



Roj: STSJ CL 625/2019 - ECLI: ES:TSJCL:2019:625

Id Cendoj: 09059310112019100001

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal

Sede: Burgos

Sección: 11

Fecha: 26/03/2019

Nº de Recurso: 11/2019

Nº de Resolución: 16/2019

Procedimiento: Penal. Apelación procedimiento abreviado

Ponente: JOSE LUIS CONCEPCION RODRIGUEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CASTILLA Y LEON

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

ROLLO DE APELACION NUMERO 11 DE 2019 AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALENCIA ROLLO NUMERO 1 DE 2018

JUZGADO DE INSTRUCCION NUMERO 6 DE PALENCIA ABREVIADO NUMERO 161 DE 2017

- **SENTENCIA Nº 16/2019** -

Señores:

Excmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez

Ilmo. Sr. D. Carlos Javier Álvarez Fernández

Ilmo. Sr. D. Ignacio María de las Rivas Aramburu

En Burgos, a veintiséis de marzo de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente de la Audiencia Provincial de Palencia seguida por un delito de amenazas y otro de homicidio en grado de tentativa contra D. Octavio , cuyos datos y circunstancias ya constan en la sentencia impugnada, representado por la Procuradora M^a. Enma Atienza Corro y defendido por la Letrada D^a. Ana Isabel Madera Campos, en virtud de los respectivos recursos de apelación interpuestos por él mismo, por la acusadora particular D^a Carolina , representada por la Procuradora M^a Victoria Cordón Pérez y asistida de la letrada D^a. Aurora Herminia Gutiérrez García, y por el MINISTERIO FISCAL, en el que ha sido parte la ASOCIACIÓN CLARA CAMPOAMOR, representada por la Procuradora M^a María Begoña González Sousa y asistida del letrado D. Luis Antonio Calvo Alonso.

Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida, así como los hechos que declara probados, excepto en el tercero de ellos la frase **todo ello enmarcado en un carácter posesivo y controlador hacia la mujer que ya habíasido expresado a lo largo de su relación y que se enmarcaba en una idea de dominio y superioridad machista** .

-ANTECEDENTES DE HECHO-

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Palencia de la que dimana el presente Rollo de Sala dictó sentencia en la que se declaran probados los siguientes hechos:

Se declara expresamente probado que: 1.-Sobre las 16:30 horas del día 27 de febrero de 2017, Octavio , de 37 años, con la finalidad de recoger unos enseres personales que tenían el garaje, se personó en la vivienda sita en la CALLE000 de la localidad de DIRECCION000 (Palencia), en la que residía quien había sido su pareja Carolina , de 38 años, con los hijos comunes de ambos Victoriano y Roman , de 6 y 1 año, respectivamente. Tras haber recogido dichos enseres, le manifestó a Carolina su deseo de ver a sus hijos, comenzando a subir

las escaleras de acceso a la vivienda y, como quiera que Carolina le mostró lo inoportuno de hacerlo, Octavio le dirigió diversos insultos, manifestándole seguidamente "te voy a matar, voy ahora mismo a por un cuchillo" y continuó subiendo las escaleras, haciéndolo detrás Carolina ante el temor de que pudiera hacer daño a los niños y, una vez en presencia de éstos, Octavio volvió a salir, momento en que se dirigió de nuevo a Carolina diciéndole: "si no lo hago es porque están los niños delante".

2.-Al final de la tarde del 3 de marzo de 2017, Octavio envió a Carolina numerosos mensajes WhatsApp insistiéndole, con diversas excusas, en que fuera personalmente a su domicilio a llevarle a los niños. Como quiera que Carolina se opuso a ello por lo tardío de la hora y a la vez le mostraba reiteradamente su oposición a quedar con él, pese a su insistencia, llegando a manifestarle que "cuanto más lejos estés de mi mejor", Octavio le contestó en mensajes enviados entre las 20:52 y las 20:55 horas, que "eso es es", "Ttraankiila", "Ke vas a estar lejos", "muy lejos". Finalmente quedan para que a las 10 de la mañana del día siguiente, Carolina le entregue los niños en su domicilio. Pese a ello, sobre las 10 de la noche comienza una nueva conversación por el mismo medio, reiterando sus comentarios acerca de su relación y su interés en seguir viéndola, y en el curso de la misma, siendo ya la 1:39 horas del día 4 de marzo, le envió un nuevo mensaje en el que le hacía constar "sólo te acudes de lo que te dije en la escalera", frase que acompañó con emoticones de diablos. A las 10:00 horas del día 4 de marzo de 2017, Carolina en unión de sus dos hijos menores de 6 y 1 año, con el fin entregarle los niños a Octavio conforme habían quedado la tarde antes y en cumplimiento del régimen de visitas que habían pactado, aparcó su vehículo en la CALLE001 de Palencia a la altura del Bar DIRECCION001. Al percatarse Octavio de su presencia, le hizo señas desde el portal de su domicilio para que se aproximara pues estaba a una cierta distancia. Pese a ello, Carolina, por miedo a que le pudiera hacer algo, dadas las expresiones que le había dirigido el día anterior y el 27 de febrero, se quedó en el interior del vehículo haciendo caso omiso de las llamadas de Octavio, quien, al ver que Carolina no bajaba del coche, comenzó a correr hacia él, momento en que Carolina, ante el temor que le infundía la situación, trató de cerrar las puertas, lo que no logró por su estado de nerviosismo y la rapidez con la que actuó Octavio, quien tras abrir la puerta de la conductora que ocupaba Carolina y, con un cuchillo abre ostras (instrumento con capacidad de corte y penetración, con hoja de 5,6 cm de longitud y 1,5 cm de ancho), le propinó de forma inopinada cinco pinchazos de entre uno y dos centímetros cada uno; en concreto, le ocasionó las siguientes heridas incisas: en hipocondrio derecho, justo por debajo del último arco costal, sin penetración en cavidad abdominal; en región axilar izquierda y en región axilar derecha, en ambos casos sin llegar a penetraren la cavidad torácica ni afectando a la pleura, siendo la leve la segunda de las lesiones axilares pues no precisó ni puntos de sutura; en región escapular derecha (parte alta del omóplato derecho), con incidencia en los músculos, haciendo tope en el hueso; y en la primera falange del cuarto dedo de la mano derecha, parte dorsal. Las heridas en región axilar y en el dedo son típicas de defensa, produciéndose las primeras al elevar el brazo para proteger la cara y dejar la zona axilar descubierta. Ninguna de las lesiones es penetrante en cavidades y no afectan a zonas vitales. El ataque cesó al intervenir de forma rápida un cliente del Bar DIRECCION001 que en ese momento se encontraba fumando a la puerta del establecimiento, y, tras percatarse de lo que estaba sucediendo, agarró al agresor, separándole de la víctima y evitando así que pudiera continuar la agresión y acabara con la vida de Carolina. Todavía en ese momento, Octavio, en presencia de la citada persona, manifestó "la tengo que matar", si bien, al salir otras personas del bar, se ausentó del lugar, siendo perseguido por otras dos personas que lograron darle alcance, momento en que tras expresarles "sé lo que he hecho", sacó del bolsillo de la cazadora el cuchillo antes descrito y comenzó a autolesionarse, causándose dos pequeñas heridas incisas de 2 cm cada una en la región latero-cervical anterior derecha e izquierda, no penetrantes, y otras dos heridas en región epigástrica (una central y otra lateral derecha), también de 2 cm cada una, sin penetración en cavidad abdominal. Ante esta situación, las personas que le habían alcanzado le desarmaron y le tiraron al suelo, reteniéndole hasta la llegada de la Policía. A consecuencia de la agresión Carolina sufrió las heridas descritas, así como reacción de ansiedad secundaria a los hechos. Las heridas precisaron ser suturadas para su correcta curación, ingreso hospitalario para control hemodinámico, retirada de puntos y medicación sintomática, tardando en sanar diez días de los cuales dos fueron de hospitalización, no siendo los ocho estantes impeditivos de las ocupaciones habituales de la lesionada, quedándole como secuelas las siguientes: cicatriz de 3 cm en cuarto dedo de la mano derecha, otra cicatriz circular de 1 cm en región axilar izquierda, otra de 1 cm en hipocondrio derecho y una más de 1cm en escápula derecha. Los hechos fueron realizados en presencia de los dos hijos menores de Octavio y Carolina y si bien el menor, por su corta edad, no tuvo consciencia de lo sucedido, el mayor, de seis años, sí la tuvo, dirigiéndose a Octavio para que parase en su agresión a su madre. Tras estos hechos, el niño mayor ha presentado bloqueo cognitivo con cambio de tema cuando se le hable de ello a fin de rebajar la ansiedad que ello le provoca. A ello debe añadirse que ha sido consciente de otros episodios de conflictividad habidos en el seno de la pareja. No obstante, dicho menor, en la actualidad no presente desajuste emocional o conductual de relevancia clínica y reactiva a los hechos enjuiciados, sin que se haya producido alteración significativa en su cotidianeidad.

3.-La pareja formada por Octavio y Carolina se habían separado en el año 2013 tras una convivencia estable de varios años en la que tuvieron su primer hijo. Poco tiempo después de la separación, volvieron a convivir, periodo en el que tuvieron su segundo hijo. Nuevamente se separaron por problemas de convivencia en el otoño de 2016, si bien Octavio, al no aceptar la separación, ha mantenido una conducta de insistencia en los contactos con Carolina a fin de conseguir verla y estar con ella, todo ello enmarcado en un carácter posesivo y controlador hacia la mujer que ya había sido expresado a lo largo de su relación y que se enmarcaba en una idea de dominio y superioridad machista.

No obstante, aun cuando la relación de pareja había tenido episodios de conflicto, que no en vano determinaron su ruptura en dos ocasiones, no puede considerarse probado que el acusado hubiese ejercido violencia física o psíquica de forma habitual hacia Carolina, existiendo constancia de un único episodio previo que fue el que dio lugar a la condena por delito de amenazas leves del año y sucedido en noviembre de 2013.

4.- Octavio había sufrido problemas de alcoholismo, habiendo acudido en diciembre de 2013 a la Asociación de Alcohólicos Rehabilitados de Salamanca solicitando ayuda para dejar de beber. Acudió a terapia de grupo y entrevistas con la trabajadora social en el mes de enero de 2014 pero, al mes siguiente, ya no volvió. En esa misma época, enero de 2014, acudió a la Unidad de Psiquiatría del Hospital Universitario de Salamanca, con igual motivo, presentando síntomas de abstinencia. En la única consulta a la que acudió se le diagnosticó dependencia alcohólica, prescribiéndole Antabús, un fármaco antagonista del alcohol. Pese a ser citado en dos ocasiones no volvió a consulta. En enero de 2017, acudió a su médico de familia por problemas de ansiedad derivados de su situación matrimonial. Le fue recetado el ansiolítico denominado Alprazolam. Acudió a varias consultas si bien en febrero le cambiaron la medicación a Paroxetina y se le derivó a salud mental, no siendo posible su citación al haber cambiado de domicilio y no volver por la consulta. En octubre de 2017, solicita, en el Centro Penitenciario en el que se encuentra ingresado por estos hechos, poder acudir a terapia psicosocial con relación a su problemática de dependencia del alcohol, siendo aceptado en el programa que la asociación ACLAD tiene en el Centro, acudiendo a sesiones grupales semanales de educación para la salud y el abuso de alcohol. Ha prestado interés, motivación y participación en el proceso, con evolución positiva. Pese a estas circunstancias, no presenta alteraciones en sus capacidades cognitivas, intelectivas ni volitivas, siendo conocedor de sus actos y de las consecuencias que de ellos se derivan. No consta acreditado que, al momento de los hechos, Octavio presentase alteración de sus facultades intelectivas o volitivas, no existiendo dato alguno que permita afirmar que hubiese ingerido alcohol pues no presentaba síntomas de ello, no reflejándolo tampoco la analítica a la que fue sometido en el Hospital de Palencia al que fue trasladado a las 10:46 horas, poco después de haber sucedido los hechos enjuiciados (en torno a las 10 horas). Tampoco consta que su consciencia y voluntad estuviesen alteradas por fármacos u otras sustancias.

5.- Octavio es mayor de edad y tiene antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia; si bien y en relación con la víctima del presente proceso, fue condenado por delito de amenazas leves del artículo 171.4 del Código Penal por sentencia firme de 4 de marzo de 2014 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Salamanca, antecedente cancelable al no ser ninguna de las penas impuestas superior a doce meses y habiendo cumplido la última de dichas penas, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, el 28 de noviembre de 2014.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia, de fecha 18 de octubre de 2018, dice literalmente: " FALLAMOS: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Octavio, como autor responsable de un delito de amenazas y de un delito de homicidio en grado de tentativa, ya definidos, con la concurrencia en ambos delitos de las circunstancias agravantes de parentesco y de comisión del delito por razón de género, a las penas, por el primer delito, de veinte meses de prisión, con accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y a la pena de prohibición de comunicación y aproximación a menos de 200 metros respecto de Carolina, su domicilio y lugar de trabajo, así como respecto de sus hijos Victoriano y Roman, por tiempo de tres años; y a las penas, por el segundo delito, de ocho años y seis meses de prisión, con accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y a la pena de prohibición de comunicación y aproximación a menos de 200 metros respecto de Carolina, su domicilio y lugar de trabajo, así como respecto de sus hijos Victoriano y Roman, por tiempo de diez años. También procede la imposición de la medida de libertad vigilada por tiempo de tres años que se cumplirá una vez ejecutada la pena de prisión impuesta por el delito de homicidio. El condenado indemnizará a la víctima, Carolina en la cantidad de 480 euros por lesiones, 790 euros por secuelas y 6.000 euros por daño moral; indemnizaciones que devengarán el interés establecido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde esta resolución.

Y debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Octavio, de los delitos de asesinato y de violencia familiar habitual de los que también fue objeto de acusación. El condenado abonará la mitad de las costas que se hayan causado, incluida igual proporción de las causadas por la acusación particular y con expresa exclusión de las originadas por la acusación popular; declarándose de oficio la mitad restante de dichas costas. Abónese

al condenado el tiempo en que ha estado privado de libertad por esta causa. Se declara la insolvencia del condenado aprobando a tal efecto el auto dictado por la Instructora. Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá la oportuna certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos; debiendo notificarse a las partes en legal forma con la advertencia de que no es firme por cuanto cabe interponer contra ella recurso de apelación para la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Castilla y León, recurso que deberá interponerse ante esta Audiencia Provincial dentro de los diez días siguientes a aquel en que se hubiera notificado dicha resolución, debiendo formalizarse conforme a lo establecido en los arts. 790 y 791 LECr (art. 846 ter LECr).

TERCERO.- Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por la defensa del condenado, expresando como fundamento del mismo la vulneración de la presunción de inocencia en relación con los delitos por los que venía acusado y la infracción en la aplicación de los artículos 22.4 del Código Penal por no concurrir la agravante de género y 21.1 y 3 por concurrir las atenuantes alegadas de alcoholismo y no tenidas en cuenta por el Tribunal.

La acusación fundamenta su recurso en la infracción de ley por inaplicación de los artículos 139.1 del Código Penal , 173.2, por estimar que concurren los delitos de asesinato y de maltrato habitual, y 33.2 en relación con el 39. B) y 55 del mismo texto legal , por entender aplicable la pena de privación de la patria potestad que había solicitado.

El Ministerio Fiscal basa su recurso en la infracción de precepto legal por este mismo motivo.

CUARTO.- Admitido el recurso, se dio traslado del mismo a las restantes partes que lo impugnaron, y elevadas las actuaciones a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, se formó el oportuno Rollo de Sala y se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el día 18 de marzo del presente año.

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez, Presidente del Tribunal, quien expresa el parecer del mismo.

-FUNDAMENTOS DE DERECHO-

PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión. -

Contra la sentencia dictada con fecha 18 de octubre de 2018 por la Audiencia provincial de Palencia que condena al acusado, Octavio , como autor responsable de un delito de amenazas y de un delito de homicidio en grado de tentativa, con la concurrencia en ambos delitos de las circunstancias agravantes de parentesco y de comisión del delito por razón de género, y le absuelve de los delitos de asesinato y de violencia familiar habitual de los que también fue objeto de acusación, interpone recurso el propio acusado y las acusaciones, representadas por la ofendida y por el Ministerio Fiscal.

La acusación particular fundamenta su recurso en tres concretos motivos:

- a) La infracción legal por inaplicación del artículo 139.1 del Código Penal , toda vez que la resolución impugnada califica los hechos enjuiciados como un delito de homicidio en grado de tentativa cuando lo correcto, a su entender, hubiera sido calificarlos como asesinato, dada la concurrencia de la alevosía no estimada por el Tribunal.
- b) La infracción normativa por inaplicación del artículo 173.2 inciso último y 3 del Código Penal , ante la declaración de inexistencia del delito de violencia o maltrato habitual en el ámbito familiar que hace la sentencia.
- c) La infracción normativa por inaplicación del artículo 33.2 en relación con el 39. B) y 55 del Código Penal , por entender aplicable la pena de privación de la patria potestad que había solicitado.

El **Ministerio Público** , en un único motivo basado en la infracción de estos últimos preceptos, interesa la imposición de esta última pena por estimar que además del delito cometido contra la denunciante existió un ataque directo contra la integridad moral y el normal desarrollo de la personalidad de los hijos menores de la denunciante y denunciado -de cinco y un año de edad- que impide que este último conserve la patria potestad sobre ellos.

Por su parte, **la defensa** impugna el fallo condenatorio en la parte que le afecta, por estimar:

- a) que no concurre la agravante de género estimada por el Tribunal, por cuanto no existe indicio alguno que lleve a pensar que la agresión cometida contra su ex pareja lo fue por el sólo hecho de ser mujer y por verificar un acto de dominio o de superioridad sobre ella.

b) que, dada su condición de ex alcoholístico y sometido a un tratamiento de ansiedad derivada de su separación, concurren las atenuantes previstas en los ordinales 1 y 3 del artículo 21 del Código Penal .

c) que no existe el delito de amenazas por el que viene condenado.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados.-

Con el respeto a la narración fáctica que realiza la sentencia impugnada, en los términos que ahora se dirán y, en aras de recordar la misma, cumple afirmar que los hechos de los que trae causa la condena se remontan al día 27 de febrero de 2017, cuando sobre las 16.30 horas, el acusado, tras personarse a recoger unas pertenencias suyas en la vivienda sita en la CALLE000 de la localidad palentina de DIRECCION000 , en la que residía quien había sido su pareja - Carolina - en compañía de los hijos comunes de ambos - Victoriano y Roman - y después de negarse aquélla a que saludase a los menores, le dijera que "la iba a matar" y que si no lo hacía era "porque estaban los niños delante". Al día 3 de marzo en que constan remitidos varios mensajes de WhatsApp en los que, tras requerirle infructuosamente a Carolina que le llevase los hijos a su casa para poder verlos, y decirle ésta que "cuanto más lejos estés de mi mejor", él la contestaba "traankila", "ke vas a estar lejos", "muy lejos", recordándole lo que le había dicho cuatro días antes. Y al día 4 de ese mismo mes de marzo sobre las 10 de la mañana, cuando habiendo acudido Carolina en compañía de sus hijos en cumplimiento del régimen de visitas que habían pactado a la CALLE001 de Palencia, y permaneciendo por miedo a la posible reacción de Octavio en el interior del vehículo, se acercó éste al mismo y, tras abrir la puerta del sitio destinado al conductor que ocupaba aquélla, comenzara a agredirla con un cuchillo de abrir ostras, con una hoja de 5,6 cms de longitud y 1,5 de anchura, propinándole cinco pinchazos de entre uno y dos centímetros cada uno, en el hipocondrio derecho, justo por debajo del último arco costal sin penetración en la cavidad abdominal; en la región axilar izquierda y derecha, en ambos casos sin llegar a penetrar en la cavidad torácica ni afectando a la pleura; en la región escapular derecha, junto al omóplato, con incidencia en los músculos; y en la parte dorsal de la primera falange del cuarto dedo de la mano derecha.

El ataque, tal y como refleja la sentencia dictada en la instancia, cesó gracias a la rápida intervención de un cliente del bar DIRECCION001 , sito en las proximidades del lugar donde se desarrolló el suceso quien, tras percatarse de lo que estaba ocurriendo, se lanzó contra el agresor separándole de la víctima, evitando así que pudiera acabar con la vida de Carolina . En ese momento, todavía Octavio dijo "la tengo que matar", ausentándose de allí tras salir otras personas de ese establecimiento, que le persiguieron, comenzando aquél a auto lesionarse tras haberle dado alcance, ocasionándose dos heridas incisas de 2 cms en la región latero-cervical derecha e izquierda, no penetrantes, y otras dos heridas en la región epigástrica de 2 cms, sin penetración en la cavidad abdominal.

Los únicos hechos que la Sala no acepta , tal y como ya se ha dicho, son los referidos por la sentencia impugnada a que la conducta de insistencia en los contactos con Carolina a fin de conseguir verla y estar con ella que ha mantenido el acusado, están **enmarcados en un carácter posesivo y controlador hacia la mujer que ya había sido expresado a lo largo de su relación y que se enmarcaba en una idea de dominio y superioridad machista** , por cuanto de las pruebas practicadas no se revela, ni siquiera, indiciariamente este extremo, tratándose dicho aserto de una inferencia que no se corresponde con la actividad probatoria que ha sido llevada a cabo.

RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.-

TERCERO.- Motivo relativo a la inaplicación del artículo 139.1 del Código penal .-

1.-) La Audiencia, que entiende indiscutible la existencia de *animus necandi* en la acción sometida a su consideración, por el *número, lugar y dirección de las cuchilladas* inferidas, de *las características del arma que emplea el acusado a tal fin* y de *las expresiones que había proferido y profiere inmediatamente después de los hechos* , considera, sin embargo, inaplicable la figura de la alevosía por entender que, aunque el ataque fue súbito, *no puede afirmarse que estuviera orientado en sus medios ni en sus formas a asegurar su ejecución mediante la neutralización de la defensa que pudiera desplegar la víctima* y que lo sorpresivo del acometimiento no sirvió, en definitiva, para anular o disminuir de forma esencial las posibilidades de defensa de la víctima.

Sostiene la recurrente, para rubricar lo sorpresivo del ataque, *que la víctima nunca pudo llegar a imaginarse que ese día quisiera y pretendiera matarla con los niños allí mismo* y que la sucesión de los hechos, la forma en la que se desarrollan, así como la preparación de los mismos por el atacante solo pueden ser determinantes de haber actuado con la alevosía que la jurisprudencia establece para entender la acción como asesinato y no como homicidio, bien desde un punto de vista normativo, bien desde un punto de vista instrumental, bien desde un punto de vista tendencial o culpabilístico.

2.-) La alevosía, que aparece definida en el artículo 22 del Código Penal, tiene su eje de acción en el aseguramiento buscado por el reo de la acción típica por él ejecutada y en la correlativa eliminación de las posibilidades de defensa que pudiera llegar a tener la víctima.

No vamos a extendernos acerca de la triple modalidad -proditoria o insidiosa, sorpresiva o de desvalimiento- que la Jurisprudencia ha venido reconociendo a esta figura agravante (por todas SSTs de 11 de julio de 2012 y 24 de enero de 2019); ni sobre los requisitos -normativo, objetivo, subjetivo y de mayor antijuridicidad- que la caracterizan (por todas, SSTs 247/2018, de 24 de mayo y 12/2019, de 17 de enero). Pero sí que hemos de recordar que la Jurisprudencia, tras algún que otro titubeo que le llevó a destacar, bien su carácter subjetivo -de una mayor culpabilidad-, bien su aspecto objetivo -de una mayor antijuridicidad-, en la actualidad, al tiempo que configura la misma como una circunstancia mixta, resaltando su aspecto objetivo pero exigiendo un plus de culpabilidad, viene exigiendo que el autor se represente como consecuencia de su actuar la plena supresión de cualquier riesgo y de toda posibilidad de defensa por parte del ofendido (SSTs 632/2011, de 28 de junio; 599/2012, de 11 de julio y 314/2015, de 4 de mayo).

3.-) En el supuesto enjuiciado, la recurrente trata de anudar sus pretensiones agravatorias a la sorpresa que caracterizó al ataque y al desvalimiento que la propia situación en la que se produjo colocó a la víctima frente a su agresor.

Y, aunque hemos de coincidir que el acometimiento en el que consistió el hecho fue inopinado, al tener lugar sin previo aviso ni amenaza, en un momento en el que iba a producirse la sola entrega de los hijos menores para que pudiera llevarse a cabo el régimen de visitas que se venía desarrollando como consecuencia de la separación de los padres, el mismo no fue sorpresivo, pues ya la misma mujer podía llegar a esperarlo a consecuencia de la conducta que había venido observando el acusado en días precedentes, quedando así en el coche por el temor que le daba acercarse a aquél, que le estaba interesando que se bajase del mismo y le acercase a los niños.

Y debemos de añadir que la eventual sorpresa, que como decimos no fue tal, no anuló las posibilidades de defensa de la víctima, que tuvo tiempo de cerrar con el correspondiente seguro la puerta del coche al ver acercarse al acusado, y que si no lo logró fue por la excitación que le provocaba la sola visión de aquél y que, además, tres de las heridas que sufrió tuvieron -y así resulta indiscutido- naturaleza eminentemente defensiva.

La alevosía debe de apreciarse cuando la defensa de la víctima, siendo funcionalmente imposible, es meramente instintiva y llevada a cabo por quien *no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro* (SSTs 505/2004, de 21 de abril y 1068/2010, de 2 de diciembre), pero no debe tenerse en cuenta cuando, como en el supuesto enjuiciado, la actitud defensiva fue eficaz e impidió que la agresión concluyese con el resultado mortal que pretendía, siquiera en concurrencia con la circunstancia representada por la intervención de un tercero que se interpuso entre agredida y agresor impidiendo la continuación del ataque.

De otra parte, no creemos que quepa predicar del arma elegida por el acusado -un cuchillo de abrir ostras, con una hoja de 5,6 cms de longitud y 1,5 de anchura- una idoneidad objetiva en orden a asegurar la ejecución de su propósito; y así es de ver en las dos puñaladas que afectaron al hipocondrio derecho a la altura del último arco costal y en ambas regiones axilares -que fueron las dirigidas a zonas que podían ser vitales-, que no llegaron a penetrar, respectivamente, en las cavidades abdominal o torácica.

E, igualmente, entendemos que si el acusado hubiese querido emplear en la ejecución de su propósito homicida los medios, modos o formas dirigidos a asegurarlo y a impedir cualquier reacción defensiva de la víctima hubiera elegido, a buen seguro, cualquier otro momento y lugar -quizás el día previo en el que fue a recoger sus enseres de la vivienda que había compartido con aquélla- y la soledad que dicho lugar procuraba, evitando así la concurrencia existente en un lugar público y la eventual defensa de terceras personas, como la que tuvo lugar el día elegido.

En otras palabras, si el acusado hubiese querido *obrar sobre seguro*, por emplear la dicción que emplea en muchas ocasiones la doctrina legal y jurisprudencial (por todas, STS 2047/2000, 28 de diciembre), hubiese utilizado un arma más eficaz y hubiera optado por otro lugar y momento en el que el desvalimiento de su víctima hubiera sido más clamoroso, habida cuenta de las ocasiones que tenía para llevar a cabo su propósito de una manera más segura y contundente.

Ello nos lleva a confirmar en cuanto a este extremo la interpretación que de los hechos realiza la Sala *a quo* con el correlativo rechazo del primero de los motivos de recurso.

CUARTO.- Motivo relativo a la infracción normativa por inaplicación del artículo 173.2 inciso último y 3 del Código Penal, ante la declaración de inexistencia del delito de violencia o maltrato habitual en el ámbito familiar.-

1.-) En la ausencia de prueba de los actos reiterados que integran el requisito de la habitualidad determinante del estado de temor y sometimiento con lesión de la dignidad personal que constituye el bien jurídico protegido por el artículo 173.2 del Código Penal - *el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad*-, fundamenta la Audiencia la respuesta absolutoria a las pretensiones vertidas por las distintas acusaciones, que ahora reproducen en la presente alzada.

La Jurisprudencia nos ha ido diciendo al construir la interpretación de este precepto que los actos violentos y asiduos a que se refiere el mismo deben generar una situación de dominio o de poder sobre la víctima que menoscabe su dignidad, *lo que da lugar a un injusto específico que rebasa el correspondiente a cada una de las acciones individuales que integran el comportamiento habitual* (ATS 1452/2018, de 15 de noviembre).

El bien jurídico protegido, que no es otro que la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, se extiende también a la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo; distinto, por tanto, al de la integridad física o moral que preservan tipos análogos incorporados a otros Títulos del mismo Libro del Código. Por ello, al ser más amplio el bien que se protege, la violencia física y psíquica a que se refiere el tipo deviene necesariamente distinta de los concretos actos violentos o vejatorios aisladamente considerados.

Lo que se persigue en este tipo con sustantividad propia es la conducta dirigida a consolidar un clima de violencia y de dominación, *de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable* -dice el Tribunal Supremo-, *capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos* . De ahí que el precepto de referencia deba de integrarse por la reiteración de conductas violentas por parte de un miembro de la familia sobre cualquiera de las que en el mismo se mencionan que provoquen, por su constancia y repetición, una atmósfera irrespirable en el hogar familiar.

Y la habitualidad aparece construida por la Jurisprudencia, no sobre las tesis que vinculaban a ese concepto con un número determinado de acciones violentas, sino sobre la relación entre el autor y la víctima y la permanencia del trato violento, que son las circunstancias que han llevado al legislador a considerarlo como un delito autónomo.

2.-) En el supuesto sometido a nuestra consideración, la recurrente trata de fundamentar su impugnación en relación con este concreto particular en un episodio pretérito acaecido en el año 2013 que motivó una condena por un delito de amenazas leves, respecto del que, como muy bien dice la Audiencia, *no consta cuáles fueron las circunstancias, pues ni se ha aportado la denuncia que motivó la causa, ni, tan siquiera, la sentencia* , así como con las expresiones vertidas por el acusado los días 27 de febrero y 3 de marzo, aquéllas en presencia de la recurrente y éstas a través de un concreto programa de telefonía móvil.

Y es evidente que, como muy bien concluye la Audiencia, ni de aquellos hechos ya enjuiciados ni de éstos concretos episodios -que por lo demás ya han merecido un concreto y aislado análisis en la sentencia recurrida bajo el tipo penal del artículo 169.2-, cabe deducir la creación y el mantenimiento de un clima de dominación y temor hacia la persona de la recurrente que haya gozado de una larga permanencia en el tiempo, por lo que no habiéndose justificado insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica de la sentencia, apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia u omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia, se está en el caso de, con rechazo de este segundo motivo del recurso, confirmar aquélla en cuanto a este particular.

QUINTO.- Motivo relativo a la infracción normativa por inaplicación del artículo 33.2 en relación con el 39. B) y 55 del Código Penal , por entender aplicable la pena de privación de la patria potestad.-

1.-) La patria potestad es el conjunto de facultades que el ordenamiento jurídico reconoce a los progenitores como medio para desempeñar una función dirigida al cuidado personal de los hijos y a la defensa de sus intereses.

Reconocida por la Constitución de 1978 dentro de su Título I, como un principio rector de la política social y económica - *los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los casos en que legalmente proceda* (art. 39. 3)-, dicha plasmación evidencia la convergencia en dicha institución del interés del Estado y el de la familia, que le atribuye una importancia social de la que deriva el carácter de orden público de las normas que la regulan. Ello determina, como no puede ser de otra manera, que el contenido no pueda ser objeto de pactos privados dirigidos a modificar las relaciones paterno filiales y que su ejercicio deba de extenderse sobre todos los casos y circunstancias previstos en las leyes.

El derecho de familia lo ha venido considerando como una manifestación de los derechos a los que denomina *función*, como un ejemplo genuino del deber de los padres de educar y mantener a los hijos y de protegerles

en sus intereses pecuniarios; y la Jurisprudencia la ha venido caracterizando de una manera uniforme e inequívoca como una institución establecida en beneficio del menor. No es un derecho, pues, de los padres, el de ejercer la patria potestad sobre sus hijos menores e incapaces, sino una obligación que recae sobre aquéllos, que debe de ser ejercida teniendo como norte el interés del menor. Es un *officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor* (Auto de la Sala 1ª de 3 de octubre de 2018); caracterización que se compadece con la filosofía que inspiran la LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* y la LO 8/2015, de 22 de julio , de *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* , que viene a actualizarla, y cuyo artículo 2 sostiene con rotundidad que *todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado* , recalcando que en la adopción de todas las medidas que les afecten *primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*.

De ahí que el artículo 170 de nuestro Código Civil -encargado de regular en el ámbito del derecho privado la privación de la patria potestad- y la Jurisprudencia que lo desarrolla, exijan que aparezca plenamente probado que el progenitor al que se pretende privar de la misma haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma (SSTS de 6 de junio y de 18 de octubre de 1996) o los hayan venido cumpliendo con desacierto y en perjuicio de los descendientes, hablando otras resoluciones de falta de *voluntad o dolo directo de desatender a su hijo* .

Es, pues, más que una norma sancionadora dirigida al progenitor incumplidor, una medida protectora del niño que debe ser adoptada en beneficio del mismo (STS de 31 de diciembre de 1996).

2.-) El artículo 55 del Código Penal , tras la redacción operada por la LO 5/2010, de 22 de junio nos dice que *la pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia* .

La articulación de este motivo del recurso se fundamenta, consecuentemente, en la indebida aplicación que se ha hecho de este precepto a juicio de la recurrente, que aduce en apoyo de sus pretensiones la interpretación jurisprudencial del precepto que hace la STS 568/2015, de 30 de septiembre , cuando dice que *es patente que el hecho de haber presenciado la menor el ataque de su progenitor a su madre acuchillándole repetidas veces constituye un dato que acredita suficientemente el nexo entre el delito y el perjuicio para el desarrollo integral de la menor, que se vería victimizada si se mantiene al padre la patria potestad y del derecho de visitas* .

No debemos de olvidar que la citada sanción, que viene considerada en nuestro Código penal como una pena grave (art. 33, 2 k) y privativa de derechos (art. 39 j), constituye una pena accesorio, cuya imposición no deviene automática en los supuestos para los que se contempla, sino potestativa, debiendo ser razonada por el Tribunal de acuerdo con los principios que la informan y sólo en aquellas ocasiones en las que exista una clara vinculación entre el ejercicio de los deberes que la conforman y el delito cometido. O dicho de otra manera, el Tribunal, además de ponderar la antedicha vinculación, habrá de valorar si la prosecución en el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad por parte del progenitor condenado por un delito castigado a pena de prisión igual o superior a diez años va a seguir revirtiendo en beneficio del menor o si, por el contrario, va a suponer un perjuicio para aquél.

La Sala 2ª, que siempre ha sido reacia a la adopción de esta pena (SSTS 780/2000, de 11 de septiembre ; 568/2001, de 6 de julio ; y 750/2008, de 12 de noviembre), aplicó esta consecuencia punitiva en la mencionada sentencia 568/2015 por entender que existía una relación directa entre el homicidio juzgado y la privación de la patria potestad al haber sido presenciado el acuchillamiento de la madre por la hija menor de edad y por entender que la acción, además de un delito contra la vida de aquélla, constituyó *un ataque frontal contra la integridad moral de la menor y el equilibrado y armónico desarrollo de su personalidad* .

Pero también dice que *le corresponde al Tribunal sentenciador valorar la existencia de un nexo entre el delito y el desarrollo integral de la menor ...y que la revisión de la decisión negativa del Tribunal...solo puede ser revisada ...cuando aparezca inmotivada o sea arbitraria* " .

3.-) Sin perjuicio de que en el supuesto sometido a consideración se condena al acusado a las penas principales de veinte meses de prisión por un delito de amenazas y de ocho años y seis meses de prisión por un delito de homicidio en grado de tentativa, amén de la prohibición de comunicar y aproximarse a la recurrente y a sus dos hijos menores por tiempo de tres y diez años, respectivamente, el Tribunal razona de modo cumplido las razones por las que no accede a las pretensiones ejercitadas en cuanto a este concreto particular por las acusaciones; y utilizando los argumentos vertidos en la STS 1083/2010, de 15 de diciembre , entiende que no resulta acreditado el interés de los menores.

La Sala coincide con lo razonado por la Audiencia en que fijarse solamente en la gravedad o, incluso, en la repulsa que merezca el suceso enjuiciado, por muy execrable que resulte, significaría penar doblemente un mismo hecho dado que los elementos determinantes de la gravedad ya han sido valorados al imponer la pena correspondiente; y que atender al supuesto daño psíquico, afectivo o moral que naturalmente produce un hecho de estas características en los hijos menores -que, a diferencia de lo acaecido en el supuesto al que se refería la STS 568/2015 que se menciona en el recurso, además se ha revelado inexistente-, sería irracional, toda vez que la privación de la patria potestad no va a paliar o a reducir esos supuestos daños sino, por el contrario, probablemente los va acrecentar.

Sostiene, incluso, la Audiencia que la protección del bien superior del menor exige una prueba, pericial o de otro tipo, a través de la cual pueda constatarse que la privación de la patria potestad va a redundar en su beneficio y que ningún indicio existe de que eso pueda llegar a ocurrir, por cuanto no se ha acompañado informe pericial alguno que corrobore estos extremos o que permita vislumbrar que el mantenimiento del acusado en el ejercicio de aquellas funciones pueda ocasionar a los pequeños algún daño o trastorno, pues " *ni tan siquiera el informe psicológico, limitado a valorar la consecuencia que para el niño de cinco años tuvo presenciar la agresión sufrida por su madre a manos de su padre, permite definir una consecuencia que justifique una medida tan drástica como la privación de la patria potestad* ".

Y concluye -de acuerdo con la doctrina expuesta en la reciente STS 284/2018, de 24 de mayo - que si la exposición de los menores a los hechos enjuiciados justifica, por si sola, la pena de alejamiento, la afectación emocional- conductual que, según consta en el informe de la psicóloga del Instituto de Medicina Legal, padeció el que tenía en aquel momento un mayor nivel de consciencia, fue leve y se solventó exitosamente, *hasta el punto que no presenta sintomatología clínica de relevancia, haciendo innecesaria la intervención clínica psicológica* (f. 172).

Por todo ello, al no entender que la decisión atacada en el recurso resulte inmotivada o arbitraria y al coincidir con lo razonado en ella, rechazamos este concreto motivo haciendo extensiva la conclusión desestimatoria al articulado por el Ministerio Fiscal, tal y como se dirá en el fundamento siguiente.

RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL.-

SEXTO.- Infracción de precepto legal en la determinación de la pena, al no imponer la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad sobre los menores.-

Damos por reproducidos los razonamientos contenidos en el anterior fundamento, dada la identidad del motivo opuesto.

RECURSO DE LA DEFENSA.-

SÉPTIMO.- Vulneración de la presunción de inocencia por la indebida aplicación en los delitos por los que se le condena de la agravante del artículo 22.4 del Código Penal .-

1.-) Razona la Audiencia la apreciación de la agravante de género en la persecución de la idea de dominación que el acusado pretendía ostentar y ejercer sobre la víctima por su condición de mujer y por las solas manifestaciones de la misma que se refería al acusado *como una persona que respecto de ella desplegaba un carácter controlador y posesivo*, siendo exponente de ello el propio contenido de las comunicaciones realizadas entre ambos de las que se infiere un deseo de doblegar la libertad de criterio de aquélla.

2.-) La estudiada circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, introducida en la reforma operada por el Código Penal con ocasión de la LO 1/2015, vino a incorporar el *sexo, orientación o identidad sexual o razones de género* a lo que ya consignaba el ordinal 4º del artículo 22 CP, cuando el actuar delictivo hubiere venido motivado por el odio *racista, antisemita u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca*, y supone una protección integral de la víctima de cualquier tipo delictivo cuando en la comisión del mismo hayan influido consideraciones machistas o discriminatorias hacia la mujer.

Y encuentra su fundamento en una mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que le impulsa a cometer el delito. Y como en aquellas otras que ya existían con anterioridad a 2015 es necesario probar además del hecho delictivo y la condición de la víctima, la intencionalidad del agente, esto es, el elemento subjetivo conformado por el ánimo o móvil perseguido a la hora de cometer el delito, que en este caso no es otro, que el desprecio a la mujer por el solo hecho de serlo.

Es, pues, una circunstancia que no puede activarse automáticamente por el mero hecho de la pertenencia de la víctima a una etnia, raza, religión.....o en este caso a un género.



La Sala 2º en sentencia 420/2018, de 25 de septiembre, que casó en cuanto a la inaplicación de esta concreta circunstancia la dictada por este Tribunal el día 8 de marzo de 2018 (Rollo 7/2018), sostuvo que *no tienen cabida en el precepto los casos en los que "la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales".* Pero anudó a dos concretas circunstancias -la sustracción del móvil a la víctima al creer que pudiera estar comunicando con otro hombre y la manifestación proferida por el acusado "eres mía o no eres de nadie"- las consecuencias agravatorias que esta Sala no aplicó, por estimarlas demostrativas del requisito exigible a la hora de apreciarla, que no es otro que *el intento de dominación del acusado sobre la víctima y su consideración de esa concreta mujer como un ser incapaz de tomar decisiones sobre los aspectos más personales e íntimos de su vida que pudieran merecer alguna clase de respeto.*

3.-) En el concreto hecho que nos ocupa, ha quedado probado que la agresión y las previas amenazas sufridas por la recurrente son el corolario de un enfrentamiento con el acusado, con el que mantenía una tormentosa relación, existente ya durante la convivencia mantenida por ambos, que les llevó a separarse una primera vez en el año 2013 y otra segunda, tras reanudar aquélla y tener al segundo de sus hijos, en el otoño de 2016; y que los desencuentros perduraron con posterioridad a la hora de regular y ejecutar el régimen adoptado tras la separación, al hilo de los cuales no eran infrecuentes los requerimientos del acusado en orden a relacionarse con su expareja y con sus hijos y las negativas de ésta a que aquél viese a sus hijos más allá de lo estipulado.

Es cierto que la sentencia consideró indebidamente probado que la insistencia mostrada por el acusado y dirigida a ver a la víctima resultaba enmarcada en *"un carácter posesivo y controlador hacia la mujer que ya había sido expresado a lo largo de su relación y que se enmarcaba en una idea de dominio y superioridad machista"* y que en esa sola afirmación sustentaba en su fundamento séptimo la controvertida agravante; pero, ya hemos dicho que no aceptábamos este concreto inciso, por cuanto el mismo no se veía acompañado de ningún apoyo probatorio y porque no delimitaba ningún concreto acto demostrativo de la conducta descrita, limitándose a justificarla en afirmaciones genéricas tales como *"el propio contenido de las comunicaciones realizadas entre ambos y que obran en autos"*, en las que se muestran *"expresiones que, integren o no una amenaza, están destinadas a doblegar la libertad de criterio de la víctima, tratando de imponer su voluntad sobre ella, dentro de ese ámbito de control y celos"*, pero sin pormenorizar, insistimos, concretas afirmaciones que puedan llevarnos a compartir el criterio del Tribunal a quo.

De otra parte, las afirmaciones apuntadas en el recurso -"ke ni Javi te mira a la cara"; "si tu padre se enterara de lo que has hecho"; "se moría fijo"; "de pena"; "de cómo has sido"; "cuando le diga que te follabas al gasolinero"; "casado y todo"; "ke vergüenza"; "de hija"; "asi no te quiere ni el perro", etc-, son reveladoras de un malestar evidente y de la amargura propia de quien ha visto quebrarse una relación afectiva como la que mantenían los contradictores, aunque la misma hubiese aparecido en toda su extensión trufada de desencuentros. Pero no cabe deducir de ellas la intención, sin más, de menoscabar la integridad moral o psicológica de la ex pareja y la misma expresión "deja de decirme lo que tengo que hacer" no revela, como denuncia el recurso, una idea de control sino de hartazgo ante lo que cree un reproche constante.

No habiendo quedado acreditado, pues, que el actuar delictivo tuviera por móvil el desprecio o la discriminación de la víctima por el solo hecho de ser mujer o por el deseo de dominación machista que le atribuye la Sala de instancia en el marco de una relación de control y de celos que se dicen existentes, cabe, en consecuencia, estimar el recurso en cuanto a este concreto particular.

OCTAVO.- Infracción de ley por inaplicación de las atenuantes previstas en los ordinales 1 y 3 del artículo 21 del Código Penal .-

1.-) La eximente incompleta de alcoholismo.- La defensa reivindica la aplicación de la eximente incompleta a que se refiere el ordinal 1º del artículo 21 del Código Penal -en relación con el ordinal 2º del artículo 20- dada la condición de alcohólico de su representado, sometido, además, a un tratamiento dirigido a paliar la ansiedad que le había producido el proceso de separación matrimonial y las consecuencias derivadas del mismo.

2.-) La intoxicación por bebidas alcohólicas puede dar lugar, dice la STS 732/2018, de 1 de febrero de 2019, a la apreciación de una *eximente completa* (al amparo del artículo 20.2 del Código Penal), *cuando produzca una disminución muy importante de las facultades intelectivas y volitivas que impidan al autor comprender la ilicitud de su conducta o actuar con arreglo a esa comprensión, siempre que la embriaguez no haya sido buscada de propósito para delinquir*; a una *eximente incompleta* (arts. 21.1 y 20.1 CP), *cuando la pérdida de las facultades intelectivas o volitivas del acusado, sin privarle de la capacidad de comprender la ilicitud del acto o de actuar conforme a tal comprensión, disminuya de forma importante tal capacidad de comprensión y de decisión*, y añade que también es posible el tratamiento de la embriaguez como *atenuante ordinaria* cuando el culpable

actúe a causa de su grave adicción al consumo de bebidas alcohólicas (art. 21.2), o como atenuante por analogía (21. 7 CP), cuando la disminución de la voluntad y de la capacidad de querer por consecuencia de la ingesta de alcohol sea leve .

Ahora bien, como muy bien sostiene la sentencia recurrida, el consumo de alcohol o de cualquier otro tipo de sustancias de las mencionadas en el artículo 20.2, aunque sea habitual, no permite por sí solo aplicar la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. No basta, pues, ser adicto a las mismas, sino que, como afirma la STS de 4 de octubre de 2013 , la exclusión total o parcial o la simple atenuación de la responsabilidad de un alcohólico o de un toxicómano ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea, de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto, lo que debe acreditarse de manera expresa mediante la correspondiente prueba psicopatológica.

Estamos ante una circunstancia mixta que exige -como dice la STS 282/2018, de 13 de junio - *no solo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biológico o biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión (elemento psicológico-normativo) .*

3.-) Y en el supuesto enjuiciado ni existe un cuadro de alcoholismo crónico que haya afectado a sus facultades -sino tan sólo una ingesta excesiva de alcohol, por la que fue sometido a tratamiento del que desistió voluntariamente; ni hay prueba alguna que acredite la presencia de una intoxicación al tiempo de producirse los hechos derivada de la mezcla de alcohol y ansiolíticos; ni existe una constatación de esa eventual afectación, el día de autos, de una alteración psíquica o de consumo de alcohol instantáneo que hubiera podido afectar a la imputabilidad del sujeto.

Ello equivale a entender que la interpretación que hizo la Sala en relación con este particular fue el adecuado.

2.-) La atenuante de arrebató u obcecación.-

1.-) Las SSTS 193/2016, de 8 de marzo y 82/2019, de 13 de diciembre de 2018 , apuntan que *la atenuante tercera del art. 21 del Código Penal , denominada de "estado pasional", no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas .*

La misma tiene su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple acaloramiento (e incluso aturdimiento). Es del todo evidente que, en cualquier situación de acometimiento personal, el acaloramiento como estado pasional es de todo punto concurrente con situaciones de tensión, ofuscación e incluso de cierto descontrol anímico. Pero tal estado pasional tiene que tener una intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios, de modo que el sujeto se encuentre inmerso en una situación emotiva que la ley ha denominado como de "arrebató" u "obcecación".

El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una "especie de conmoción psíquica de furor" y la segunda como "un estado de ceguedad u ofuscación", con fuerte carga emocional el primero y acentuado substrato pasional la segunda; otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el "arrebató como emoción súbita y de corta duración" y la "obcecación es más duradera y permanente"; la primera, está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa .

Otras sentencias (SSTS 838/2014, de 12 de diciembre ; 539/2014, de 2 de julio ; 246/2011 de 14 de abril y 170/2011, de 29 de marzo) recordadas por el Auto 5/2019, de 5 de diciembre de 2018 , señalan que dos son los elementos que configuran esta atenuante: causa y efecto; y añaden que:

1º. *Ha de existir una causa o estímulo, que ha de ser importante de modo que permita explicar (no justificar) la reacción delictiva que se produjo. Ha de haber cierta proporcionalidad entre el estímulo y la reacción (STS 27 de febrero de 1992); ha de proceder del comportamiento precedente de tal víctima (STS de 20 de diciembre de 1996); el motivo desencadenante no ha de ser repudiable desde el punto de vista socio-cultural (STS de 14 de marzo de 1994).*

2º. *Tal causa o estímulo ha de producir un efecto consistente en una alteración en el estado de ánimo del sujeto, de modo que quede disminuida su imputabilidad, no tanto que llegue a integrar un trastorno mental transitorio constitutivo de una eximente completa o incompleta, ni tan poco que no exceda de una mera reacción colérica o de acaloramiento o leve aturdimiento que suele acompañar a algunas figuras delictivas y ha de considerarse irrelevante (STS 2 de abril de 90).*

2.-) El único aserto en el que el recurrente basa la existencia de la presente atenuante es el de que el acusado *" no (bajó) de su casa con un cuchillo ni tenía intención de hacer daño a la madre de sus hijos, pero su estado de ansiedad unido al mal rollo entre ambos desató la agresión, que desde luego él no quería y que nadie merece ".*

La Audiencia, después de estudiar los requisitos que la Jurisprudencia viene exigiendo para la aplicación de la misma, negó en el actuar del acusado la existencia del necesario estímulo exterior capaz de *desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente*; en definitiva, rechaza que la conducta homicida viniera determinada por el precedente comportamiento de la víctima con una relación de causa a efecto entre ambas y una conexión temporal próxima, por cuanto no pueden tomarse por tal las simples desavenencias o desencuentros con origen en la separación conyugal que existía entre ambos.

En definitiva, de conformidad con la doctrina expuesta, las razones dadas por el Tribunal *a quo* para denegar la concurrencia de esta circunstancia es acertada, sin perjuicio de señalar que en la redacción de los hechos probados no se concreta el supuesto de hecho necesario al que poder vincular la circunstancia de arrebató u obcecación discutida.

Por todo lo expuesto, procede el rechazo del presente motivo.

NOVENO.- Vulneración de la presunción de inocencia por la indebida aplicación del artículo 169.2 por el que aparece condenado.-

La defensa manifiesta en último extremo que se ha vulnerado la presunción de inocencia del acusado en relación con el delito de amenazas graves por el que viene condenado, dada la ausencia de prueba en relación con el mismo, por cuanto las declaraciones de la víctima sitúan la presumible acción en el día 27 de febrero y no consta acreditado que ese día coincidieran.

Ello no obstante, el relato fáctico que ha resultado probado y que en esta alzada se debe respetar, evidencia que el día 27 de febrero de 2017, tras personarse el acusado a recoger unas pertenencias suyas en la vivienda en la que residía quien había sido su pareja en compañía de los hijos comunes de ambos, después de negarse aquélla a que saludase a los menores, le dijo que "la iba a matar" y que si no lo hacía era "porque estaban los niños delante". Y que el día 3 de marzo constan remitidos varios mensajes de WhatsApp en los que, tras requerirle infructuosamente a Carolina que le llevase los hijos a su casa para poder verlos, y decirle ésta que "cuanto más lejos estés de mi mejor", él la contestaba "traankila", "ke vas a estar lejos", "muy lejos", recordándole lo que le había dicho cuatro días antes.

Nos hallamos, consecuentemente, ante un anuncio de un mal antijurídico realizado con apariencia de firmeza que fue objetivamente capaz de atemorizar a la víctima, quién varios días después -cuando se acercó a Palencia para dejar a sus hijos en compañía del acusado-, todavía pensaba que podía sufrir un mal a manos de aquél y que por ello no consintió en descender del vehículo a requerimiento suyo; y que si no acertó a cerrar la puerta del mismo con el seguro fue por el nerviosismo ocasionado por la presencia de su ex pareja y por la representación que todavía se hacía de las afirmaciones que le hiciera éste varios días antes.

Resulta, pues, palmario que consistiendo el delito de amenazas por el que ha sido condenado en el anuncio de un mal constitutivo de un delito -en este caso de homicidio-, debe subsumirse la conducta que se ha declarado probada en el tipo contenido en el ordinal 2º del artículo 169 del Código Penal y confirmar la respuesta condenatoria que ha realizado la sentencia impugnada, sin necesidad de efectuar ningún otro comentario relativo a los elementos del tipo que, por otro lado, no han sido contradichos.

DÉCIMO.- Consecuencias penológicas de la estimación del motivo consistente en la indebida aplicación de la agravante a que se refiere el artículo 22.4 del Código Penal .-

La Audiencia impuso al ahora recurrente, y en lo que se refiere a las penas privativas de libertad, que son las que ahora interesan, la de veinte meses de prisión por un delito de amenazas graves con la concurrencia de dos circunstancias agravantes -parentesco y género-; y la de ocho años y seis meses de prisión por un delito de homicidio intentado con la concurrencia de idénticas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Y alcanzó dichas consecuencias penológicas recorriendo el margen superior (art. 66.3) de las penas a que se refieren los artículos 169.2 CP -de seis meses a dos años - y 138.1 CP -de diez a quince años-, tras rebajar en uno y no en dos grados esta última al tratarse de una tentativa -art. 62-, y por advertir *la relevancia y trascendencia de los hechos lesivos de derechos fundamentales (la vida, la libertad y seguridad) y las circunstancias en que se producen (el domicilio de la víctima, la agresión delante de los niños de la pareja), constitutivas, sin duda, de un plus de gravedad en cuanto revelan la peligrosidad del acusado y la indiferencia hacia los valores de protección de la propia familia* .

Pese a todo, valorando las circunstancias psicológicas del acusado determinadas por sus antecedentes alcohólicos, unido al consumo de los ansiolíticos que le fueron pautados -que, si bien no bastaron para apreciar la concurrencia de circunstancia atenuante alguna, *si pudieron determinar una disminución de los*



frenos inhibitorios frente al delito -, consideró procedente una leve rebaja respecto de la petición realizada por el Ministerio Fiscal.

Cierto es que el ordinal 3º del artículo 66 establece que " *cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito* " y que dicha regla nos constriñe -como les sucedió a los Sres. Magistrados de la Instancia- a movernos en la franja que va desde los quince meses a los dos años para el delito de amenazas y en la que existe desde los siete años y seis meses a los diez años para el homicidio intentado.

Si con tales premisas, la Audiencia, que apreció la existencia de dos circunstancias agravantes, impuso las penas de veinte meses y de ocho años y seis meses de prisión, respectivamente, esta Sala, al apreciar el recurso en lo que a la inexistencia de una de las agravantes se refiere, entiende plausible rebajar las mismas y situar ambas en la parte más baja de su mitad superior -quince meses para el delito de amenazas y siete años y seis meses para el de homicidio intentado-, por estimar que aunque la norma establezca idénticas consecuencias cuando concurre una o cuando concurren dos circunstancias de agravación, la eliminación de una de ellas debe servir para atenuar los rigores de la misma sin quebrantar el límite legal fijado.

UNDÉCIMO.- Las costas.-

Todos los anteriores argumentos desembocan en el rechazo de la totalidad de los recursos interpuestos por la acusación particular y por el Ministerio Fiscal y en la estimación del recurso interpuesto por la defensa del acusado, en lo que a la aplicación de la agravante de género que llevó a cabo la sentencia apelada se refiere, confirmando la misma en los restantes pronunciamientos.

Las costas ocasionadas a consecuencia del recurso interpuesto por la acusación particular correrán a cargo de la misma.

No se hace especial mención de las costas procesales ocasionadas por los recursos interpuestos por la defensa y por el Ministerio Fiscal.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás aplicables al caso,

-FALLAMOS-

Que, desestimando íntegramente los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de D^a. Carolina y por el MINISTERIO FISCAL y estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Octavio contra la sentencia de fecha 18 de octubre de 2018 dictada por la Audiencia provincial de Palencia a que este rollo se refiere, debemos revocar la misma en lo que se refiere a la aplicación de la agravante de género que entendió aquella aplicable dejándola sin efecto y, en consecuencia, debemos modificar y modificamos la misma en cuanto a este particular, condenando al citado acusado a las penas de QUINCE MESES de prisión por el delito de amenazas graves y de SIETE AÑOS Y SEIS MESES de prisión por el delito de homicidio intentado por los que fue condenado, confirmando el resto de los pronunciamientos de la misma.

Las costas ocasionadas a consecuencia del recurso interpuesto por la acusación particular correrán a cargo de la misma.

No se hace especial mención de las costas procesales ocasionadas por los recursos interpuestos por la defensa y por el Ministerio Fiscal.

Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, que podrá prepararse en esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo con arreglo a la Ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se remitirá testimonio literal a las actuaciones de que trae causa, que se remitirán a la Audiencia de origen para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, en su caso, lo pronunciamos y mandamos y firmamos.