



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por D.^a Kassandra Ekay
Clavería

Con objeto de los delitos de maltrato habitual,
maltrato ocasional y amenazas graves, el delito
de lesiones consumadas frente al delito de
homicidio en grado de tentativa, y la eximente
de legítima defensa

Director

Prof. Dr. D. Jorge Vizueta Fernández

Facultad de Derecho
2019

ÍNDICE

I. LISTADO DE ABREVIATURAS.....	1
II. ANTECEDENTES DE HECHO	3
1. HECHOS PROBADOS.....	3
2. ÍTER PROCESAL	5
III. CONSULTAS.....	13
IV. NORMATIVA APLICABLE	14
V. DICTAMEN.....	15
1. POSIBLES RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA (SECCIÓN 2ª) DE FECHA 29 DE NOVIEMBRE DE 2019.....	15
2. DELIMITACIÓN Y PRUEBA DE LOS DELITOS DE MALTRATO HABITUAL, MALTRATO OCASIONAL Y AMENAZAS GRAVES	18
3. DELIMITACIÓN DEL DELITO DE LESIONES CONSUMADAS FRENTE AL DELITO DE HOMICIDIO O ASESINATO EN GRADO DE TENTATIVA.....	24
4. CONCURRENCIA DE LA EXIMENTE (COMPLETA O INCOMPLETA) DE LEGÍTIMA DEFENSA.....	29
VI. CONCLUSIONES	34
VII. ANEXO: BIBLIOGRAFÍA.....	36

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.	artículo
Cit.	citado
Cms.	centímetros
Coord.	coordinador
CP	Código Penal
D.	Don
D. ^a	Doña
Dir.	director/a
<i>Et al.</i>	y otros
Excma.	Excelentísima
JVM	Juzgado/s de Violencia sobre la Mujer
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECRim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
MF	Ministerio Fiscal
Núm.	número
P.	página
Pp.	páginas
Sra.	señora
ss.	siguientes
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional

SSTS Sentencias del Tribunal Supremo
STC Sentencia del Tribunal Constitucional
STS Sentencia del Tribunal Supremo
Vid. Véase

Dictamen que, a petición de la representación procesal de D.^a Visitación, emite D.^a Kassandra Ekay Clavería, estudiante del Máster Universitario en Abogacía de la Universidad de Zaragoza y el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, sobre el recurso de apelación penal, los delitos de maltrato habitual, maltrato ocasional y amenazas graves, el delito de lesiones consumadas frente al delito de homicidio en grado de tentativa, y la eximente de legítima defensa, con fecha de 12 de diciembre de 2019.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

De la documentación trasladada y de la información verbal facilitada por la representación procesal de D.^a Visitación, se deducen los siguientes antecedentes de hecho:

1. HECHOS PROBADOS

Los antecedentes de hecho que constituyen el objeto del presente Dictamen son los hechos declarados probados en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2^a) de fecha 29 de noviembre de 2019, los cuales se produjeron en los términos que siguen.

D. Carmelo y D.^a Visitación, ambos mayores de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, llevaban conviviendo como pareja desde principios del año 2012 en la localidad de Cintruénigo (Navarra). No ha resultado acreditado que D. Carmelo, durante el tiempo que duró la relación, agrediera físicamente a D.^a Visitación, ni que la amenazara de forma constante o tratara de modo vejatorio alguno, ni que la aislara de su familia y de sus amistades.

En la noche del día 14 al día 15 de septiembre de 2016, en el domicilio común, se inició una discusión entre la pareja, cuyos concretos motivos se desconocen. En el curso de la misma, D. Carmelo, tras cerrar la puerta de la vivienda y bajar las persianas, comenzó a pegar a D.^a Visitación, lanzándola al suelo, tirándole del pelo, aprisionándole la cabeza con la rodilla, mordiéndole en la oreja derecha y poniéndole un cuchillo de cocina en el cuello mientras le decía que la iba a matar y que esa noche a lo mejor la violaba.

Durante un momento en que D. Carmelo dejó el cuchillo de cocina, D.^a Visitación lo cogió y lo dirigió hacia D. Carmelo, a quien alcanzó en el tórax, causándole una herida de escasa longitud.

Como consecuencia de los hechos descritos, D.^a Visitación sufrió diversas lesiones de poca entidad a lo largo de todo su cuerpo¹, para cuya curación precisó de una primera asistencia facultativa, que consistió en reconocimiento médico y toma de analgesia oral a demanda, tardando en curar 7 días no impeditivos para sus labores, no habiendo sido hospitalizada.

Por su parte, D. Carmelo sufrió como consecuencia de la cuchillada asestada por D.^a Visitación las siguientes lesiones: 1) Herida incisa en pared costal izquierda con salida de aire; 2) Escoriaciones tipo estigma ungueal sobre apéndice xifoides, en reborde costal izquierdo, en tercio distal de brazo izquierdo, en lado izquierdo de puente nasal, y en borde ínfero interno de omóplato derecho, y 3) Pequeños hematomas tipo impronta digital sobre área pectoral derecha. Las lesiones sufridas por D. Carmelo precisaron de tratamiento médico y quirúrgico, consistente en drenaje, ampliación de la herida, sutura de 3^a costilla y aspiración, tardando en curar 30 días, todos impeditivos, de los cuales 3 fueron en régimen hospitalario, y 27 extrahospitalario, y quedándole como secuelas una cicatriz de 5 cms. sobre área costal izquierda, que ocasiona un ligero perjuicio estético, valorado en 2 puntos. No obstante, consta en la Sentencia citada que dadas las pequeñas dimensiones de la herida costal, no se puede descartar la posibilidad de que su evolución hubiera podido llevar a una resolución espontánea.

¹ En la Sentencia citada constan las siguientes lesiones: «1) Dos cefalohematomas menores a 1 cm. parietotemporal derecho y parietotemporal izquierdo; 2) Erosión de 0'3 cm. en dorso nasal; 3) Inflamación y hematoma tenue en pómulo derecho; d) En helix y antihelix de oreja derecha, dos erosiones de 0'7 x 0'4 cm. y de 0'3 cm.,cuya disposición y trayecto son compatibles con una mordedura; 4) Equimosis en cara anterior izquierda del cuello; 5) Equimosis a nivel de clavícula izquierda, en tercio interno; 6) Línea erosiva de 3 cm. en cuadrantes superiores de mama izquierda; 7) Línea erosiva de 7 cm.,de trayectoria horizontal, a nivel dorsal; 8) Múltiples hematomas en cara posterior de brazo izquierdo; 9) Erosión de 2 cm. en cara anterior de tercio distal de brazo izquierdo; 10) Equimosis y erosión de 1 cm. en tercio superior de antebrazo izquierdo; 11) Equimosis y erosión de 1 cm. en cara posterior de codo izquierdo; 12) Equimosis puntiformes en dorso de mano izquierda y muñeca izquierda; 13) Herida contusa de 7 mm. en borde externo de 1º dedo de mano izquierda, a la altura de articulación interfalángica distal; 14) Hematoma de 2x2 cm. en cara posterior de tercio medio de antebrazo derecho; 15) Hematoma de 1 x 1 cm. en cara posterior de tercio proximal de antebrazo derecho; 16) Hematoma lineal de 4 cm. en cara externa de tercio distal de brazo derecho; 17) Hematoma de 2 cm. en cara interna de tercio distal de brazo izquierdo; 18) Hematoma de 0'5 cm. en cara anterior de muñeca derecha; 19) 2 erosiones de 0'5 cm. en cara anterior de muñeca derecha; 20) Erosión de 0'5 cm. en dorso de mano derecha; 21) 2 hematomas de 3x 1 cm. y 2x 1 cm. en cara posterior de muslo izquierdo; 22) Hematoma de 6x3 cm. en cara anterior de muslo izquierdo; 23) 2 hematomas de 6x3 y 2x2 cm. en cara externa de pierna izquierda; 24) Hematoma de 5x2 en glúteo derecho; y 25) Hematoma de 7 x 2 cm. en cara posterior de muslo derecho».

2. ÍTER PROCESAL

Los hechos descritos en el apartado anterior del presente Dictamen fueron instruidos por el JVM núm. 1² de Tudela, en virtud del artículo 14.5.a) de la LECrim y el artículo 87 *ter*.1.a) de la LOPJ (competencia objetiva por razón de la materia), conforme a los cuales los JVM son competentes para la instrucción de «los delitos recogidos en los títulos del CP relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación» siempre que se cometan contra «quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género»³.

En relación con la competencia objetiva en razón de la materia de los JVM, resulta necesario tener en cuenta lo expuesto en la reciente Sentencia de la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo (Sección Pleno), de 20 de diciembre de 2018 (LA LEY 182053/2018), en la que dicha Sala considera que no es exigible una prueba de la intención de dominación o machismo como elemento subjetivo del tipo penal del artículo 153 del CP (delito de maltrato), lo cual venía siendo una cuestión discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia desde la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; en

² Se trata del JVM de Tudela que por turno correspondió, es decir, conforme a las normas de reparto. En virtud del artículo 167.1 de la LOPJ, las normas de reparto deben ser aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, a propuesta de la Junta de Jueces del respectivo orden jurisdiccional (Junta regulada en el artículo 170.1 de la LOPJ).

³ Previamente, hay que tener en cuenta que resulta competente la jurisdicción penal (criterio objetivo) en virtud del artículo 9.3 de la LOPJ, conforme al cual: «Los del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar». Asimismo, resulta competente la jurisdicción penal española (criterio territorial) en virtud del artículo 23.1 de la LOPJ, conforme al cual: «En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte». Por último, no concurre ninguna situación en la persona de los acusados que excluya la competencia de la jurisdicción penal española *ratione personae* (criterio subjetivo). Así, los JVM se encuentran previstos en el catálogo de órganos judiciales establecido en el artículo 26 de la LOPJ.

concreto, de su artículo 1⁴, tal y como se expone sucintamente en el Fundamento Jurídico Tercero, apartado 3, de la citada Sentencia:

«La literalidad del art. 1 de la L.O. 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, ha venido creando una polémica doctrinal y jurisprudencial acerca de considerar si el ánimo de dominación o machismo que subyace a las conductas de violencia de género, que se incluyó en este precepto, no era nada más que una declaración de intenciones acerca de lo que constituye la violencia de género, o uno de los elementos que la caracterizan, o se trata de un elemento que viene a constituir y conformar el tipo penal en sí para integrarse como elemento del delito, y, en consecuencia, constituir un elemento que debe ser objeto de prueba en el juicio oral. [...]

Pues bien, los pronunciamientos en esta materia han girado en torno a cuatro vías:

- a) Considerar que la mención del art. 1 LO 1/2004 solo es una mera referencia a un elemento que no se valora como prueba en juicio, sino que es una reflexión sobre el trasfondo que hay en los hechos de violencia de género.
- b) Considerar que, si está en el art. 1 LO 1/2004, se incorpora al derecho positivo y que debe por ello ser objeto de prueba por la acusación que concurre ese elemento de la dominación o machismo para considerar el hecho constitutivo de violencia de género.
- c) Considerar que se debe permitir al acusado acreditar que en la comisión del hecho no concurrió ese ánimo y que la conducta queda al margen de la relación de pareja o, mejor dicho, de un intento de dominar a la pareja, sino por cuestiones personales que quedan al margen de la violencia que ejercen los hombres sobre las mujeres por la propia relación de pareja que está detrás. Siendo ésta la tesis que ha prosperado finalmente.

⁴ Artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género («Objeto de la Ley»): «1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia. 3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad».

- d) Considerar que en los casos de agresiones mutuas en pareja hombre y mujer no se aplica el art. 153 CP salvo que quede acreditado un ánimo de dominación o machismo».

Así, como se ha indicado anteriormente, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo considera que: «Indudablemente, no podemos pretender trasladar a los elementos del tipo penal la referencia a los conceptos de “dominación o machismo” que vienen a constituir una mención en la legislación para tratar de fundamentar una reforma conjunta que optó por dar un tratamiento propio y específico a unos hechos en cuyo trasfondo existía una conducta de cultura de actos de esa dominación, como arquetipo de lo que estaba detrás de ese comportamiento antijurídico, que, desde el punto de vista punitivo, se sanciona en mayor medida en el art. 153 CP cuando el sujeto activo sea un hombre y el pasivo mujer, su pareja o expareja. Pero sin que ello exija que cuando se trate de una agresión de hombre a su pareja o expareja, o agresión mutua de los mismos, el elemento intencional de esa dominación o machismo se constituya como una exigencia a incluir en los hechos probados como un dolo específico no exigido por el tipo penal en modo alguno».

En otras palabras y a modo de conclusión, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estima que no resulta exigible la prueba de la intención de dominación o machismo como elemento subjetivo del tipo penal del artículo 153 del CP (delito de maltrato), atajando así con la Sentencia citada el debate que se había suscitado a este respecto tanto en la doctrina como en la jurisprudencia desde la promulgación del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En cuanto a la competencia territorial de los JVM, se encuentra prevista en el artículo 15 *bis* de la LECrim, el cual establece el fuero específico del lugar del domicilio de la víctima, «sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la LECrim que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos», y D.^a Visitación residía en la localidad de Cintruénigo (Navarra) en el momento de producción de los hechos.

Además, en este caso, se ha producido una acumulación de dos posibles procesos penales en un solo proceso y ante un mismo órgano judicial: el proceso penal seguido contra D. Carmelo y el proceso penal seguido contra D.^a Visitación, en contra de lo dispuesto en el artículo 17 *bis* de la LECrim, puesto que establece que: «La competencia

de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la presente Ley», y los números 3.º y 4.º del apartado 2 del artículo 17 de la LECrim contemplan supuestos que no concurrirían en el caso que nos encontramos estudiando: 3.º Los [delitos] cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución y 4.º Los [delitos] cometidos para procurar la impunidad de otros delitos⁵. Por lo tanto, la base para esta acumulación se encontraría en el artículo 17.1 de la LECrim, el cual prevé que cada delito da lugar a la formación de una única causa, aunque los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes (como en este caso, que se han producido denuncias cruzadas), salvo que suponga una excesiva complejidad o dilación para el proceso⁶.

En este sentido, ya se pronunciaba LUACES GUTIÉRREZ⁷ en los siguientes términos: «Respecto de esta cuestión llama la atención que la nueva norma no remita al núm. 1.º del artículo 17 de la LECr, por lo que, en principio, parece que quedarían fuera de la competencia de los JVM los supuestos frecuentes de agresiones mutuas entre la mujer y el esposo o compañero sentimental, así como las agresiones simultáneas que puedan padecer terceros no comprendidos en el ámbito subjetivo pasivo del artículo 87

⁵ Nuestro caso se encontraría previsto en el número 6.º del artículo 17.2 de la LECrim: 6.º Los [delitos] cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

⁶ Esta última excepción, tal como se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, se debe a lo siguiente: «Existen ciertas medidas, de sencilla implantación, que permiten evitar dilaciones innecesarias, sin merma alguna de los derechos de las partes: a) la modificación de las reglas de conexidad y su aplicación al determinar la competencia de los tribunales [...]. La reforma de las reglas de conexidad supone una racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación. Con ello se pretende evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elephantiasis procesal que se pone de manifiesto en los denominados macroprocesos. La acumulación por conexión solo tiene sentido si concurren ciertas circunstancias tasadas que se expresan en el artículo 17.1 y 2 de la LECrim, cuando el conocimiento de los asuntos por separado no resulte más aconsejable. Esta valoración de la concurrencia de las reglas y condiciones de conexidad corresponde en exclusiva al juez instructor. La novedad de la reforma consiste en establecer que la simple analogía o relación entre sí no constituye una causa de conexión y solo se justifica la acumulación cuando, a instancia del MF, en su condición de defensor de la legalidad y del interés público, el juez lo considere más conveniente para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga una excesiva complejidad o dilación para el proceso, y siempre que con ello no se altere la competencia. Así, además, se evitará el frecuente trasiego de causas entre distintos juzgados a la búsqueda del que deba conocer del asunto por una simple coincidencia de la persona a la que se atribuyen distintos delitos».

⁷ LUACES GUTIÉRREZ, A.I., «Cuestiones controvertidas en torno a la competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, DE HOYOS (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 384.

ter.1.a) de la LOPJ, sin embargo, no cabe entenderlo así, pues se trata de hechos que no pueden enjuiciarse de forma separada, pues ello podría derivar en sentencias contradictorias quebrantándose el principio de unidad de acto».

En la actualidad, encontramos las «Conclusiones del XII Seminario de fiscales delegados en violencia sobre la mujer -Año 2016», celebrado en Madrid los días 7 y 8 de noviembre de 2016, en cuyo Capítulo V («Especial referencia a la competencia por conexidad y la nueva redacción del art. 17 de la L.E.CRIM»), se hace referencia al Dictamen emitido por la Excma. Sra. Fiscal de Sala, D.^a Pilar Martín Nájera, de fecha 1 de febrero de 2016, en el que se entendió que la competencia en estos casos (agresiones mutuas) ha de entenderse atribuida a los JVM por las siguientes razones:

1. La interpretación conjunta de los preceptos que regulan la competencia de los JVM (el artículo 87 *ter* de la LOPJ y el artículo 14.3 de la LECrim) apoya la inclusión de las denuncias cruzadas entre cónyuges como competencia del JVM, pues carece de sentido la exclusión solo en el ámbito de la violencia de género de la instrucción conjunta de los delitos conexos consistentes en agresiones recíprocas. Esto con apoyo en el preámbulo de la Ley 41/2015, citado en la nota al pie núm. 5 del presente Dictamen.
2. Otra solución conllevaría la revictimización de la víctima, al obligarla a acudir a otro juzgado y volver a declarar sobre los mismos hechos, efecto contrario al artículo 19 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y al Convenio de Estambul.
3. En el plano práctico, tal solución, además de antieconómica, incrementa las dificultades probatorias con las que normalmente nos encontramos al convocar dos veces a los mismos testigos y peritos para declarar sobre unos mismos hechos.
4. Es posible atisbar aún mayores inconvenientes derivados del desglose de las denuncias cruzadas y su remisión al JVM y al Juzgado de Instrucción, pues ello puede afectar a la competencia territorial, en la medida en que el artículo 15 *bis* de la LECrim establece como fuero para determinar la competencia territorial del JVM el domicilio de la víctima, el cual con frecuencia no coincide con el lugar donde se comete el delito (competente para conocer la denuncia del hombre contra la mujer), lo que agravaría aun

más los perjuicios y el gravamen no sólo a las partes, quebrantando el principio de proximidad de la víctima al juzgado que inspira dicho artículo 15 *bis* de la LECrim, sino también a los testigos y peritos, que tendrían que desplazarse a dos partidos judiciales distintos y a veces distantes para declarar sobre los mismos hechos. Además, esto provocaría una dilación injustificada del procedimiento, contraria a la reforma realizada en el artículo 324 de la LECrim, la cual se evitaría con el enjuiciamiento conjunto de ambas denuncias.

Además, en dichas Conclusiones, se añade el hecho de que no se concibe una razón que justifique ni ventaja alguna que se derive del tenor literal del precepto analizado y, por tanto, se entiende que la no adaptación del artículo 17 *bis* de la LECrim al nuevo contenido del artículo 17 del mismo texto legal, se trata de un mero olvido del legislador y no supone un cambio de criterio, y se afirma que este criterio ha sido acogido por diversas Audiencias Provinciales⁸.

En cuanto al procedimiento, se siguió un procedimiento ordinario (sumario) por los delitos de maltrato habitual, maltrato ocasional, amenazas y homicidio intentado, conforme a lo dispuesto en los artículos 299 y ss. de la LECrim, puesto que no nos encontramos en los ámbitos delimitados por los artículos 757 (procedimiento abreviado)⁹ y 795 (procedimiento para el enjuiciamiento rápido) de la LECrim.

Por último, los hechos expuestos en el apartado anterior del presente Dictamen fueron enjuiciados por la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª), en virtud del artículo 82.1.º de la LOPJ¹⁰ (competencia objetiva por razón de la pena, criterio ordinario), cuya Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2019 contiene el siguiente fallo:

⁸ En sentido contrario, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª), de 10 de junio de 2015 (LA LEY 100750/2015), aunque afirma que «no resulta posible, por razones obvias, la investigación por separado de los subhechos que lo integran, sin riesgo de producir graves consecuencias sobre la continencia causal» y considera que la falta de competencia material del órgano instructor no conlleva la nulidad de lo actuado.

⁹ El artículo 757 de la LECrim prevé la aplicación del procedimiento abreviado para el enjuiciamiento de delitos penados con una pena privativa de libertad no superior a nueve años u otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.

¹⁰ Artículo 82.1.º de la LOPJ: «Las Audiencias Provinciales conocerán en el orden penal: 1.º De las causas por delito, a excepción de los que la Ley atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Penal o de otros Tribunales previstos en esta Ley». Y en virtud del artículo 14.3 de la LECrim: «Fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes: 3. Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración

1. Condena a D. Carmelo como autor de un delito de maltrato ocasional y un delito de amenazas graves, con concurrencia, en ambos delitos, de la atenuante simple de dilaciones indebidas, a las siguientes penas, respectivamente:
 1. Pena de prisión de 9 meses y 1 día, pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años y un día y pena de prohibición de aproximación a D.^a Visitación y a su domicilio a una distancia de 300 metros y comunicarse, por cualquier medio, con la misma durante un año, nueve meses y un día. En cuanto a la responsabilidad civil, se fija en el importe de 280 euros más los intereses del artículo 576.1 de la LEC¹¹, a favor de D.^a Visitación por el perjuicio ocasionado.
 2. Pena de prisión de 9 meses, pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante un año y un día, y pena de prohibición de aproximación a D.^a Visitación y a su domicilio a una distancia de 300 metros y comunicarse, por cualquier medio, con la misma durante un año y nueve meses.
2. Condena a D.^a Visitación como autora de un delito de lesiones con uso de instrumento peligroso, con concurrencia de la atenuante simple de dilaciones indebidas y la eximente incompleta de legítima defensa, a la pena de prisión de 2 meses, así como a la pena de prohibición de aproximarse a D. Carmelo y

de éstas no exceda de diez años, así como por delitos leves, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión del delito leve o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, del Juez de Violencia sobre la Mujer competente en su caso, en los términos establecidos en el artículo 801, así como de los Juzgados de Instrucción competentes para dictar sentencia en el proceso por aceptación de decreto».

A este respecto, ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, décima edición, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 85, señala que, en estos casos: «la competencia se distribuye entre los diferentes órganos judiciales en función de la pena que corresponda al delito objeto de acusación y, más en concreto, en función de la pena prevista en abstracto por la ley para cada clase de delito, no de la concretamente solicitada por las actuaciones (así, tras algunas vacilaciones, la STS de 9 de junio de 1995)».

¹¹ Artículo 576.1 de la LEC: «Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley».

a su domicilio a una distancia de 300 metros y comunicarse, por cualquier medio, con él durante un año y dos meses. En cuanto a la responsabilidad civil, se fija en el importe de 1.075 euros más los intereses del artículo 576.1 de la LEC, a favor de D. Carmelo por las lesiones y secuelas causadas.

En cuanto a las costas causadas, se imponen dos cuartos a D. Carmelo; un cuarto, a D.^a Visitación, y el resto son declaradas de oficio.

III. CONSULTAS

En vista de los antecedentes de hecho relatados, a la Letrada que suscribe se solicita, por parte de la representación procesal de D.^a Visitación, Dictamen que versa sobre las siguientes consultas:

1. Posibles recursos contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2^a) de fecha 29 de noviembre de 2019.
2. Delimitación y prueba de los delitos de maltrato habitual, maltrato ocasional y amenazas graves.
3. Delimitación del delito de lesiones consumadas frente al delito de homicidio o asesinato en grado de tentativa.
4. Concurrencia de la eximente (completa o incompleta) de legítima defensa.

IV. NORMATIVA APLICABLE

La normativa aplicable a los antecedentes de hecho expuestos en el primer apartado del presente Dictamen es la siguiente:

1. CP; en concreto, sus artículos 16.1 (tentativa), 20.4º (eximente de legítima defensa), 62 (tentativa), 138.1 (delito de homicidio), 147.1 (delito de lesiones), 148.1º (uso de instrumento peligroso), 153.1 y 3 (delito de maltrato ocasional), 173.2 (delito de maltrato habitual) y 169.2º (delito de amenazas graves).
2. LECrim; en concreto, sus artículos 14.5.a) (competencia objetiva por razón de la materia de los JVM), 15 *bis* (competencia territorial de los JVM), 17.2.6 (supuesto general de conexidad), 17 *bis* (delitos conexos ante los JVM), 299 y ss. (procedimiento ordinario o sumario), 846 *ter* (recurso de apelación), 790, 791 y 792 (procedimiento del recurso de apelación).
3. LOPJ; en concreto, sus artículos 9.3 (jurisdicción penal, criterio objetivo), 23.1 (jurisdicción penal española, criterio territorial), 26 (previsión de los JVM), 87 *ter*.1.a) (competencia objetiva por razón de la materia de los JVM), 167.1 (normas de reparto) y 170.1 (Junta de Jueces).
4. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; en concreto, su artículo 1 (objeto de la Ley).
5. Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales; en concreto, su Exposición de Motivos.
6. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

V. DICTAMEN

Aceptando el requerimiento formulado, la Letrada que suscribe emite el siguiente Dictamen sobre la base de los siguientes fundamentos jurídicos:

1. Posibles recursos contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) de fecha 29 de noviembre de 2019

Contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) de fecha 29 de noviembre de 2019, cabe interponer un recurso de apelación¹² ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Navarra [artículo 73.3.c) de la LOPJ, competencia funcional], la cual se constituirá con tres Magistrados, todo ello en virtud del artículo 846 *ter.* 1 y 2 de la LECrim.

En cuanto al procedimiento, resultan de aplicación los artículos 790, 791 y 792 de la LECrim, con la salvedad indicada en el artículo 846 *ter.* 3 de la LECrim, la cual es: «las referencias efectuadas a los Juzgados de lo Penal se entenderán realizadas al órgano que haya dictado la resolución recurrida y las referencias a las Audiencias al que sea competente para el conocimiento del recurso». Así, el recurso puede ser interpuesto por cualquiera de las partes, en el plazo de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiera notificado la sentencia que se recurre. No obstante, la parte que no hubiera apelado en este plazo podría adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5 del artículo 790 de la LECrim¹³, ejercitando las pretensiones y alegando los

¹² Posibilidad introducida por la reforma operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Así, hay que tener en cuenta su disposición transitoria única.1 («Legislación aplicable»), en la que se establece que esta Ley se aplica a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor, la cual se produce, conforme con su disposición final cuarta, a los dos meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (06/10/2015).

Así, como señala ARMENTA DEU, T., *Lecciones...* cit., p. 332: «A tal efecto, se aplicará a las sentencias dictadas [en primera instancia] por las AP y la Sala de lo Penal de la AN la regulación del recurso de apelación prevista para el procedimiento abreviado, completándolo con algunas previsiones relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso, y al contenido de la sentencia que el órgano *ad quem* dictará en tal circunstancia, incorporando la doctrina jurisprudencial, nacional e internacional y procurando resolver los problemas que plantea la apelación de sentencias absolutorias fundamentadas en medios probatorios necesitados para su práctica de inmediatez».

¹³ Artículo 790.5 de la LECrim: «Admitido el recurso, el Secretario judicial dará traslado del escrito de formalización a las demás partes por un plazo común de diez días. Dentro de este plazo habrán de presentarse los escritos de alegaciones de las demás partes, en los que podrá solicitarse la práctica de prueba en los términos establecidos en el apartado 3 y en los que se fijará un domicilio para notificaciones».

motivos que a su derecho conviniesen, quedando este recurso supeditado a que el apelante principal mantuviese el suyo, aunque las demás partes podrían impugnar la adhesión en el plazo de dos días desde el traslado previsto en el apartado 6 del artículo 790 (artículo 790.1 de la LECrim)¹⁴.

El escrito de formalización del recurso se presentaría ante la propia Audiencia Provincial de Navarra y en el mismo se expondrían las alegaciones sobre los posibles motivos del recurso, los cuales son (no excluyentes¹⁵) (artículo 790.2 de la LECrim)¹⁶:

a) Quebrantamiento de las normas y garantías procesales

Si en el recurso se solicitara la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaran indefensión en el recurrente, de forma que no pudiera ser subsanada en la segunda instancia, se deberán citar las normas legales o constitucionales que se considerasen infringidas y se deberán expresar las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haber pedido la subsanación de la infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieran cometido en un momento en el que fuera ya imposible su reclamación.

b) Error en la apreciación de las pruebas

En el caso de que la acusación alegase error en la valoración de la prueba para solicitar la anulación de una sentencia absolutoria o el agravamiento de una sentencia condenatoria, sería necesario que se justificase la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad hubiera sido improcedentemente declarada¹⁷.

¹⁴ Respecto a los efectos de la admisión del recurso, ARMENTA DEU, T., *Lecciones...* cit., p. 334, entiende que: «si la sentencia es condenatoria, en virtud de lo dispuesto en el art. 3 CP, parece evidente que la apelación debe admitirse en ambos efectos. Si la sentencia es absolutoria, lo procedente es alzar las medidas cautelares. Habrá que entender, pues, que el recurso se admite en un solo efecto, de forma que pueda ejecutarse el pronunciamiento relativo al alzamiento de aquéllas».

¹⁵ A este respecto, ARMENTA DEU, T., *Lecciones...* cit., p. 334, observa que: «El art. 790.2 LECrim especifica los *motivos* por los que cabe apelar. No parece tratarse, en todo caso, de una enumeración excluyente, sino más bien de señalar el marco general de motivos por los que se admite este medio impugnatorio».

¹⁶ Como observa ARMENTA DEU, T., *Lecciones...* cit., p. 334, «la interposición del recurso coincide con su formalización, es decir, es el momento procesal oportuno para fundamentar, mediante escrito, los motivos en que se basa la impugnación (art. 790.2 y 3 LECrim)».

¹⁷ En relación con este motivo del recurso de apelación, ARMENTA DEU, T., *Lecciones...* cit., p. 336, expone lo siguiente: «De los tres motivos de apelación («quebrantamiento de las normas y garantías procesales», «infracción de precepto constitucional o legal» y «apreciación de la prueba», este último sitúa

c) Infracción de normas del ordenamiento jurídico

Asimismo, en el escrito de formalización se puede pedir la práctica de las diligencias de prueba¹⁸ que no se pudieron proponer en la primera instancia, de las diligencias de prueba que fueron propuestas e indebidamente denegadas, siempre que se hubiera formulado en su momento la oportuna protesta, y de las diligencias de prueba que fueron admitidas pero que no fueron practicadas por causas que no sean imputables al recurrente (artículo 790.3 de la LECrim)¹⁹.

Respecto a la celebración de vista, el artículo 791.1 de la LECrim únicamente la contempla en dos supuestos:

1. Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada y éstas son admitidas por el Tribunal.
2. Cuando, de oficio o a petición de parte, el Tribunal la estime necesaria para la correcta formación de una convicción fundada.

A estos supuestos previstos por la norma, ARMENTA DEU²⁰ añade aquellos que se deducen de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 18 de septiembre de 2001 (LA LEY 7757/2002) y que dicta la siguiente doctrina singularmente en materia de intermediación:

1. No existe siempre el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, sino que esta depende de cómo se estructure la apelación y la naturaleza de las cuestiones a juzgar. Por ejemplo, no hay audiencia pública respecto de cuestiones jurídicas (o de Derecho).

al Tribunal con plena jurisdicción (*novum iudicium*) y en idéntica situación al Juez *a quo*, no sólo respecto a la subsunción en la norma, sino también respecto de la determinación de los hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por dicho Juez de instancia».

¹⁸ A este respecto, ARMENTA DEU, T., *Lecciones...* cit., p. 335, expone que: «[...] la apelación no constituye un nuevo enjuiciamiento de lo acaecido en la primera instancia. De modo que, en principio, sólo cabe revisar la sentencia conforme a la prueba practicada en el juicio.

Este carácter meramente revisor de la apelación se excepciona permitiendo solicitar en el escrito de formalización del recurso aportar nuevos medios de prueba cuando: si la acusación alega error en la valoración de la prueba y se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica; hay un apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia; o se produce la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas con relevancia o cuya nulidad fue improcedentemente declarada (art. 790.2)».

¹⁹ ARMENTA DEU, T., *Lecciones...* cit., p. 335, añade que: «En todos los casos, el recurrente que propone la práctica de prueba debe justificar que su omisión en la primera instancia le ha ocasionado indefensión».

²⁰ ARMENTA DEU, T., *Lecciones...* cit., p. 336.

2. Existe necesidad de examen personal y directo cuando la apelación versa sobre cuestiones de hecho y de Derecho y, especialmente, cuando se ha de estudiar la culpabilidad o la inocencia del acusado en su conjunto.
3. La ausencia de hechos nuevos no es causa suficiente para excluir la necesidad de debate público [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 27 de junio de 2000 (LA LEY 131687/2000)].

Por último, en cuanto a la Sentencia, no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2 de la LECrim. No obstante, la Sentencia de primera instancia, ya sea absolutoria como condenatoria, podrá ser anulada y, en este caso, se devolverían las actuaciones a la Audiencia Provincial de Navarra. La Sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa (artículo 792.2 de la LECrim). Si la Sentencia apelada fuera anulada por quebrantamiento de alguna forma esencial del procedimiento, el Tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenaría que se repusiera el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conservasen su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida (principio de conservación de los actos)²¹ (artículo 792.3 de la LECrim). Así, contra la Sentencia dictada en grado de apelación sólo cabrá recurso de casación en los supuestos previstos en el artículo 847 de la LECrim, sin perjuicio de lo establecido respecto de la revisión de sentencias firmes, o en el artículo 793 de la LECrim para la impugnación de sentencias firmes dictadas en ausencia del acusado (artículo 792.4 de la LECrim).

2. Delimitación y prueba de los delitos de maltrato habitual, maltrato ocasional y amenazas graves

D. Carmelo fue investigado y acusado de un delito de maltrato habitual (tipificado en el artículo 173.2 del CP), un delito de maltrato ocasional (artículo 153.1 y 3 del CP) y un delito de amenazas graves (artículo 169.2º del CP), tanto por parte del Ministerio Fiscal

²¹ ARMENTA DEU, T., *Lecciones...* cit., p. 337

como por parte de la acusación particular ejercitada por la representación procesal de D.^a Visitación.

Para la condena a D. Carmelo por estos delitos (excepto por el delito de maltrato habitual del artículo 173.2 del CP), la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2^a), se basó, como prueba de cargo, y conforme a la doctrina constitucional y jurisprudencial respecto al derecho a la presunción de inocencia (la cual no puede quedar enervada sin prueba de cargo suficiente)²², en la declaración de D.^a Visitación²³, puesto que se cumplían los tres requisitos exigidos por la jurisprudencia²⁴:

1. Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible ánimo espurio, de resentimiento, venganza o enemistad.
2. Verosimilitud del testimonio, el cual debe estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso. En este caso, como expone la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2^a),

²² Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2^a) de fecha 29 de noviembre de 2019: «Este derecho es “uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal” (por todas, SSTC 133/1995 y 185/2014). 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) 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). 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 del tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora (STC 105/1988). 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 y 145/2005).

Y así como la redacción del art. 741 LECr. se refiere a que el Tribunal “apreciando en conciencia las pruebas practicadas en el juicio (...), la jurisprudencia moderna insiste en la valoración racional, explícita y motivada de las pruebas practicadas, sin separarse de la lógica, los conocimientos científicos o las máximas de experiencia (por todas, SSTS 2^a 125/2016, de 22.02 y 137/2016, de 24.02), siempre partiendo de la premisa de prueba de cargo válida, que -salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos- es la obtenida en el juicio, y se refiera a los elementos nucleares del delito.

Las SSTS 2^a 430/2016, 305/2017 y 544/2017 se expresan acerca de la insuficiencia de la íntima convicción del Juzgador en la valoración de la prueba, sino que han de existir medios de prueba válidos y lícitos, de contenido incriminador”».

²³ A este respecto, en el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2^a) de fecha 29 de noviembre de 2019, se expone lo siguiente: «pues conforme a consolidado criterio jurisprudencial, a diferencia del proceso civil en el penal, regido por los principios de investigación de oficio y oficialidad de la acción, está excluida toda regla legal sobre valoración de las pruebas, lo que significa que no existen ni limitaciones de prueba ni presunción legales aplicables, por lo que no existe obstáculo legal alguno para reconocer la validez del testimonio del perjudicado como prueba de cargo, incluso cuando es la única (vid. SSTS 397/2016 y 610/2017)».

²⁴ Además de lo expuesto en la Sentencia objeto de análisis, me baso en los apuntes proporcionados por el Prof. Dr. D. Alberto J. Lafuente Torralba en la asignatura «Práctica Penal» del Máster Universitario en Abogacía de la Universidad de Zaragoza y el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, respecto a los «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», p. 11.

contamos con las lesiones sufridas por D.^a Visitación y la declaración de los policías forales en el juicio oral, en la que refirieron cómo las cortinas de la vivienda se encontraban corridas y la sensación de oscuridad al entrar en la misma, tal y como había declarado D.^a Visitación. Sin embargo, respecto al delito de maltrato habitual, contamos con la declaración de la madre de D.^a Visitación, en el sentido de que no mantenían relación por problemas ajenos a la relación con D. Carmelo, y con la declaración como testigo de una educadora de los Servicios Sociales de Cintruénigo, en la que indicó la despreocupación de D.^a Visitación respecto a sus hijos y que ésta se quejaba de que su familia no la apoyaba, no mencionando en ningún momento maltrato alguno por parte de D. Carmelo.

3. Persistencia en la incriminación prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones, lo que significa que la declaración debe ser concreta, precisa, narrando los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar, coherente y sin contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus distintas partes y persistente en un sentido material y no meramente formal, es decir, constante en lo sustancial de las diversas declaraciones. En este caso, este requisito concurre porque D.^a Visitación mantiene su declaración ante la Policía Focal, ante el JVM n.º 1 de Tudela y en el acto del juicio oral. No obstante, con referencia al delito de maltrato habitual, en el acto del juicio oral su declaración sobre este extremo fue inespecífica y genérica “en grado sumo” (Fundamento Jurídico Quinto).

La prueba de descargo, proporcionada por D. Carmelo, se basó en su declaración en el acto del juicio oral, en la que expuso que el día de los hechos él intentaba evitar la discusión, iniciada por D.^a Visitación, quien se encontraba deprimida porque había sido privada de la guarda y custodia de sus hijos (no comunes), y quien quería salir, lo cual D. Carmelo no se lo impidió pero sí le dijo que prefería que no saliera. Así, D. Carmelo alega que fue D.^a Visitación quien se puso agresiva y esgrimió el cuchillo, y que él sólo intentaba defenderse, admitiendo que en el forcejeo quizás le tiró del pelo y que después de recibir la cuchillada se dirigió a ella llamándola “hija de puta”. No obstante, la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2^a) consideró que «la fuerza convictiva de los datos aportados por la prueba de cargo desarbolan lo manifestado por el acusado, cuyo

relato esquivado por completo el muy elevado número de lesiones que presentaba D.^a Visitación» (Fundamento Jurídico Tercero).

Así, la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2^a) condenó a D. Carmelo como autor de un delito de maltrato ocasional y un delito de amenazas graves, excluyendo el delito de maltrato habitual por el que también había sido acusado.

El delito de maltrato habitual se encuentra tipificado en el artículo 173.2 del CP en los siguientes términos:

«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 una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, [...] será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años [...], sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica²⁵.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima²⁶, o se realizan quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En los supuestos a que se refiere este apartado, podrán además imponerse una medida de libertad vigilada».

²⁵ A este respecto, ARMAZA ARMAZA, E. J., «Las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, ROMEO CASABONA *et al.* (coord.), Comares editorial, Granada, 2016, p. 171, señala que: «Nada impide, por otro lado, que se aprecie la configuración de un concurso de delitos en aquellos supuestos en los que, con una o varias acciones, se lesionen distintos bienes jurídicos, siempre que el desvalor no haya sido cubierto por medio de la aplicación de una agravante específica».

²⁶ Respecto de estas agravantes, ARMAZA ARMAZA, E. J., «Las torturas y otros delitos contra la integridad moral», *cit.*, p. 172, indica que: «no podrán ser tenidas en cuenta dos veces (en virtud del art. 153.3 CP) para incrementar la pena correspondiente a aquellos supuestos en los que se aprecia -junto al delito de violencia habitual contra personas vinculadas al agresor- la configuración de los delitos leves de lesiones o de maltrato de obra en perjuicio de los sujetos especialmente protegidos por el precepto materia de análisis (art. 153.2 CP). Para evitar la vulneración del principio *ne bis in idem*, este concurso de leyes debe ser resuelto por medio de la aplicación del tipo penal que contenga la sanción más grave (en este caso, el art. 173.2 CP), en virtud del art. 8.4.^a CP (sin perjuicio de que se aprecie, al mismo tiempo, un concurso de delitos entre el previsto en el art. 153.2 CP y el del art. 173.2 CP únicamente agravado conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo de éste último artículo)».

Así, este delito contra la integridad moral exige habitualidad en el ejercicio de la violencia física o psíquica²⁷, lo cual debe ser entendido, como expone ARMAZA ARMAZA²⁸, como una repetición sistemática de actos de violencia. Si la conducta violenta es excepcional o aislada, no podemos apreciar la comisión de este delito, sino que se trataría del delito de lesiones leves o de maltrato de obra contra personas vinculadas al agresor (tipificado en el artículo 153 del CP), en posible concurso con un delito de atentado contra la integridad moral (artículo 173.1 del CP, párrafo primero) o con un delito leve de vejación injusta (artículo 173.4 del CP).

En nuestro caso, y como se ha expuesto anteriormente, la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) estimó que no resultó probado que D. Carmelo, durante el tiempo que duró la relación sentimental con D.ª Visitación, la agrediera físicamente ni la amenazara de forma constante o tratara de modo vejatorio alguno, ni que la aislara de su familia y de sus amistades. No obstante, en el recurso de apelación podríamos alegar, como acusación particular, el motivo de error en la apreciación o valoración de las pruebas.

Respecto al delito de maltrato ocasional, se encuentra tipificado en el artículo 153.1 y 3 del CP en los siguientes términos:

«1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, 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, [...] será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en

²⁷ En el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) de fecha 29 de noviembre de 2019, se expone lo siguiente: «El elemento característico del artículo 173 del Código Penal la habitualidad en el ejercicio de la violencia física o psíquica, lo que impone la acreditación de un estado de agresión permanente, sin necesidad de probar cada concreto acto de violencia que se haya desplegado. Se configura así el delito por una actuación reiterada, de la que deriva un único resultado específico de amedrentamiento y sumisión permanente. Esta consideración delictiva resulta autónoma respecto del concreto resultado que pueda surgir con cada una de las acciones que se reiteran en el tiempo y que habrán de separadamente,(vid., por todas STS 640/2017)».

²⁸ ARMAZA ARMAZA, E. J., «Las torturas y otros delitos contra la integridad moral», cit., p. 170.

todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años [...].

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima²⁹, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

Así, como expone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) de fecha 29 de noviembre de 2019 en su Fundamento Jurídico Tercero, concurren, en nuestro caso, los elementos configuradores del tipo básico del delito de maltrato no habitual, los cuales son:

1. causación de menoscabo psíquico, lesión de menor gravedad, o maltrato de obra (golpear sin causar lesión);
2. ánimo de dañar o perjudicar la integridad física o psíquica de la víctima (*animus laedendi*) por parte del autor de la acción,
3. y que la víctima sea o haya sido esposa o mujer ligada al agresor por análoga relación de afectividad.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) estima la concurrencia del subtipo agravado previsto en el apartado 3 del artículo 153 del CP, con referencia a que los hechos tuvieron lugar en el domicilio común.

Por último, en cuanto al delito de amenazas graves, se encuentra tipificado en el artículo 169.2º del CP en los siguientes términos:

«El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:

²⁹ Como señala VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Las lesiones», en *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, ROMEO CASABONA *et al.* (coord.), Comares editorial, Granada, 2016, p. 93: «Se ha visto su fundamento en una mayor peligrosidad de la conducta, por cuanto la agresión tiene lugar en un espacio físico limitado que dificulta a la víctima emprender la huida o ser defendida por otras personas».

2.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional».

Respecto a este delito, en el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) de fecha 29 de noviembre de 2019, se expone que concurren sus elementos integradores, los cuales son, conforme a reiterada jurisprudencia, los siguientes:

- a) Una conducta del agente constituida por expresiones o actos idóneos para violentar el ánimo del sujeto pasivo, intimidándole con la conminación de un mal injusto, determinado y posible;
- b) Que la expresión de dicho propósito por parte del agente sea seria, firme y creíble, atendiendo a las circunstancias concurrentes;
- c) Y que estas mismas circunstancias, subjetivas y objetivas, doten a la conducta de la envidia suficiente para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de antijuridicidad de la acción y su calificación como delictiva³⁰.

3. Delimitación del delito de lesiones consumadas frente al delito de homicidio o asesinato en grado de tentativa

El concreto hecho declarado probado que se analiza en este apartado se trata de la cuchillada asestada por D.ª Visitación a D. Carmelo en el tórax, resultado de la cual sufrió las siguientes lesiones: 1) Herida incisa en pared costal izquierda con salida de aire; 2) Escoriaciones tipo estigma ungueal sobre apéndice xifoides, en reborde costal izquierdo, en tercio distal de brazo izquierdo, en lado izquierdo de puente nasal, y en borde ínfero interno de omóplato derecho, y 3) Pequeños hematomas tipo impronta digital sobre área pectoral derecha.

Estas lesiones precisaron de tratamiento médico y quirúrgico, consistente en drenaje, ampliación de la herida, sutura de 3ª costilla y aspiración, tardando en curar 30 días, todos impeditivos, de los cuales 3 fueron en régimen hospitalario, y 27 extrahospitalario, y quedándole como secuelas una cicatriz de 5 cms. sobre área costal

³⁰ Respecto a este delito, vid. SOLA RECHE, E., «Delitos contra la libertad», en *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, ROMEO CASABONA et al. (coord.), Comares editorial, Granada, 2016, pp. 145-153.

izquierda, que ocasiona un ligero perjuicio estético, valorado en 2 puntos. No obstante, consta en la Sentencia analizada que, dadas las pequeñas dimensiones de la herida costal, no se puede descartar la posibilidad de que su evolución (favorable) hubiera podido llevar a una resolución espontánea.

Así, tomando en consideración estos hechos probados, la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) consideró que constituían un delito de lesiones con uso de instrumento peligroso de los artículos 147.1 y 148.1º del CP³¹, y no un delito de homicidio en grado de tentativa (artículo 138.1³² en relación con los artículos 16.1 y 62, todos del CP³³), puesto que «[...] la prueba practicada no permite concluir que la conducta de Dª Visitación comprometiera de modo manifiesto la vida de D. Carmelo, pues frente a la localización de la herida, -que podría “jugar” a favor de la tesis de homicidio intentado-, ya desde el primer momento también se puso de relieve la escasa dimensión de la herida, 3 cm., y que no cabía descartar la hipótesis de que podría haber sanado espontáneamente, lo que permite concluir que la acusada no actuó con un dolo homicida, sino con intención de lesionar, al menos a título de dolo eventual, desde el momento en que dirigió un objeto punzante hacia el cuerpo de D. Carmelo. Pero cabe descartar que tal acción estuviera guiada por la intención de matar, atendiendo al contexto en el que se produce, un incidente violento, en el curso del cual la víctima, -también agresor-, se desprende de un cuchillo dejándolo al alcance de la Sra. Visitación, quien se apresura a cogerlo y lanzar una cuchillada, pero al comprobar las consecuencias de su acción, incluso auxilia al Sr.

³¹ Artículo 147.1 del CP: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico».

Artículo 148.1º del CP: «Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado».

³² Artículo 138.1 del CP: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años».

³³ Artículo 16.1 del CP: «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

Artículo 62 del CP: «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado».

Carmelo. Por ello, se adecúa más la incardinación de tal conducta en el delito de lesiones, que no requiere un ánimo específico, sino un dolo genérico»³⁴.

A este respecto, ROMEO CASABONA³⁵ expone que, para que se condene por un delito de homicidio en grado de tentativa, es necesario que la acción sea, desde un punto de vista objetivo y una perspectiva *ex ante*, peligrosa para el bien jurídico protegido, esto es, idónea para la producción del resultado (arts. 16.1 y 62 del CP).

Además, la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) se basa en la jurisprudencia contenida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de julio de 2016 (LA LEY 85748/2016), en la que se expone lo siguiente: «Alega el recurrente que no se ha acreditado el ánimo de lesionar. Pero el delito de lesiones no requiere un ánimo específico, sino un dolo genérico. De acuerdo con una pacífica y reiterada jurisprudencia no se precisa la constatación de una intencionalidad directa y específica respecto de la causación del resultado producido, sino que basta la adecuación de la acción ejecutada para la producción, como efecto de la misma, de ese resultado».

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de febrero de 2003 (LA LEY 2001/2003), ya exponía lo siguiente:

«Como ya decíamos en la STS de 1 Jul. 1997, “la intención pertenece al mundo personal, subjetivo e interno, al arcano de la conciencia, en suma, y salvo los casos –muy excepcionales, por otra parte—en que el propio interesado lo confiese paladinamente, debe ser puesta de relieve por medio de una operación mental compleja sobre las bases de unos datos plurales, objetivos, externos y debidamente probados en la causa, que a través de normas de experiencia llevan a la certeza moral de la concreta intención, elemento finalista de la conducta”.

El ánimo de matar, como elemento interno, es difícil de acreditar mediante prueba directa. Lo habitual es tener que acudir a distintos elementos externos, debidamente probados, para, a través de un razonamiento lógico, inferir su existencia. Esos elementos pueden ser variados, aunque su valoración ha de partir de la existencia de una conducta agresiva, cuyas características puedan suscitar alguna duda en orden a la intención

³⁴ Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) de fecha 29 de noviembre de 2019

³⁵ ROMEO CASABONA, C. M., «El homicidio y sus formas», en *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, ROMEO CASABONA *et al.* (coord.), Comares editorial, Granada, 2016, pp. 22-24.

atribuible al sujeto en el momento en que actúa. Entre ellos se han señalado el arma o instrumento empleado; la intensidad de los golpes o la fuerza con que son ejecutados; el lugar o zona del cuerpo al que van dirigidos, y su reiteración. Datos todos ellos de especial trascendencia para construir la inferencia acerca del animus necandi.

Al lado de ellos, las relaciones anteriores entre agresor y agredido, especialmente la existencia de amenazas; los actos simultáneos a la agresión, concretamente, las expresiones proferidas; la conducta posterior a la agresión, entre otros, constituyen otros tantos aspectos a tener en cuenta. En este sentido, en la STS núm. 1476/2000, de 26 Sep., decíamos: “La Sentencia de esta Sala de 23 Dic. 1999, recoge que la jurisprudencia ha venido estableciendo como punto de referencia para determinar la existencia de ánimo homicida, la concurrencia de una serie de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores a la realización del hecho que pueden arrojar luz sobre el verdadero propósito del autor. Desde esta perspectiva podemos señalar, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes: a) Relaciones existentes entre el autor y la víctima. b) Personalidades respectivas del agresor y del agredido. c) Actitudes o incidencias observadas y acaecidas en los momentos precedentes al hecho, con especial significación de la existencia de amenazas. d) Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda y del autor tras la perpetración del hecho criminal. e) Condiciones de espacio, tiempo y lugar. f) Características del arma e idoneidad para lesionar o matar. g) Lugar o zona del cuerpo a la que se dirige la acción ofensiva con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos vital. h) Insistencia o reiteración en los actos agresivos. i) Conducta posterior del autor»³⁶.

Por último, la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2^a) expone que: «Las conclusiones médico-forenses, ratificadas en el juicio oral, avalan la aplicación del principio “in dubio pro reo”, que actúa, -aunque no solamente-, en relación con la actividad valorativa del juez en relación a la prueba practicada (SSTS 484/2016 y 376/2017)». Así, respecto al principio *in dubio pro reo*, la Sentencia del Tribunal

³⁶ En este sentido también la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de junio de 2001 (LA LEY 8179/2001): «Sabido es que la determinación del propósito del agente al ejecutar la acción únicamente puede establecerse mediante un juicio de inferencia derivado del análisis racional de las circunstancias concurrentes en el hecho enjuiciado, pues no de otro modo se puede conocer las intenciones o los propósitos que se esconden en la mente de la persona. Cuando se trata de discernir entre un “animus necandi” o un “animus laedendi”, el juzgador debe atender, en particular, al modus operandi del agente y, en concreto, a los medios utilizados para llevar a cabo la agresión y a la forma de producirse ésta».

Supremo de fecha 3 de junio de 2016 (LA LEY 62223/2016) expone que: «es un criterio interpretativo dirigido al operador judicial en una doble dirección: a) en relación a la norma a aplicar al caso concreto y b) en relación a la actividad valorativa del Juez en relación a la prueba practicada» y que «en su vertiente valorativa, tiene por finalidad que el Juez o Tribunal tras la valoración de toda la prueba de cargo y de descargo, si no alcanza el canon de “*certeza más allá de toda duda razonable*”, bien por la endeblez de la prueba de cargo, bien por la existencia de prueba de descargo que introduce un factor o elemento de duda sobre aquella, debe también escoger la solución más favorable, de ahí la denominación del principio. En caso de duda, ha de estarse, ya desde la vertiente normativa como procesal, por aquella versión que sea más beneficiosa, por tanto tal principio se lesiona cuando objetivándose en el Tribunal sentenciador una duda, se condena, no obstante tal duda, o se aplica el tipo penal más gravoso»³⁷.

Por otro lado, respecto al uso de instrumento peligroso en el delito de lesiones, la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) no aplica el artículo 148.1 del CP, puesto que su aplicación no es imperativa, sino que es potestativa, en atención al contexto en el que D.ª Visitación cometió este delito (tras ser agredida y amenazada gravemente) y al resultado causado y riesgo producido. En este sentido, cita la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de septiembre de 2017 (LA LEY 125091/2017), la cual estima que: «A diferencia de lo que acontece respecto de las lesiones agravadas contempladas en los artículos 149 y ss., la agravación penológica recogida en el artículo 148 del Código Penal, no se ha configurado por el legislador como imperativa, sino potestativa del Juzgador, en atención al caso concreto. El precepto recoge la facultad que tiene el Juez o Tribunal, de ampliar discrecionalmente el marco de punición de los hechos, cuando se den las concretas circunstancias previstas en la norma, siempre atendiendo al resultado causado o al riesgo producido»³⁸.

³⁷ Esta Sentencia es posteriormente citada en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de mayo de 2017 (LA LEY 55675/2017).

³⁸ En este sentido también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 20 de noviembre de 2018 (LA LEY 192396/2018).

4. Concurrencia de la eximente (completa o incompleta) de legítima defensa

La eximente de legítima defensa se encuentra regulada en el artículo 20.4º del Código Penal, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Están exentos de responsabilidad criminal: 4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor».

Así, para la apreciación de la eximente completa de legítima defensa, es necesaria la concurrencia de cuatro requisitos, tal y como lo ha venido entendiendo la doctrina³⁹:

1. Elementos objetivos

1. Agresión ilegítima, entendiendo por “ilegítima” a una agresión ilícita, antijurídica, contraria al ordenamiento jurídico. Este requisito constituye un elemento esencial de la causa de justificación de legítima defensa, lo que se traduce en que, sin su concurrencia en el caso concreto, no cabe apreciar ni la eximente completa ni la eximente incompleta de legítima defensa. En este sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 10 de diciembre de 2007 (LA LEY 216882/2007)⁴⁰.

³⁹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del Delito*, ROMEO CASABONA *et al.* (coord.), Comares editorial, Granada, 2016, pp. 224-232.

En el mismo sentido, se expresa la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) en su Sentencia de fecha 29 de noviembre de 2019 (Fundamento Jurídico Séptimo): «Requisitos de la circunstancia eximente son existencia de una agresión ilegítima, actual o inminente, previa a la actuación defensiva que se enjuicia; la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler esa agresión, que se integra en el ánimo de defensa que rige la conducta del agente; y la falta de provocación suficiente por parte del propio defensor».

⁴⁰ Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2007 (LA LEY 216882/2007): «El agente debe obrar en “estado” o “situación defensiva”, vale decir en

2. Necesidad de la defensa. Para la concurrencia de este requisito, es necesario que la agresión ilegítima sea:

- inminente o actual, esto es, que vaya a tener lugar inmediatamente o que esté teniendo lugar. En este sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2006 (LA LEY 150040/2006)⁴¹.
- peligrosa. Para su determinación, debe llevarse a cabo un juicio de previsibilidad objetiva, es decir, que es necesario que en un juicio *ex ante* la lesión del bien jurídico agredido aparezca como una consecuencia no absolutamente improbable.
- inevitable si no se lleva a cabo la defensa.

Este requisito constituye un elemento esencial de la causa de justificación de legítima defensa. En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 2006 (LA LEY 150040/2006)⁴².

3. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. Este requisito se traduce en que si el defensor tiene a su disposición varios medios seguros y suficientes para repeler la agresión, debe emplear el medio menos lesivo para el agresor (principio de menor lesividad). Así, para la valoración de este requisito, el juez debe adoptar una perspectiva objetiva *ex ante*, es decir, que el juez debe colocarse en el lugar del defensor en el momento en que la agresión ilegítima sea inminente o se inicie y tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto,

“estado de necesidad defensiva”, necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados».

⁴¹ Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 2006 (LA LEY 150040/2006): «Como requisitos de la agresión ilegítima se ha señalado que debe ser actual o inminente, pues solo así se explica el carácter necesario de la defensa. No existirá, pues, una auténtica agresión ilegítima que pueda dar paso a una defensa legítima cuando la agresión ya haya finalizado, ni tampoco cuando ni siquiera se haya anunciado su inmediato comienzo».

⁴² Fundamento Jurídico Noveno de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 2006 (LA LEY 150040/2006): «La cuestión planteada ha quedado resuelta en el Fundamento Jurídico Cuarto de esta sentencia de casación, en cuanto ha sido descartada la concurrencia de legítima defensa completa o incompleta al no estimar la existencia de una agresión ilegítima actual o inminente de la que se derivase la necesidad de actuar en defensa».

como la rapidez e intensidad de la agresión, las características y medios utilizados del agresor, los medios que tenía a su disposición el agredido para su defensa, el estado de ánimo del agredido, etc. Así, como se desprende de la propia regulación y como viene defendiendo un sector de la doctrina y la jurisprudencia, este requisito de la eximente de legítima defensa, no exige proporcionalidad entre los bienes jurídicos implicados en la defensa, esto es, el bien jurídico agredido y el bien jurídico menoscabado con la acción defensiva, ni entre los medios empleados por el agresor y el defensor, ni, finalmente, entre el daño causado por el defensor y el que se trataba de evitar con la defensa.

Al contrario que los otros dos requisitos de la causa de justificación de legítima defensa, este requisito constituye un elemento inesencial de la misma, lo que se traduce en que en el caso de su no concurrencia, se podría apreciar la eximente incompleta de legítima defensa.

4. Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Para que la provocación sea suficiente, ha de constituir una conducta ilícita y guardar proporción o equivalencia con la respuesta agresora.

Al igual que el requisito anterior, este requisito constituye un elemento inesencial de la causa de justificación de legítima defensa.

2. Elementos subjetivos. Como elementos esenciales de la eximente de legítima defensa, el primer elemento subjetivo consiste en que el defensor actúe con conocimiento y voluntad de la concurrencia de los elementos objetivos de la causa de justificación. Como elemento subjetivo adicional, nos encontramos con el requisito de que el defensor ha de actuar, además, con la finalidad de evitar la lesión del bien jurídico amenazado por la agresión ilegítima, esto es, ha de actuar con voluntad de defensa.

En el presente caso, tanto la defensa de D. Carmelo como la defensa de D.^a Visitación alegan la concurrencia de esta eximente de la responsabilidad criminal. La Audiencia de Navarra (Sección 2^a) considera que, con respecto a D. Carmelo, la eximente incompleta de legítima defensa no concurre puesto que no se cumple el requisito de la existencia de una agresión ilegítima previa (probada) al acto típico amparado por la legítima defensa. Respecto a D.^a Visitación, la Audiencia Provincial de Navarra (Sección

2ª) estima que concurre la eximente incompleta de legítima defensa⁴³ puesto que no concurriría el requisito de necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, al existir, en su reacción, «un exceso o desproporción en la defensa»⁴⁴.

Respecto a esto último, no puedo sino expresar mi oposición, puesto que considero que dicho requisito de la causa de justificación de legítima defensa sí concurriría, ya que D.^a Visitación empleó el único medio a su alcance, teniendo en cuenta que estaba siendo lesionada y amenazada en su propio domicilio, cuya puerta, además, había sido cerrada y cuyas cortinas habían sido bajadas por D. Carmelo. Así, D.^a Visitación simplemente aprovechó la ocasión en que D. Carmelo dejó, momentáneamente, el cuchillo de cocina con el que la estaba amenazando y lo empleó en su defensa.

En cuanto a la proporcionalidad, debemos recordar que la regulación de la eximente de legítima defensa no lo exige⁴⁵ y que aunque el juzgador así lo considerara, como estima un sector de la doctrina (MUÑOZ CONDE⁴⁶) y la jurisprudencia⁴⁷, tal desproporción no se daría, puesto que, por un lado, los bienes jurídicos en peligro serían la vida, la integridad física, la libertad y la libertad sexual, mientras que, por otro lado, el bien jurídico lesionado como consecuencia de la acción defensiva sería la integridad

⁴³ Fundamento Jurídico Séptimo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) de fecha 29 de noviembre de 2019: «La defensa de D. Carmelo solicita que se aprecie la eximente incompleta de legítima defensa.

No cabe apreciarla, pues la agresión ilegítima constituye un *prius fáctico* de la legítima defensa incompleta. Y en el supuesto aquí enjuiciado, la agresión la inició precisamente el Sr. Carmelo. No ha resultado acreditado ningún ataque anterior de la Sra. Visitación al Sr. Carmelo que justificara la conducta de este acusado.

Al contrario, D.^a Visitación le lanza una cuchillada tras haber sido agredida y amenazada, como se recoge en el relato de hechos probados, lo que inviabiliza acoger la eximente incompleta, que, sin embargo, sí concurre en el delito de lesiones con uso de instrumento peligroso cometido por esta coacusada».

⁴⁴ Fundamento Jurídico Séptimo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) de fecha 29 de noviembre de 2019.

⁴⁵ Además de un sector de la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», en *Curso de Derecho penal español. Parte General*, CEREZO, volumen II, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2003, p. 235, expone que: «La reacción defensiva puede ir todo lo lejos que sea necesario para impedir o repeler la agresión al bien jurídico y al ordenamiento jurídico. Es lícito causar lesiones corporales o dar muerte al agresor si es estrictamente necesario para impedir o repeler un ataque a la libertad, la libertad sexual, el honor o la propiedad». Asimismo, se pronuncia en este sentido VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa ...», *cit.*, pp. 227 y ss.

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 9ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 350: «La racionalidad del medio empleado, que exige la proporcionalidad, tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión. Es decir, la entidad de la defensa, una vez que ésta sea necesaria, es preciso que se adecue a la entidad de la agresión, de lo contrario no habría justificación plena y, todo lo más, vendría en consideración la eximente incompleta (*exceso intensivo*)».

⁴⁷ En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 21 de noviembre de 2007 (LA LEY 193630/2007), de 16 de diciembre de 2009 (LA LEY 254347/2009), de 4 de marzo de 2011 (LA LEY 6090/2011) y de 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 192225/2012).

física. Además, el medio empleado por el agresor y la defensora sería exactamente el mismo y el daño causado por la defensora (lesiones consumadas) sería menor que el daño que se trataba de evitar con la defensa (posible delito de homicidio o asesinato y posible delito contra la libertad sexual).

En definitiva, considero que en el presente caso y con respecto a D.^a Visitación concurre la eximente completa de legítima defensa.

VI. CONCLUSIONES

Con base en las consideraciones contenidas en el presente Dictamen, y sobre los extremos objeto de Consulta, la Letrada que suscribe formula las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- El recurso procedente contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) de fecha 29 de noviembre de 2019 es el recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en virtud de los artículos 73.3.c) de la LOPJ y 846 *ter*.1 de la LECrim.

SEGUNDA.- En dicho recurso de apelación, se podría alegar, como acusación particular y con referencia al delito de maltrato habitual, el cual la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª) no estima probado, el motivo de error en la apreciación y valoración de las pruebas, previsto en el artículo 790.2 de la LECrim.

TERCERA.- En el presente caso y respecto a D.ª Visitación, nos encontraríamos ante un delito de lesiones consumadas (artículo 147.1 del CP) y no un delito de homicidio en grado de tentativa (artículo 138.1 en relación con los artículos 16.1 y 62, todos ellos del CP), puesto que, tomando en consideración las circunstancias concurrentes en el caso y la jurisprudencia contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de febrero de 2003 (LA LEY 2001/2003), D.ª Visitación actuó con intención de lesionar (*animus laedendi*) y no intención de matar (*animus necandi*).

CUARTA.- En el presente caso y exclusivamente respecto a D.ª Visitación, concurriría la eximente completa de legítima defensa (artículo 20.4º del CP), puesto que se cumpliría el requisito de necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión (elemento inesencial de la causa de justificación de legítima defensa) porque D.ª Visitación empleó el único medio a su alcance, teniendo en cuenta que estaba siendo lesionada y amenazada en su propio domicilio, cuya puerta, además, había sido cerrada y cuyas cortinas habían sido bajadas por D. Carmelo. Asimismo, aunque ello no lo exige la regulación de la eximente de legítima defensa y así lo mantiene un sector de la doctrina (CEREZO MIR y VIZUETA FERNÁNDEZ) y la jurisprudencia, si el juzgador estimara que la causa de justificación de legítima defensa exige proporcionalidad (al igual que MUÑOZ CONDE), no se daría desproporción, puesto que, por un lado, los bienes jurídicos en peligro serían la vida, la integridad física, la libertad y la libertad sexual,

mientras que, por otro lado, el bien jurídico lesionado como consecuencia de la acción defensiva sería la integridad física. Además, el medio empleado por el agresor y la defensora sería exactamente el mismo y el daño causado por la defensora (lesiones consumadas) sería menor que el daño que se trataba de evitar con la defensa (posible delito de homicidio o asesinato y posible delito contra la libertad sexual).

Ésta es la opinión que emito como Dictamen y que somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza, a 12 de diciembre de 2019

Fdo. D.^a Kassandra Ekay Clavería

VII. ANEXO: BIBLIOGRAFÍA

ARMAZA ARMAZA, E. J., «Las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, ROMEO CASABONA *et al.* (coord.), Comares editorial, Granada, 2016, pp. 170-172.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, décima edición, Marcial Pons, Madrid, 2017.

CEREZO MIR, J., «La legítima defensa», en *Curso de Derecho penal español. Parte General*, CEREZO, volumen II, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 207-245.

LUACES GUTIÉRREZ, A.I., «Cuestiones controvertidas en torno a la competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, DE HOYOS (dir.), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 384.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 9ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 345-353.

ROMEO CASABONA, C. M., «El homicidio y sus formas», en *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, ROMEO CASABONA *et al.* (coord.), Comares editorial, Granada, 2016, pp. 22-24.

SOLA RECHE, E., «Delitos contra la libertad», en *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, ROMEO CASABONA *et al.* (coord.), Comares editorial, Granada, 2016, pp. 145-153.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «La legítima defensa y el estado de necesidad justificante», en *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del Delito*, ROMEO CASABONA *et al.* (coord.), Comares editorial, Granada, 2016, pp. 224-232.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J., «Las lesiones», en *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, ROMEO CASABONA *et al.* (coord.), Segunda Edición, Comares editorial, Granada, 2016, pp. 89-94.