ante lo que se ha venido a denominar «tentativa acabada» o «inacabada». Así, mientras que en la «inacabada» bastaría con la interrupción de la [redacted]

ejecución, en la «acabada» se requeriría la realización de actos positivos impeditivos del resultado.

Pero tal distinción, en la actualidad puede considerarse superada por artificiosa, así según se razona en la STS 2ª 804/2010 de 24 de septiembre - los párrafos destacados son nuestros- : *“... De seguir el criterio de la vinculación entre la «clase» de la tentativa y la exigencia para la aplicación del «desistimiento», podríamos hipotéticamente en este caso, de acuerdo con la denominada «teoría objetiva», llegar a la conclusión de que nos enfrentamos a una «tentativa acabada» y que, por ende, resulta insuficiente para la aplicación del artículo 16.2 la conducta del agresor interrumpiendo sus actos delictivos, por mucho que ésta fue la causa indudable de la evitación del resultado y, lo que es más, que era la única opción posible que le quedaba al autor para ello, al no haber ocasionado lesiones mortales a la víctima que le permitieran evidenciar su «arrepentimiento activo» con un comportamiento positivo de auxilio para impedir el resultado (llevándole urgentemente a un médico que impidiera su muerte, por ej.).*

Solución tan incongruente como alejada de la justicia material y de las previsiones que, como antes vimos, fundamentan la existencia del artículo 16.2, que puede no obstante ser evitada, conforme la argumentación ya expuesta, que evita la discusión acerca de la «clase» de tentativa como premisa para determinar las características necesarias del «desistimiento», por innecesaria e inconsistente, acudiendo a la indudable voluntariedad del comportamiento omisivo unida a la evidente efectividad del mismo en orden a la evitación del resultado consumativo de la infracción, para afirmar con la necesaria solvencia la justificación y procedencia, en este caso, de la exención de responsabilidad penal por el delito intentado de homicidio.”. En la Sentencia de la Sala 2ª , del Tribunal Supremo 671/2017 de 11 de octubre, que contempla un supuesto, en el que se alcanzó un grado de ejecución de la

acción homicida, bastante más elevado, que el que se presenta en el caso objeto de enjuiciamiento en la presente causa, tras recensionar los elementos que debe reunir una conducta sometida a enjuiciamiento para ser calificada como tentativa, con arreglo al artículo 16 de código Penal, destaca la relevancia que esta materia tiene Acuerdo Plenario de 15 de febrero de 2002 , que - los párrafos destacados son nuestros: *"... ha analizado, en referencia al artículo 16.2 del Código Penal , lo que se ha venido a considerar una especie de excusa absolutoria, diseñada por el legislador, como todas las de su clase, por razones de política criminal. Subraya al efecto la exigencia de la «voluntariedad», que define su esencia dogmática, y a continuación, la «eficacia» de la conducta que detiene el «iter criminis», requiriendo que sea el propio autor del delito el que impida la consumación del delito, o bien que desencadene la actuación de terceros , si éstos son finalmente los que lo consiguen. (Sentencia de esta Sala nº 28/2009 de 23 de Enero)."*

Y añade: *"... La doctrina jurisprudencial a la hora de fijar los requisitos para la efectividad eximente del desistimiento establece que para dilucidar la presencia del componente negativo de la tentativa (evitación de la consumación por el autor) se ha de determinar la causa por la que el resultado no se produce . Al respecto caben dos hipótesis: 1ª) La no producción del resultado es ajena a la voluntad del autor y 2ª) es el autor el que evita voluntariamente la consumación.*

Aunque el legislador habla por un lado de no producción de resultado y por otro de evitación de consumación, el énfasis para determinar las consecuencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 16, lo pone el legislador en dos notas: a) La voluntad del autor y b) la efectividad de su comportamiento para causar la no producción del resultado, que objetivamente debería haber causado su comportamiento precedente.

Es decir que si aquel comportamiento es libre y voluntario y al mismo se le puede imputar el efecto de que

el resultado o consumación no llegue a ocurrir, resulta indiferente que tal comportamiento adopte la modalidad meramente omisiva o la modalidad activa.”.

Esta doctrina jurisprudencial, se ratifica en la STS. 2ª 124/2018 de 15 de marzo , para insistir en que el elemento esencial a considerar para la aplicación del artículo 16 del código Penal, es la apreciación de la voluntariedad en el desistimiento y precisa en cuanto a los presupuestos para aplicar la exención de responsabilidad del artículo 16 : “... *Exención en relación al homicidio, a la que no obsta que nos encontremos ante una tentativa acabada del mismo. Ciertamente, el cese de la actuación del acusado al no continuar disparando a la víctima y causar su muerte, según una precedente línea jurisprudencial no debía considerarse arrepentimiento o desistimiento activo en términos normativos, ni privaba ni reducía los niveles de específica antijuridicidad del delito de homicidio previamente intentado; dejando un ilógico vacío entre el 'desistimiento pasivo' para las tentativas inacabadas y el activo impedimento de la producción del resultado para las acabadas, sin otorgar relevancia al desistimiento omisivo en las tentativas acabadas; con el pernicioso resultado criminológico que conlleva que para hacerse acreedor de la exención, el autor debiera disparar, herir mortalmente a la víctima y llevarla a continuación a establecimiento hospitalario.”.*

En virtud de lo argumentado, procede dictar un pronunciamiento de libre absolución del delito de homicidio en grado de tentativa, pues la situación que declaramos probada, se puede subsumir en el ámbito exonerante del artículo 16.2 de Código Penal .

Por aplicación de lo dispuesto en el inciso final del precepto últimamente citado, los hechos que declaramos probados , han de ser penados , conforme a los actos ejecutados, que en el presente caso colman la tipicidad propia de un delito de maltrato ocasional - en su modalidad de causación de lesiones de menor gravedad en el ámbito

de violencia sobre la mujer - previsto y penado en el artículo 153.1 y 3 del Código Penal , concurriendo las agravantes específicas de haber ocurrido el hecho en presencia de menores , con utilización de arma blanca y en el domicilio común .

Como declara la STS 2ª 342/2018 de 10 de julio: "... *el artículo 153 CP , tras la reforma operada del año 2015, castiga al que a su esposa o ex esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor: i) cause por cualquier medio o procedimiento un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147; o ii) golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión.*" .

Precisamente la primera modalidad típica es apreciable en el caso que nos ocupa, el procesado, al esgrimir el cuchillo en la forma descrita, durante el forcejeo con la y en la última fase de los hechos, agarrándole del cuello, le causó las lesiones concretadas en : "*Herida incisa de 1 cm, en cara medial-dorsal de falange de 5º dedo de mano derecha; lesión eritemato-inflamatoria tipo contuso de 3 por 2 cms, sobre acromion de hombro izquierdo izquierdo ;abundantes Petequias bilaterales en cuello zona peritraqueal ; erosión de 1 cm. en codo izquierdo; escoriaciones en codo derecho de 1 por 2 cms.; lesión eritemato-inflamatoria ge de 3 cms, en hombro derecho ; herida incisa, superficial, de 1 cm. en fosa derecha. Lesiones incisas y contusas en ambas rodillas ; contusión con excoriación de 1 cm, en cara medial de mama izquierda.*". Dichas lesiones requirieron de primera asistencia facultativa, generando un periodo de incapacidad temporal de dos días de perjuicio personal básico, sin que restaran secuelas, por tanto susceptibles de ser calificadas como lesiones de menor gravedad, pues como decimos, las mismas requirieron para su sanidad exclusivamente de una primera asistencia facultativa.

Concurren las agravaciones específicas consistentes en:

(i) Haberse cometido el hecho en presencia de menores; a este respecto nos remitimos a cuanto anteriormente argumentado, en relación con la declaración como hecho probado que : "...El incidente fue presenciado por los niños y al menos en una ocasión la niña , gritó dirigiéndose a su padre: "déjala no la mates".".

En las concretas circunstancias del caso que declaramos probadas, se satisfacen las exigencias para aplicar este subtipo agravado, tomando en consideración que como declara la STS 2ª 188/2018 de 18 de abril : "... La interpretación del término "en presencia" no puede pues restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia. Y es que en tales supuestos es patente que el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psico-social y en su salud física y mental.".

(ii) Utilización de arma, en relación con el empleo por el procesado del cuchillo de unos 15 cm de hoja, durante el incidente.

(iii) Comisión del hecho en el domicilio común, pues los hechos se cometieron en la vivienda .

de que constituía el domicilio conyugal, hallándose el procesado y la : en trámites para la formalización de la ruptura de su relación convivencial , teniendo fijado esta en dicha vivienda su domicilio .

QUINTO.- AUTORÍA. Por cuanto acabamos de razonar , el procesado , es responsable a título de autor, de un delito un delito de maltrato ocasional - en su modalidad de causación de lesiones de menor gravedad en el ámbito de

violencia sobre la mujer - , previsto y penado en el artículo 153.1 y 3 del Código Penal, concurriendo las agravantes específicas de haber ocurrido el hecho en presencia de menores , con utilización de arma blanca y en el domicilio común; con arreglo al párrafo primero del artículo 28 del Código Penal, por haber realizado personal directa y voluntariamente por sí solo los hechos que lo integran.

SEXTO.- CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

En la comisión del delito de maltrato ocasional, ya definido, concurre la circunstancia atenuante simple de trastorno mental del artículo 21. 1ª, en relación con el artículo 20. 1ª del Código Penal .

Recordaremos que con arreglo a una constante doctrina jurisprudencial las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo - SSTTS 2ª 259/2017 y 240/2017, entre otras muchas-

En este contexto , hemos declarado probado que , en el momento de comisión de los hechos ,

presentaba un estado de estrés grave / trastorno adaptativo, este cuadro afectaba de forma moderada a sus capacidades intelectivas y volitivas para la ejecución de los actos relatados, sin llegar a anularlas.

Para realizar esta determinación sobre el grado de afectación de las capacidades del procesado, para comprender la ilicitud del hecho delictivo que cometió y para actuar con arreglo a tal comprensión, tomamos en consideración de un modo relevante, la prueba pericial concretada en el dictamen de los médicos forenses

l, y , sometido a condiciones de efectiva contradicción, en la sesión de juicio oral celebrada el pasado día tres de octubre .

Como informaron dichos peritos , el procesado, había estado en seguimiento en el centro de salud mental

, siendo diagnosticado de reacción a estrés

grave y trastornos de adaptación, así como problemas relacionados con el grupo de apoyo, incluidas las circunstancias familiares , aquellos y éstas se concretaban , en relación con la forma en que asumió la ruptura de la relación convivencial con la , las cuestiones que mantenía con su hermano, relativas a la situación de la madre, afectada por la enfermedad de Alzheimer , habiendo discutido con aquel, el día anterior a la comisión de los hechos aquí enjuiciados

Ante una agudización en su proceso fue atendido en la unidad de psiquiatría del Complejo Hospitalario de Navarra, el día 12 de junio , modificándosele la medicación , en tal fecha, se encontraba en situación de baja laboral en relación con el cuadro descrito .

El día de los hechos, por indicación de su médica de atención primaria , cuando ya se hallaba detenido, fue trasladado para ser valorado en departamento de psiquiatría del Complejo Hospitalario de Navarra . Recogiéndose "*consumo abusivo de alcohol con fines ansiolíticos y de estimulantes.*" -según se especifica en el informe médico forense de referencia -.

El cuadro descrito, en relación con las concretas circunstancias concurrentes, determinó una efectiva influencia sobre sus capacidades intelectivas y volitivas, a las que afectó moderadamente para la ejecución de los actos que declaramos probados, sin llegar a anularlas . Razones que , como hemos señalado, conducen a la apreciación de la circunstancia atenuante simple de trastorno mental.

Sostiene la defensa del procesado que concurre la circunstancia atenuante de confesión del artículo 21.4 del Código Penal . En términos de la STS 2ª 754/2016 de 13 de octubre dicha atenuante encuentra su justificación en razones de política criminal (cfr. SSTS 767/2008, 18 de noviembre; 527/2008, 31 de julio y 767/2008, 18 de noviembre). Al Estado le interesa que la investigación de los delitos se vea facilitada por la confesión -siempre voluntaria y espontánea- del autor del hecho. Con ello se simplifica el restablecimiento del orden jurídico por aquel que lo ha perturbado, se refuerza el respaldo probatorio de la pretensión acusatoria e incluso se agiliza el ejercicio del ius puniendi. Quien voluntariamente confiesa su participación en el hecho delictivo, rebaja la intensidad del juicio de reproche y demuestra una menor

necesidad de pena. La aplicación del beneficio asociado a la atenuante exige, además de que la autoinculpación se verifique ante las autoridades, que esa confesión se produzca antes de que el acusado conozca que el procedimiento se dirige contra él. La veracidad de la confesión cierra el círculo de los presupuestos que la Sala 2ª del Tribunal Supremo, viene exigiendo para su apreciación.

Pues bien, en el presente caso, no cabe estimar concurrentes los presupuestos que determinan su apreciación.

Sostiene el procesado que después de la comisión de los hechos, acudió al cuartel de la Guardia Civil, les dijo lo que había pasado, se puso a su disposición y le dejaron marchar de las dependencias policiales, posteriormente la Policía Foral se presentó en su casa. Ahora bien, según se desprende de la declaración en el acto de juicio oral del Agente de la Guardia Civil, cuando el, acudió a las dependencias, simplemente relató que había tenido fuerte discusión con su esposa, sin referir que había existido una agresión, ni que había empleado un cuchillo, ni que había tratado de estrangular a la, pues en otro caso hubieran procedido a su detención, no siendo apreciable por tanto, el presupuesto de veracidad de la confesión.

Estiman las acusaciones tanto pública como particular que concurre y por tanto debe ser apreciada la circunstancia mixta de parentesco, prevista en el artículo 23 del Código Penal, como circunstancia agravante.

No podemos acoger esta pretensión, precisamente la calidad de esposa de la del procesado, determina la consideración de aquella persona como sujeto pasivo del delito por el que le condenamos. Dicha calidad es indispensable para integrar el tipo penal y por ello no puede ser apreciada para articular la agravación que se pretende.

Interesa la acusación particular la apreciación de la circunstancia agravante de cometer el delito por razones de género, prevista en el artículo 21.4 del Código Penal e introducida en dicho cuerpo legal mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Declara la STS 2ª 420/2018 de 25 de septiembre: "... La protección a la mujer respecto de determinadas conductas y en un ámbito determinado, como es el propio de las relaciones de pareja, aun sin

convivencia, se introdujo en el Código Penal mediante la modificación, entre otros, de los artículos 153 , 171 y 172 , en los que se agrava de forma específica la pena imponible a las conductas que en ellos se describen ejecutadas por el autor cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Siempre que, como hemos señalado en la STS nº 856/2014, de 26 de diciembre, se aprecie una intención de dominación del hombre sobre la mujer, que está implícita en el delito. Pero las agravaciones previstas en esos casos solamente eran aplicables cuando se tratase de los delitos tipificados en esos preceptos.”

Y añade “... Con la introducción de la agravante relativa a cometer el delito por una discriminación basada en razones de género, se amplía esta protección con carácter general, de modo que la agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya viene contemplada en el tipo, sino en todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta.”

En el caso que ahora examinamos, la descripción típica del delito por el que establecemos la condena, contempla las razones para fijar la agravación de forma específica de la pena imponible , basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer , que está implícita en el delito . Por tanto, no cabe apreciar la genérica circunstancia agravante invocada, pues en otro caso, se incurriría en un proscrito “non bis in idem”, toda vez que un mismo hecho - la relación de poder del hombre sobre la mujer - daría lugar, simultáneamente, a dos agravaciones: la genérica del artículo 22.4ª CP y la específica prevista en dicho artículo 153.

SÉPTIMO.- INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS.

Abordamos a continuación la motivación de la individualización de las penas, función que realizamos, con observancia del principio de proporcionalidad de la pena , dentro de los parámetros legales, que

requiere , en la medida que la pena fijada se aleje del mínimo legal, una explicación de la razón de la pena que se impone , para cumplir así las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales ex Art. 120.3 de la Constitución . – vid. por todas STS 2ª 719/2017 de 31 de octubre.

En este contexto , hemos de considerar la gravedad de la culpabilidad del su autor , expresando las circunstancias que tomamos en cuenta para concretar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Y esta gravedad debe ser traducida en la cantidad de pena que en definitiva fijamos, dentro del marco legal punitivo , establecido para el delito, por el que le condenamos, atendiendo igualmente a los criterios de adecuación y necesidad de la pena en el caso concreto - vid por todas STS.2ª 57/2018 de 1 de febrero- .

El arco punitivo fijado por la aplicación de los números 1 y 3 del artículo 153 del Código Penal , abarca de nueve meses y un día a doce meses; hemos apreciado que concurren tres de las agravaciones específicas, del número 3, así como la atenuante simple de trastorno mental; ponderando éstas circunstancias, consideramos proporcionado y razonable fijar la duración de la pena de prisión en 10 meses y 15 días, que constituye el límite inferior de la mitad superior .

La condena por este delito, determina la imposición en todo caso, de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años; utilizando el mismo criterio de dosificación punitiva, le imponemos dicha pena durante 2 años y 6 meses .

Asimismo de conformidad con lo dispuesto en el art. 57 . 2 del Código Penal , en relación con el art. 48 .2 ; procede imponerle la prohibición de acercamiento a , así como a su hijos su domicilio , lugar de trabajo de aquella o a cualquier otro que sea frecuentado por ellos a una distancia inferior a los 500 metros , durante 2 años 10 meses y 15 días, utilizando el mismo criterio de proporcionalidad que empleado a efectos de fijar la pena privativa de libertad.

En cuanto a la prohibición de comunicación, que se contempla en el apartado 3 del art. 48 , precisamos que la misma , no viene legalmente obligada , al contrario de lo que ocurre, la anterior prohibición de acercamiento . En el presente caso, solicitan su imposición en Ministerio

Fiscal y la acusación particular, exclusivamente en relación con , sin que la interesen en relación con los hijos comunes . Atendiendo al principio acusatorio que rige en esta materia y valorando que dicha prohibición es razonable y proporcionada en las concretas circunstancias del caso, procede imponer al procesado la prohibición de comunicación con , por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 2 años 10 meses y 15 días .

Solicita la acusación particular, la imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad .

Recordaremos que la posibilidad de imposición de dicha pena privativa de derechos, en relación con el delito de maltrato ocasional por el que condenamos al procesado, se introdujo por primera vez en el Código Penal, a través de la redacción dada al artículo 153 , por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia en materia de seguridad ciudadana , violencia doméstica e integración social de los extranjeros .

Desde esa regulación, el criterio que preside la decisión sobre la imposición de esta pena, refiere la adecuación al interés superior del menor y en este sentido, dispone en el inciso final del apartado 1 de dicho artículo , en la redacción conferida por la Ley Orgánica 1/2015 : *"... así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años."*

En este sentido, recuerda la doctrina jurisprudencial que la finalidad que debe prevalecer para la aplicación de esta inhabilitación especial es la protección del bien superior del menor - vid. por todas SSTS 2ª 118/2017 de 23 de febrero y 477/2017 de 26 de junio - .

Para realizar esta ponderación en el caso que nos ocupa, ponemos de relieve que , el incidente fue presenciado por los niños y al menos en una ocasión la niña gritó dirigiéndose a su padre: *"déjala no la mates"*, así como la gravedad de la conducta del procesado , desarrollada en la vivienda que constituía el lugar de residencia de los menores . Teniendo en cuenta estas indicaciones, resulta razonable considerar

que los pequeños de seis y tres años de edad, vivieron una experiencia traumática, que provocó en ellos sentimientos de inseguridad, de miedo o preocupación, con la negativa afectación al desarrollo integral de la personalidad del niño y la niña que la vivencia de esta situación comporta.

Lo que ahora se trata de habilitar, es un espacio temporal en el que se procure el sosiego y la tranquilidad de los niños, para posibilitar la recuperación de la situación vivida y procurar consolidar su estabilidad emocional. Teniendo en cuenta que el efecto propio de dicha inhabilitación, según se contempla en el artículo 46 del Código Penal, es la privación al penado durante el tiempo de duración de dicha pena accesoria, de los derechos inherentes a la expresada potestad / función, en el marco que delimitan las Leyes 63 y concordantes del Fuero Nuevo, en relación con los artículos 154 y conexos del Código Civil.

Por todo ello, consideramos razonable y proporcionado, imponer dicha pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad sobre su durante dos años y seis meses

OCTAVO.- RESPONSABILIDAD CIVIL .

Dispone el artículo 109 del Código Penal en su apartado 1: "...La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados .", de este modo se configura en nuestro derecho penal, sustantivo la responsabilidad civil derivada del delito; que en el aspecto procedimental, permite el ejercicio acumulativo de la acción penal junto a la civil

El delito de maltrato ocasional por el que condenamos al procesado, lleva aparejada la responsabilidad civil, que en este caso se concreta en la obligación de indemnizar los perjuicios materiales y morales - Art. 116.3 CP-.

Pasamos a examinarlos diversos conceptos en los que la acusación particular y el Ministerio Fiscal, concretan su pretensión indemnizatoria :

i) Indemnización por el tiempo de curación de las lesiones físicas :

Como hemos declarado probado y justificado a este respecto - epígrafe C del antecedente de hechos probados - , las lesiones que sufrió la , como consecuencia de los hechos , requirieron de primera

asistencia facultativa , generando un periodo de incapacidad temporal de dos días de perjuicio personal básico, sin que restaran secuelas.

Aplicando de modo orientativo como tiene reiteradamente declarado la doctrina jurisprudencial - vid. SSTs.2ª 430/2010 de 28 abril y 127/2015 de 3 de marzo - el baremo contenido en la Ley 35/2015, de 22 septiembre de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación , en cuyo artículo único se modifican diversos preceptos del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre , para fijar la indemnización por daños personales causados por delitos dolosos ; resulta ponderado fijar por este concepto, la cantidad de 150 € . Teniendo cuenta que la indemnización por día de perjuicio personal básico, se concreta en dicho baremo en 30 €.

ii) Indemnización por daño moral :

El Ministerio Fiscal postula el reconocimiento por este concepto de la cantidad de 5.000 € , mientras que la acusación particular interesa el reconocimiento de la suma de 6.000 €, atendiendo al daño psicológico y moral padecido .

Para evaluar esta pretensión indemnizatoria, recordamos en primer lugar que, como tiene declarado con reiteración la Sala Segunda del Tribunal Supremo , la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia - vid por todas STS 2ª 82/2018 de 5 de febrero- .

Asimismo es doctrina consolidada de dicha Sala Segunda que : *"... dada la ausencia de regulación objetiva de las bases atendibles a la hora de determinar las cuantías indemnizatorias por daño moral , el concreto «quantum» aplicado en tales supuestos por vía de responsabilidad civil se entenderá ajustado a las reglas de la lógica cuando reúna el doble requisito de no haberse superado las cantidades solicitadas por las partes acusadoras y de que las cuantías solicitadas se acomoden a pautas razonables, en el sentido de no resultar excesivas"(STS 467/2012 de 11 de mayo 177/2016 de 2 de marzo), por otra parte la motivación fluye de los hechos probados, debiendo recordar al respecto que para su concesión,- "no es preciso que los daños morales tengan que concretarse en relación*

con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, bastando que sean fruto de una evaluación global de la reparación debida a las mismas", (STS 59/2016 de 4 de febrero)." -vid STS 2ª 493/2017 de 29 de junio- .

Para apreciar su existencia, no es necesario que el mismo esté especificado en los hechos probados y así declara la STS 2ª 530/2016, de 16. 16 de junio : "... Respecto al daño moral, en las SSTS 420/2015, de 26 de junio , 231/2015 de 22 de abril ó 489/2014, de 10 de junio, recordábamos que la jurisprudencia de la Sala Primera entiende de aplicación la doctrina *in re ipsa loquitur* ,cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar "evidente"; es decir," cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado", acogida en numerosas resoluciones ;así como que esta Sala Segunda ,en argumentación paralela, entienden que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatarse un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada ,susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis ,imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad (SSTS núm. 264/2009, de 12 de marzo ; núm. 105/2005, de 29 de enero).".

Y para la evaluación de su alcance, como decimos , no es preciso que tengan que concretarse con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas : "... sino que pueden surgir de la mera significación espiritual que tiene el delito para la víctima y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital, sin más parámetro para la evaluación de su alcance -cuando no hay alteraciones médicamente apreciables- que la gravedad de la acción que lesionó al perjudicado, la importancia del bien jurídico protegido y las singulares circunstancias de la víctima." - STS 2ª 932/2016 de 15 de noviembre - .

En el presente caso, el daño moral fluye de modo natural del comportamiento enjuiciado, la situación que vivió la , fue verdaderamente angustiada, agobiante, profundamente lesiva para su integridad moral, temió fundadamente por perder su vida y los hechos se produjeron en presencia de sus hijos. Teniendo en cuenta estos

parámetros, consideramos razonable y proporcionado, fijar la indemnización por daño moral, en la cantidad de 5000 €.

NOVENO .- COSTAS

En atención a lo dispuesto en los artículos 123 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a todo responsable criminalmente de un delito o falta le viene impuesto, por ley, el pago de las costas procesales causadas en el curso del procedimiento seguido para su enjuiciamiento, dado el contenido condenatorio de esta sentencia, procede imponer al procesado, las costas procesales, relacionadas con el delito por el que le condenamos, incluyendo las derivadas del ejercicio de la acusación particular; al estimar que su intervención no ha resultado inútil, perturbadora, superflua o innecesaria; tampoco ha formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en nuestra Sentencia, o las sostenidas por el Ministerio Fiscal -vid. por todas STS 2ª 607/2014 de 14 de septiembre -.

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

IV.-FALLO

En atención a lo expuesto, **FALLAMOS** :

A.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a
, como responsable en concepto de autor de un delito de maltrato ocasional previsto y penado en el artículo 153.1 y 3 del Código Penal, ya defenido, concurriendo las agravantes específicas de haber ocurrido el hecho en presencia de menores, con utilización de arma blanca y en el domicilio común, así como la circunstancia atenuante simple de trastorno mental del artículo 21. 1ª, en relación con el artículo 20. 1ª de dicho Código, a las PENAS de : 10 MESES Y 15 DÍAS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; privación del derecho a la tenencia y porte de

armas durante 2 años y 6 meses e inhabilitación especial para el ejercicio patria potestad respecto de su [redacted] por tiempo de 2 años y 6 meses.

Igualmente le imponemos : (i) La prohibición de acercamiento a [redacted] , así como a su hijos [redacted] su domicilio , lugar de trabajo de aquella o a cualquier otro que sea frecuentado por ellos a una distancia inferior a los 500 metros , durante 2 años 10 meses y 15 días ; (ii) La prohibición de comunicación con [redacted] por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 2 años 10 meses y 15 días .

En el ámbito de la responsabilidad civil, le condenamos a indemnizar a [redacted] , en las cantidades de: 150 € por el tiempo de curación de las lesiones físicas y 5000 € en concepto de daño moral; con aplicación a las expresadas sumas de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Igualmente le condenamos al pago de las costas procesales, relacionadas con el delito por el que le condenamos, incluyendo en tal imposición las derivadas del ejercicio de la acusación particular.

B.- DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a [redacted] , del delito de homicidio en grado de tentativa del que venía acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular ejercida por la representación procesal de [redacted]

Declaramos de abono, para el cumplimiento de la pena de prisión que imponemos al condenado, la parte correspondiente del tiempo en que ha estado provisionalmente privados de libertad, incluyendo el día en que estuvo detenido.

Notifíquese la presente resolución a las partes y personalmente al procesado .

Librese por la Sra. Letrado de la Administración de Justicia certificación de la presente resolución, que se dejará en el rollo correspondiente, llevando la original al libro de Sentencias Penales de esta Sección.

La presente resolución no es firme y cabe interponer frente a ella *recurso de*

apelación , ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, formalizándose ante esta Sección , con arreglo a lo dispuesto en el art. 846 ter. L.E.Crim , dentro de los diez días siguientes a la última notificación.

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