



Trabajo de Fin de Grao  
Derecho 2019-20

---

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA  
CONFLICTIVA RELACIÓN DE  
ROCÍO Y ANTONIO

---

**Centro:** Facultad de Derecho UDC  
**Curso Académico:** 2019-20

**Autora:** Adela de Paz Otero

**Tutora:** María José Rodríguez Docampo

---

## Índice

<b>ABREVIATURAS</b> .....	4
<b>ANTECEDENTES DE HECHO</b> .....	5
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	7
<b>CAPÍTULO I: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONDUCTA DE ANTONIO</b> .....	8
<b>I.1. HECHOS</b> .....	8
<b>I.1.1.</b> Relativo a la pensión de alimentos .....	8
<b>I.1.2.</b> Relativo a las llamadas telefónicas que Antonio realiza .....	10
<b>I.1.2.a).</b> <i>Sobre la orden de protección</i> .....	10
<b>I.1.2.b).</b> <i>Sobre los insultos</i> .....	12
<b>I.1.2.c).</b> <i>Sobre las amenazas</i> .....	14
<b>I.1.2.c.i.</b> <i>Circunstancia mixta de parentesco</i> .....	15
<b>I.1.2.d).</b> <i>Valor probatorio de la grabación</i> .....	16
<b>I.1.3.</b> Relativo al encuentro de Antonio con el “Pistolas” .....	16
<b>I.1.3.a).</b> <i>Sobre la compra del arma</i> .....	16
<b>I.1.3.b).</b> <i>Sobre la adquisición de pasaporte falso</i> .....	18
<b>I.1.4.</b> Relativo a la entrada en el domicilio .....	19
<b>I.1.4.a).</b> <i>Del delito de allanamiento de morada</i> .....	19
<b>I.1.5.</b> Relativo al quebrantamiento de medida cautelar .....	21
<b>I.1.6.</b> Relativo al ataque a Rocío .....	21
<b>I.1.6.a).</b> <i>Sobre la alevosía</i> .....	22
<b>I.1.6.b).</b> <i>Sobre la tentativa</i> .....	25
<b>I.1.6.c).</b> <i>Atenuante de estado pasional</i> .....	26
<b>I.1.6.d).</b> <i>Circunstancia mixta de parentesco</i> .....	26
<b>I.1.7.</b> Relativo a la muerte de Pepe .....	26
<b>I.1.7.a).</b> <i>Intención de matar</i> .....	26
<b>I.1.7.b).</b> <i>¿Homicidio agravado o asesinato?</i> .....	28
<b>I.1.8.</b> Relativo a la muerte de Francisco .....	29
<b>I.1.8.a).</b> <i>Circunstancia mixta de parentesco</i> .....	30
<b>I.1.9.</b> Relativo a la huida a Berlín .....	30
<b>I.2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA</b> .....	30
<b>I.3.1.</b> Delito de impago de pensiones .....	30
<b>I.3.2.</b> Orden de protección .....	30
<b>I.3.3.</b> Delito leve de injurias .....	31
<b>I.3.4.</b> Delito de amenazas y delito de quebrantamiento de condena .....	31
<b>I.3.5.</b> Delito de tenencia de armas y delito de falsificación de documento oficial .....	31
<b>I.3.6.</b> Delito de allanamiento de morada, delito de asesinato intentado y dos delitos de homicidio agravado .....	31
<b>I.3. ORDEN DE DETENCIÓN Y ENTREGA</b> .....	32
<b>I.4. CONCLUSIÓN SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONDUCTA DE ANTONIO</b> .....	33
<b>CAPÍTULO II: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONDUCTA DE ROCÍO</b> .....	34
<b>II.1. HECHOS</b> .....	34
<b>II.1.1.</b> Relativo al incumplimiento del régimen de comunicación y visitas .....	34

<b>II.1.1.a).</b> <i>Vía Civil</i> .....	34
<b>II.1.1.b).</b> <i>Vía Penal</i> .....	35
<b>II.1.2.</b> Relativo a la impugnación de la paternidad de Francisco .....	36
<b>II.1.3.</b> Relativo a la posibilidad de resarcimiento económico para Antonio por el ocultamiento de la verdadera filiación biológica del menor por parte de Rocío ....	37
<b>II.2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA</b> .....	40
<b>II.3.1.</b> Demanda de ejecución de sentencia de divorcio .....	40
<b>II.3.2.</b> Demanda de impugnación de filiación .....	40
<b>II.3.3.</b> Demanda en reclamación del daño moral .....	40
<b>II.3. CONCLUSIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONDUCTA DE ROCÍO</b> .....	40
<b>CAPÍTULO III: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONDUCTA DEL “PISTOLAS”</b> .....	41
<b>III.1. HECHOS</b> .....	41
<b>III.1.1. Relativo a la venta del arma</b> .....	41
<b>III.1.1.a).</b> <i>Del delito de tráfico de armas</i> .....	41
<b>III.1.1.b).</b> <i>Del delito de tenencia ilícita de armas</i> .....	41
<b>III.1.1.c).</b> <i>Infracción Administrativa</i> .....	42
<b>III.1.2.</b> Relativo a la falsificación del pasaporte .....	42
<b>III.1.3.</b> Relativo a la participación del “Pistolas” en los delitos de homicidio y asesinato.....	42
<b>III.3. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA</b> .....	44
<b>III.3. CONCLUSIÓN SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONDUCTA DEL “PISTOLAS”</b> .....	44
<b>CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES</b> .....	45
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	49
<b>APÉNDICE JURISPRUDENCIAL</b> .....	52

### Índice de tablas

Tabla 1. Conclusión sobre las consecuencias jurídicas de la conducta de Antonio .....	33
Tabla 2. Conclusión sobre las consecuencias jurídicas de la conducta de Rocío.....	40
Tabla 3. Conclusión sobre las consecuencias jurídicas de la conducta del "Pistolas" ...	44

**ABREVIATURAS**

<b>AAP</b>	Auto de la Audiencia Provincial
<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>art.</b>	Artículo
<b>arts.</b>	Artículos
<b>ATS</b>	Auto del Tribunal Supremo
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CP</b>	Código Penal
<b>EM</b>	Estado miembro
<b>EEMM</b>	Estados miembros
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LECrim</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<b>LOPJM</b>	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
<b>LOPIVG</b>	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
<b>RA</b>	Reglamento de Armas
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>SAP</b>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<b>ss.</b>	Siguientes
<b>ST</b>	Sentencia
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>STSJ</b>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>UE</b>	Unión Europea

**ANTECEDENTES DE HECHO**

Tras dos años de noviazgo, Rocío y Antonio, ambos españoles y mayores de edad, deciden contraer matrimonio en 2011. El mismo año de la boda nace Francisco, el único hijo de la pareja.

La familia convive en el domicilio conyugal sin que se produzca percance alguno relevante hasta el año 2016, año en el que Rocío dice no sentirse enamorada de su marido y que por ello quiere divorciarse. Pese a que Antonio intenta en varias ocasiones convencerla de lo contrario, a finales de 2016 se divorcian y se establece un régimen de visitas, comunicación y estancia respecto del menor y una pensión de alimentos también para éste. Ambas cosas se establecieron de común acuerdo en el convenio regulador. Antonio, que no supera la ruptura, decide abandonar A Coruña e irse a trabajar a Madrid para poder empezar una nueva vida a principios de 2017.

Ya instalado en Madrid, Antonio no cumple con la pensión de alimentos ya que, aunque abona la suma mensual establecida siempre lo hace con retraso. Tanto es así, que en una ocasión dejó de pagar la pensión mensual establecida durante tres meses consecutivos, si bien al cuarto mes ingresó todo lo adeudado, incluido el cuarto mes, en un solo pago. De esta manera iba poniéndose al día en los pagos, pero a su ritmo. Esta forma de actuar generaba múltiples discusiones con su expareja. Para presionarlo y que pagase las mensualidades, Rocío no le dejaba ver a su hijo Francisco cuando le correspondía.

Antonio se desplazaba a A Coruña para verlo en las fechas acordadas, pero justamente esos días Rocío siempre buscaba una excusa para no entregarle al niño o dejarle que lo viera –que si está en un cumpleaños de un amigo, que si está en casa de los abuelos en la aldea, etc-. Tampoco le permitía hablar con Francisco por teléfono, argumentando que estaba ya dormido o haciendo los deberes.

La relación entre Rocío y Antonio se complica cuando a finales de 2017, Antonio descubre que Rocío tiene una nueva relación sentimental con Pedro, un compañero de trabajo de Rocío. Casualmente, su hijo Francisco de 6 años, y Pedro, la nueva pareja de Rocío, tienen un considerable parecido físico entre ellos. Antonio se da cuenta de esto y comienza a hacer preguntas a los familiares de ella y a ciertas amistades que antes lo fueron comunes y ahora ambos conservan por separado. Como resultado de esas caseras investigaciones, Antonio llega a la conclusión de que Rocío mantuvo una relación paralela con Pedro al mismo tiempo que estaba casada con él. Y, además, esa relación paralela coincidiría con las fechas de concepción y nacimiento de Francisco.

Antonio, enfurecido por el convencimiento de que Francisco no es su hijo biológico, sino que es fruto de la infidelidad de su exmujer Rocío, realiza desde Madrid varias llamadas telefónicas a Rocío. En las ocasiones en las que ella le contestaba al teléfono, Antonio la amenazaba y la insultaba. En las grabaciones que Rocío hizo de un par de llamadas, puede oírse claramente como Antonio le dice, entre otras cosas, “No entiendo cómo me has podido hacer esto. Te mereces morir, puta. Ya no es sólo por todo el dinero que me he gastado en el hijo de otro, es por la vergüenza que me estás haciendo pasar. Más te vale que no te vuelva a ver en la vida, porque si te pillo te mato, a ti y a todos Dios que se ponga delante”.

A principios de 2018, movido por la rabia y la impotencia, Antonio decide hablar con un viejo conocido del barrio llamado “El Pistolas” y comprarle ilegalmente un arma de fuego. Además, Antonio previendo que a lo mejor tenía que huir con premura en algún momento se hizo con un pasaporte falso que también le compró al “Pistolas” –que tenía muy buena mano para hacer falsificaciones-.

Ajena a todo lo que estaba planeando Antonio, Rocío vivía con normalidad con su hijo Francisco y su padre anciano, Pepe. El padre de Rocío había sufrido un ictus dos meses atrás y se encontraba postrado en la cama, sin apenas posibilidad de moverse, ni incluso hablar.

A mediados de 2018, allá por el mes de agosto, y tras haber dejado de recibir las llamadas insistentes y amenazantes de Antonio desde el mes de junio, éste irrumpe sorprendentemente en el domicilio de Rocío – quien seguía viviendo en el que había sido la vivienda común de ambos-. Se produce entre Antonio y Rocío una fuerte discusión y el pequeño Francisco, que se encontraba en casa, atemorizado se esconde en la habitación de su abuelo, Pepe.

En el transcurso de la discusión, Rocío le reconoce a Antonio que el padre biológico de Francisco no es él, sino su actual pareja Pedro.; y es que efectivamente, Rocío mantiene una relación con este último de forma ininterrumpida desde incluso antes de su matrimonio con Antonio. Rocío sabe desde siempre que Francisco no es hijo de Antonio, pues ella y Pedro convinieron en hacerle una prueba de paternidad a Francisco poco después de su nacimiento. Pese a este conocimiento cierto, Rocío le oculta la verdad a Antonio.

Ante esta revelación y muerto de celos, Antonio saca el arma que llevaba en la chaqueta y dispara a su exmujer con la intención de matarla. Ella cae al suelo y pierde el conocimiento. Creyendo que está muerta, y mientras ella se desangra por causa de la herida que ha recibido en el estómago, Antonio se dirige a la habitación de Pepe. Allí, en primer lugar, dispara al abuelo indefenso y acto seguido dispara a Francisco, que se encontraba metido en la cama bajo las sábanas con Pepe. Ambos mueren en el acto.

Los vecinos, alarmados por los gritos y los disparos, llaman a la Guardia Civil que acude al domicilio. Una vez allí, encuentran al pequeño Francisco y a su abuelo muertos. Rocío, en cambio, todavía respira y llaman a una ambulancia para poder atenderla con urgencia en el CHUAC. Rocío, tras varias horas en quirófano, salva su vida.

Cuando la Guardia Civil llegó al lugar de los hechos, Antonio ya no estaba. Había salido por el garaje común del edificio, cogido el coche que había dejado aparcado en la parte trasera del inmueble y conducido hasta Alvedro. Allí tomó el vuelo que ya tenía comprado desde hacía un par de meses –de hecho, había comprado varios vuelos de ida a horas diferentes- y huye a Berlín. En esta ciudad vivía un amigo de Antonio, en cuya casa tenía pensado alojarse unos días antes de buscar dónde esconderse de forma más segura. En contra de lo que Antonio había planeado, una vez ingresa en la capital alemana, es interceptado y detenido por la Policía de ese país en el Aeropuerto Internacional de Tegel.

## INTRODUCCIÓN

La violencia de género es aquella que se dirige contra las mujeres por el hecho de serlo y es ejercida por un hombre contra una mujer que es o ha sido su cónyuge, o que está o ha estado relacionada con él por vínculo análogo al matrimonial, aún sin convivencia incluyéndose aquella violencia, que se dirige contra sus hijos menores de edad y los menores de edad sujetos a su tutela, o guarda y custodia. Esa violencia no es solo la física también la psicológica, e incluye las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Su origen se sitúa en la organización social de casi todas las civilizaciones, hecha sobre la tradicional estructura patriarcal. En virtud de la misma se fue asentando una discriminación entre hombres y mujeres, situando a éstas en una posición de inferioridad y sometimiento al varón.

En la actualidad, la violencia de género no es más que la manifestación de una de las consecuencias de la enorme desigualdad y del sometimiento en el que vivieron y aun viven muchas mujeres en el mundo. Está presente en diversos ámbitos, con múltiples formas y se manifiesta en distintos grados de intensidad. De ahí que la Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 entendiéndose que la violencia contra las mujeres es incompatible con la igualdad y el desarrollo de una sociedad en paz, a la vez que supone una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En España se han promulgado numerosas leyes para erradicar la violencia de género en todas sus manifestaciones. Mencionaremos dos de ellas por su trascendencia jurídica. En primer lugar, la Ley 27/2003 de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la Violencia Doméstica que constituyó una herramienta de suma importancia al permitir la protección integral, es decir física, económica, jurídica, social y policial, de las víctimas de malos tratos. En segundo lugar, debemos hacer una breve referencia a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, donde se introdujeron avances de singular trascendencia, poniendo de manifiesto una firme y clara toma de posición del Estado ante la violencia de género. En efecto, la Ley 1/2004 diseñó un marco integral de protección a las víctimas en tres ámbitos principalmente, el de prevención, el de protección y el penal. En este último se introdujeron modificaciones que sancionaban los actos de violencia de género de manera diferenciada y específica, introduciendo una serie de tipos agravados en los delitos de lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones, elevando a la categoría de delito cualquier agresión que constituya expresión de violencia de género.

Pues bien, parte de esas normas encaminadas a otorgar proteger a las víctimas de violencia de género, han de ser aplicadas al valorar las consecuencias jurídicas de la conflictiva relación de Antonio y Rocío.

## CAPÍTULO I: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONDUCTA DE ANTONIO

### I.1. Hechos

#### I.1.1. Relativo a la pensión de alimentos

La Constitución Española<sup>1</sup> (en adelante CE) proclama la protección de la familia como uno de los “*principios rectores de la política social y económica*”. El artículo 39 CE establece que “*los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica*” de la institución familiar, así como la “*protección integral de los hijos*”, indicando también que “*los padres deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*”.

En el ámbito civil las relaciones paterno filiales se regulan en el Título VII del Libro I del Código Civil<sup>2</sup> (en adelante CC) comprendiendo en dicha regulación los artículos 154 a 171 CC, que deben completarse con las normas establecidas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>3</sup> (en adelante LOPJM), en la que se establecen los principios básicos en esta materia y los Derechos y Deberes de los menores y sus progenitores; así como también completan la regulación en materia de protección de los hijos, las normas que disciplinan la regulación de la patria potestad.

Con el objeto de contribuir a esta protección jurídica de la familia, el Código Penal<sup>4</sup> (en adelante CP) tipifica bajo la rúbrica común de “*Delitos contra las relaciones familiares,*” una serie de infracciones penales que tiene en común la afectación al ámbito familiar. Y entre ellas se encuentra el delito de impago de pensiones alimenticias que está tipificado en el artículo 227, dentro de los delitos de que se refieren al abandono de familia (Libro II, Título XII, Capítulo III, sección tercera).

Comenzaremos el análisis de las consecuencias jurídicas de la conducta de Antonio indicando que ante cualquier impago de pensiones alimenticias se puede acudir a la Jurisdicción Civil interponiendo una demanda ejecutiva interesando que se ejecute la sentencia de divorcio, separación o medidas sobre hijos, que estableció la obligación del pago de la pensión de alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 699 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>5</sup> (en adelante LEC).

Cuando la conducta reúna los elementos contemplados en el art. 227 CP se estará ante un delito de impago de pensiones, siempre y cuando se haya interpuesto denuncia por parte del agraviado. Así, conforme a lo dispuesto en el art. 228 CP para la perseguibilidad penal de este delito es necesario que conste la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (en este caso Rocío actúa en representación de su hijo menor de edad) o del Ministerio

---

<sup>1</sup> Constitución Española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

<sup>2</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil, “Gaceta de Madrid” núm. 206, de 25 de julio de 1889.

<sup>3</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

<sup>4</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

<sup>5</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.



Fiscal (cuando el agraviado sea menor de edad o sea persona desvalida o discapacitado necesitado de especial protección).

No consta que en el caso Rocío haya interpuesto denuncia contra Antonio. Pese a ello, analizaremos las consecuencias jurídicas que tendrían los hechos en caso de que lo hubiese hecho.

El delito del art. 227 CP se configura como un delito de omisión pura y, por tanto, para su apreciación deben concurrir los elementos de esta clase de delito, la situación típica, la capacidad de acción y la ausencia de la acción esperada.

Antonio y Rocío contraen matrimonio en el año 2011, año en que nace su hijo Francisco. Por decisión de Rocío, y pese a los intentos de Antonio de que lo reconsidere, terminan divorciándose en el año 2016 dictándose a finales del mismo año sentencia en la que se aprueba el convenio regulador de sus efectos, entre los que fija la pensión de alimentos. Es decir, concurre en la conducta de Antonio, la situación típica ya que existe la obligación de pagar la prestación económica a favor de su hijo establecida en convenio aprobado judicialmente.

En cuanto a la capacidad de acción consideramos que es un elemento del tipo ya que las conductas descritas en el art. 227 CP sólo son punibles en la medida en que el obligado al pago pueda hacerlo<sup>6</sup>, evitando así convertir este delito en una “prisión por deudas”<sup>7, 8</sup>.

En el caso no se nos dice si Antonio tiene capacidad económica para pagar las pensiones. Si no la tuviese, no habría delito por falta de tipicidad objetiva. Sin embargo, consideramos que sí tenía esa capacidad. Es verdad que Antonio se trasladó a vivir a Madrid y que se vio en la necesidad de viajar con frecuencia a Coruña para ver a su hijo. Pero no se nos dice que se haya quedado sin trabajo o que hayan disminuido sus ingresos, y además su traslado tiene lugar justo después de la firma de sentencia de divorcio, por lo tanto, cuando pactó la pensión de alimentos ya sabía que sus gastos iban a aumentar.

Establecido que Antonio tenía capacidad económica, queda por analizar si omitió la acción esperada de pagar las mensualidades alimenticias, en la forma que contempla el art. 227 CP, es decir, si dejó de pagar “*durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica*”.

Antonio siempre ha pagado con retraso. Desde que se instala en Madrid nunca cumple puntualmente hasta el extremo que, en una ocasión, dejó de pagar la pensión mensual establecida durante tres meses consecutivos si bien al cuarto mes ingresó todo lo adeudado,

---

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 309.

<sup>7</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 59.

<sup>8</sup> En efecto, sobre el elemento subjetivo del tipo la STS de 29 de enero de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:661] señala que el TC en su Sentencia 340/2006 de 11 de diciembre recuerda que el contenido de la garantía significa que: “...ha de quedar asimismo suficientemente probado el elemento subjetivo del delito cuya comisión se le imputa, si bien es cierto que la prueba de este último resulta más compleja y de ahí que en múltiples casos haya que acudir a la prueba indiciaria pero, en cualquier caso, la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (...)”.

incluido el cuarto mes, en un solo pago. En realidad, siempre terminaba por pagar lo que debía, pero a su ritmo.

Cuando el obligado paga con retraso, deben valorarse todas las circunstancias de cada caso, de manera que, si ese retraso es mínimo, la conducta puede ser atípica por falta de lesión del bien jurídico protegido<sup>9</sup>.

Consideramos que Antonio no incurre en retrasos mínimos que deban ser tenidos como insignificantes. No estamos ante un retraso puntual. Antonio nunca ha pagado en la forma acordada en la sentencia de divorcio e incluso, en una ocasión, supera el plazo de dos meses que contempla el art. 227.1 CP.

El retraso en que incurre Antonio no es irrelevante, ya que si tenemos en cuenta que es un dinero destinado a satisfacer necesidades básicas del hijo, como alimentación, vestido, suministros de luz, agua, etc., y que es posible que el progenitor que tiene la custodia no pueda satisfacer esos gastos por sí solo, los retrasos de Antonio son aptos para perjudicar el bienestar del beneficiario, su hijo, ya que se producen todos los meses y, al menos en una ocasión, por un período de tiempo prolongado.

Además, el delito no solo tutela el bienestar de los menores, también tutela la obligatoriedad del cumplimiento de las resoluciones judiciales<sup>10</sup>. Y el cumplimiento del pago de la pensión alimenticia no solo exige el pago propiamente dicho, también es exigible que el pago se realice en el plazo fijado en la sentencia.

Queda por valorar las consecuencias jurídicas del pago que Antonio efectúa regularizando lo adeudado. A este respecto en el art. 227.3 CP se establece que la reparación del daño comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas. En este sentido, asumiendo que consta denuncia de la parte agraviada y que Antonio tiene capacidad económica para hacer frente al pago, la regularización no evitaría el delito -que ya había cometido con los retrasos constantes y el impago durante tres meses-, si bien podría tenerse como una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal apreciándose como la atenuante de reparación del daño del art. 21.5 CP.

En conclusión, Antonio es autor de un delito de impago de pensiones del art. 227.1 CP.

### **I.1.2. Relativo a las llamadas telefónicas que Antonio realiza**

#### **I.1.2.a). Sobre la orden de protección**

---

<sup>9</sup> En la STS de 13 de febrero de 2001 [ECLI:ES:TS:2011:970] se afirma que “*en los casos de cumplimiento parcial del débito económico debe rechazarse cualquier formal automatismo que convierta en acción típica todo lo que no sea un íntegro y total cumplimiento de la prestación económica. La antijuridicidad material de la conducta -y no sólo la antijuridicidad formal de su subsunción típica- exige la sustancial lesión del bien jurídico protegido. De ahí que ni todo abono parcial de la deuda conduce a la atipicidad de la conducta, ni ésta se convierte en delictiva cuando lo insatisfecho es de tan escasa importancia en relación con lo pagado que resulta irrelevante para integrar el delito del art. 227.1 del CP*”.

<sup>10</sup> VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup>.L., BORJA JIMÉNEZ, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 329.

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica<sup>11</sup>, introduce la figura de la orden de protección en nuestro ordenamiento jurídico a través del art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>12</sup> (en adelante LECrim).

Si bien el art. 544 ter LECrim se refiere a víctimas de violencia doméstica, el art. 62 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>13</sup> (en adelante LOPIVG), amplía expresamente su aplicación a las víctimas de violencia de género, enumeradas en la letra a) del art. 87 ter 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>14</sup> (en adelante LOPJ).

La orden de protección respondió a la necesidad de procurar a la víctima una protección integral, pudiendo acordarse tanto medidas que impiden la aproximación del agresor a la víctima, como medidas civiles orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil.

En el supuesto de hecho analizado, se nos dice el matrimonio que Antonio y Rocío habían contraído en el año 2011, termina en el año 2016 sin que Antonio estuviese conforme, actitud de falta de aceptación que suele ser el detonante de múltiples conflictos de todo orden en el ámbito de las relaciones de pareja.

En el caso, además, Antonio sospecha que no es el padre biológico de Francisco lo que termina por precipitar los acontecimientos iniciándose una serie de llamadas telefónicas en las que reitera en múltiples ocasiones, expresiones y amenazas como las siguientes: “*No entiendo cómo me has podido hacer esto. Te mereces morir, puta. Ya no es sólo por todo el dinero que me he gastado en el hijo de otro, es por la vergüenza que me estás haciendo pasar. Más te vale que no te vuelva a ver en la vida, porque si te pillo te mato, a ti y a todos Dios que se ponga delante*”.

Consideramos que se dan los requisitos para adoptar la orden de protección, ya que en primer lugar existe una situación objetiva de riesgo para la vida e integridad física de Rocío (*periculum in mora*) y en segundo lugar hay indicios sólidos de que Antonio ha cometido uno delito de los contemplados en el art. 544 ter 1 LECrim (*fumus boni iuris*)<sup>15</sup>, al poder aportar Rocío dos grabaciones en las que se recogen esas amenazas.

---

<sup>11</sup> Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

<sup>12</sup> Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

<sup>13</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

<sup>14</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

<sup>15</sup> 544 ter 1 LECrim: delitos contra la vida, integridad física o moral, la libertad sexual, la libertad o la seguridad de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP: es decir, contra el cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; los descendientes de la víctima, sus ascendientes o hermanos, propios o del cónyuge o conviviente, los menores o incapaces que convivan con la víctima o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, así como cualquier persona que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

El cuanto al contenido de la orden de protección, aúna las distintas medidas cautelares de amparo y tutela a las víctimas de delitos de violencia doméstica y de género, ya sean de naturaleza civil<sup>16</sup>, penal<sup>17</sup> o administrativa, con el fin de otorgar a las mismas un estatuto integral de protección a través de un único procedimiento judicial, sustanciado ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

En conclusión, la conducta de Antonio justifica el dictado de una orden de protección respecto a Rocío, en la que, entre otras medidas, se impondría la prohibición de aproximarse a menos de mil metros de Rocío, de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier lugar que frecuente con habitualidad y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio. Éstas prohibiciones se mantendrán en tanto el procedimiento no termine por resolución firme o se dejen sin efecto.

### **I.1.2.b). Sobre los insultos**

De nuevo, y en virtud del art. 173.4 CP, estos hechos solo pueden ser perseguidos mediante la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. No consta que Rocío presentase denuncia, pero en caso de que la hubiese presentado, la calificación jurídica de los hechos sería la que procedemos a exponer.

La injuria es la “acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación” (art. 208 CP). Es una de las figuras delictivas previstas en el CP para proteger el bien jurídico del honor<sup>18</sup>. Castiga aquellos ataques al honor merecido, a través de la imputación de hechos mendaces, pero también las expresiones, opiniones o valoraciones que suponen un ataque frontal a la pretensión de respeto inmutable al honor<sup>19</sup>.

Se distingue entre injurias graves y leves.

Si la injuria es grave se castiga como delito del art. 208 CP. Si es leve, la conducta es atípica. Con la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, desaparece la falta de injurias entre particulares, que era la que castigaba penalmente las injurias leves, quedando por tanto fuera del ámbito de aplicación de la Ley penal y pasando al ámbito civil. Se considera que se trata de ofensas de carácter privado cuya reparación sólo puede exigirse en la vía jurisdiccional o mediante actos de conciliación.

---

<sup>16</sup> Sin perjuicio de las medidas contenidas en el art. 158 CC, se pueden adoptar las siguientes de acuerdo con el art. 544 ter 7 LECrim: atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar; régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos; régimen de prestación de alimentos; cualquier medida que se considere oportuna para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. Estas medidas tienen una vigencia temporal y su efectividad está condicionada a que se inste un proceso de familia ante la jurisdicción civil y a que el Juez competente para conocer del mismo (Juez de Primera Instancia o Juez de Violencia sobre la Mujer, si se dan los requisitos del art. 87 ter 3 LOPJ) mantenga las medidas cautelares adoptadas. Transcurridos 30 días desde su adopción sin que se hubiere acudido al juez civil, se alzarán las mismas.

<sup>17</sup> El art. 544 ter 6 LECrim establece la posibilidad de adoptar cualesquiera medidas cautelares previstas en la legislación procesal penal (entre otras, las recogidas en los arts. 13 y 544 bis LECrim), debiendo atenderse a la proporcionalidad de la situación y su necesidad, por ejemplo: prisión provisional, prohibición del agresor de residir en determinado lugar, prohibición de acudir a determinados lugares, prohibición de aproximarse o comunicarse, expulsión del agresor del domicilio familiar, retirada de armas u otros objetos peligrosos...

<sup>18</sup> DE PABLO SERRANO, A.: *Honor, injurias y Calumnias. Los delitos contra el honor en el Derecho histórico y en el Derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 252.

<sup>19</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier Libros, Barcelona, 2015, p. 192.

Solo persiste un supuesto en que la injuria o vejación injusta es relevante penalmente, el contemplado en el art. 173.4 CP, es decir, si va dirigida contra las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP, esto es, las personas que gozan de especial protección en el ámbito de la violencia de género o de la violencia doméstica o personas especialmente vulnerables.

La doctrina jurisprudencial ha señalado que la diferencia entre las injurias leves y las graves es esencialmente circunstancial, y que “*solo podrán tener la consideración de graves aquellas que sean tenidas en el concepto público por graves*” correspondiendo al ponderado criterio judicial trazar la línea delimitadora atendiendo al contenido de las expresiones y a las circunstancias de personas, de tiempos, de lugar, de ocasión, etc., debiendo atenderse al criterio jurisprudencial que obliga a tener en cuenta la circunstancia concreta en que se produce cada expresión o término; siendo así que manifestar que una vecina se apropia de dinero de la comunidad fue considerado injuria leve<sup>20</sup>, así como la expresión “cornudo”<sup>21</sup> o la expresión “cobarde”<sup>22</sup>.

Hay que valorar, que Antonio y Rocío mantienen una relación muy complicada, no sólo por el divorcio y el pago atrasado de las pensiones alimenticias, sino que además los insultos se producen cuando Antonio comienza a sospechar que su hijo en realidad es de otra persona. El término “puta” que Antonio dirige a Rocío varias veces no puede ser tenido más que como un insulto pues, en lenguaje coloquial, tiene un clara connotación denigratoria<sup>23</sup>. Dado que Antonio y Rocío habían estado casados la conducta se corresponde con el delito leve de injurias (art. 173.4 CP),

Para calificar la conducta de Antonio como dolosa -y constitutiva del referido delito-, no hace falta un especial ánimo de ofender<sup>24</sup>, es suficiente con que sepa que llamar “puta” es ofensivo.

Debe apreciarse la continuidad delictiva en base al art. 74.1 y 3 CP donde se establece que si, aprovechando idéntica ocasión, se realiza una pluralidad de acciones que ofendan a un sujeto o infrinjan el mismo precepto penal, se castigará como autor de un delito continuado, con la pena señalada para la infracción más grave.

En el caso concreto, Antonio reiteró esa descalificación al menos en las dos ocasiones que quedaron grabadas. No se pueden tener en cuenta el resto de las ofensas a que se refiere el supuesto analizado si bien se nos dice que eran “insultos”, no se precisa la expresión utilizada y por lo tanto no puede valorarse su alcance.

En todo caso, pese a que el bien jurídico protegido es el honor, es decir, un bien eminentemente personal, se entiende que concurren los requisitos necesarios para apreciar la continuidad delictiva por cuanto hay una pluralidad de actos -aun teniendo sólo en cuenta las dos llamadas que fueron grabadas- y se da también una unidad de acción (SSTS de 15 de junio 2005<sup>25</sup> y 2 de octubre de 2006<sup>26</sup>, entre otras).

---

<sup>20</sup> STS de 27 de enero de 2001 [ECLI:ES:TS:2001:440].

<sup>21</sup> STS de 8 de abril de 1989 [ECLI:ES:TS:1989:8261].

<sup>22</sup> STS de 5 de diciembre de 1981 [ECLI:ES:TS:1981:4606].

<sup>23</sup> Considerándose como tal en la primera acepción de la RAE para el término.

<sup>24</sup> DE PABLO SERRANO, A.: *Honor, injurias y Calumnias. Los delitos contra el honor en el Derecho histórico y en el Derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 256.

<sup>25</sup> STS de 15 de junio de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:3921].

Así, Antonio comete un delito leve continuado de injurias en el ámbito familiar del art. 173.4 en relación con el art. 74.1 y 3 CP.

### I.1.2.c). *Sobre las amenazas*

La LOPIVG, en su art. 37 modificó el art. 153 CP que incrementó la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a el por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigaron como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad. Al respecto, nos limitaremos a indicar que el TC desestimó o inadmitió todas las cuestiones de inconstitucionalidad que se interpusieron contra esta diferenciación de tipos delictivos por razón de quien fuese el sujeto pasivo del delito<sup>27</sup>.

Como hemos indicado, las llamadas que de forma reiterada dirige Antonio a Rocío, expresaban una clara una intención de terminar con su vida.

La acción de “amenazar”, para que sea constitutiva de delito, consiste en exteriorizar un propósito que ha de constituir un mal futuro, con apariencia de seriedad y firmeza, susceptible de causar intimidación sobre su destinatario<sup>28</sup>. El mal ha de ser ilícito si bien, en las amenazas condicionales también puede ser un mal lícito. El sujeto activo ha de exteriorizar su propósito intimidando al sujeto pasivo de modo que haga creer que es real, serio y persistente<sup>29</sup>. La conducta debe tener la entidad suficiente como para merecer una contundente repulsa social, que fundamente razonablemente el juicio de antijuridicidad de la acción y su calificación como delictiva (STS de 28 de octubre de 2011<sup>30</sup>).

En el caso concreto, se entiende que Antonio intimida a Rocío con quitarle la vida a ella, a su familia y a todo aquel que trate de defenderla. La expresión empleada parece seria, firme y creíble si tenemos en cuenta que Antonio está enfurecido por el convencimiento de que Francisco no es su hijo, lo que además de haberle supuesto un gran gasto económico, le causa vergüenza.

Las amenazas que Antonio dirige a Rocío tienen entidad suficiente como para merecer repulsa social pero hay que decidir si se trata de una amenaza grave que constituye delito del art. 169 CP o una amenaza leve<sup>31</sup> que, dada la relación matrimonial que habían mantenido Antonio y Rocío, sería delito del art. 171.4 CP, es decir, aunque las amenazas sean leves, se castigaría como delito por tratarse de un supuesto de violencia de género.

La gravedad o levedad de la amenaza “*ha de valorarse en función de la ocasión en que se profiere, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y posteriores. La diferencia es, por tanto, circunstancial, radica en la mayor o menor intensidad del mal con que se*

---

<sup>26</sup> STS de 2 de octubre de 2006 [ECLI:ES:TS:2006:5836].

<sup>27</sup> STC de 14 de marzo de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:45]. SSTC de 21 de julio de 2009 [ECLI:ES:TC:2009:177], [ECLI:ES:TC:2009:178], [ECLI:ES:TC:2009:179], [ECLI:ES:TC:2009:180] y de 27 de octubre [ECLI:ES:TC:2009:201], [ECLI:ES:TC:2009:202] y [ECLI:ES:TC:2009:203].

<sup>28</sup> VELÁZQUEZ BARÓN, A.: *Las amenazas*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 10.

<sup>29</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 144.

<sup>30</sup> STS de 28 de octubre de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:7468].

<sup>31</sup> RAMÓN RIVAS, E.: *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 106 a 107.

*amenaza para el bien jurídico protegido, justificándose la condena de causar el mal con el que se amenazaba<sup>32</sup>”.*

En el supuesto analizado podríamos estar ante una amenaza leve en el ámbito de la pareja si tenemos en cuenta las circunstancias anteriores y simultáneas a los hechos. Así, el motivo de las amenazas es que Antonio sospecha de su paternidad y está muy enfadado. Además, cuando expresa “te mereces morir” no está expresando una firme intención de hacerlo, y cuando dice “que no te vuelva a ver” parece que deja en el aire la amenaza, supeditada a encontrarse con ella. Ahora bien, en atención a los hechos posteriores, parece que debemos inclinarnos hacia el delito del art. 169 CP. En este sentido Antonio, como había anunciado, terminó por disparar contra Rocío y por matar a su padre y al menor Francisco. Parece que sí tenía el firme propósito de terminar con sus vidas.

Por todo ello, la conducta sería constitutiva de un delito de amenazas graves del art. 169.2 CP. Se trata de una amenaza no condicional del párrafo 2º del art. 169. Le dice que la matará si la vuelve a ver, pero en realidad, que la vea o no, no depende de Rocío. Ella puede tener cuidado de encontrarse con él, pero nada más, y prueba de ello es que es Antonio quien irrumpe en su casa y atenta contra su vida.

Como sucedía con las injurias, en el delito de amenazas también debe apreciarse la continuidad delictiva del art. 74.1 y 3 CP dado que Antonio reiteró esa intimidación en varias ocasiones.

#### **I.1.2.c.i. Circunstancia mixta de parentesco**

En el CP encontramos varias circunstancias que modifican la responsabilidad. Así, están las *causas que eximen de la responsabilidad criminal* (arts. 19 y 20), las que *atenúan la responsabilidad criminal* (art. 21), las que *agravan la responsabilidad criminal* (art. 22) y, por último, la *circunstancia mixta de parentesco* (art. 23).

De acuerdo con el precepto que la regula se trata de una circunstancia que *puede atenuar o agravar la responsabilidad por ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente*. Para apreciar esta circunstancia hay que atender a la naturaleza y los efectos del delito perpetrado.

El parentesco como agravante, de acuerdo con la doctrina, se basa en que al cometer el delito el sujeto activo no está a la altura de las expectativas sociales, jurídico-civiles o fácticas (de respeto y ayuda mutua), derivadas de la relación parental con la víctima, de donde se desprende un superior injusto. El fundamento de la agravante de género reside, en cambio, en la mayor reprochabilidad. La agravación por parentesco sirve, pues, para acentuar la prohibición de delinquir contra personas respecto a las que existe una obligación de protegerlas; además de compensar la mayor facilidad de comisión del hecho, en ocasiones vinculada a la confianza mutua propia de la relación parental<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> STS de 31 de octubre de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:6674].

<sup>33</sup> SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: “Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco” en *Revista Penal*, nº 44, 2019, p. 202.

Por ello, dado que el delito de amenazas que Antonio comete se dirige a la que ha sido su mujer, concurre la circunstancia mixta de parentesco como circunstancia agravante.

#### **I.1.2.d).** *Valor probatorio de la grabación*

El Tribunal Supremo (en adelante TS) en su Sentencia de 15 de julio de 2016<sup>34</sup>, sobre la utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, recoge las conclusiones<sup>35</sup> de la doctrina jurisprudencial al respecto:

- 1º. La utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.
- 2º. Tampoco vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores.
- 3º. Vulneran el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia incurrir en nulidad probatoria, cuando se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño, salvo los supuestos de grabaciones autorizadas por la autoridad judicial conforme a los arts. 588 y ss. LECrim.
- 4º. No vulneran el derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular.
- 5º. Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes.
- 6º. La doctrina jurisprudencial prescinde de calificar las manifestaciones realizadas por el inculpado en estas grabaciones como confesión, utilizando las grabaciones como ratificación de las declaraciones de los demás intervinientes en la conversación, que tienen el valor de testimonio de referencia sobre las declaraciones del inculpado.

La grabación se lleva a cabo por uno de los interlocutores, pero la conversación grabada no afecta al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de ninguno de ellos. Rocío, quien realiza la grabación, no se encuentra en una posición de superioridad institucional respecto de Antonio. Dado que Antonio es quien inicia las llamadas, entendemos que no cabe duda de que éste no ha sido conducido de forma premeditada a injuriar o amenazar a Rocío a fin de que utilizarlo en su contra. Por ello, podemos concluir que las grabaciones sí tendrían valor como prueba.

#### **I.1.3.** Relativo al encuentro de Antonio con el “Pistolas”

##### **I.1.3.a).** *Sobre la compra del arma*

Dentro de los delitos contra el orden público, contenidos en el Título XXII del Libro III del CP se tipifica el de tenencia y tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos. El bien

---

<sup>34</sup> STS de 15 de julio de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:3585].

<sup>35</sup> LARRAYÓZ SOLA, I.: “*Validez de grabación subrepticia de conversación en empresa por empleados a cliente que es aportada al proceso*”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, v.10, 2016, pp. 187 a 190.



jurídico general protegido por estos tipos es el orden público entendido como *el estado de tranquilidad general en las manifestaciones colectivas de la vida comunitaria*<sup>36</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con la normativa dictada por la Unión Europea (en adelante UE), controla de forma rigurosa y exhaustiva la fabricación comercialización, tenencia y el uso de armas, municiones o explosivos, tanto mediante normas de Derecho Administrativo sancionador como a través del Derecho Penal.

En el Libro II, Título XXII Capítulo V del CP se regula la tenencia ilícita bajo la rúbrica “*De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos*”.

Para el análisis de los hechos debemos prestar especial atención a que el CP regula dos tipos específicos y diferenciados para la tenencia de armas según sean e armas prohibidas o armas reglamentadas modificadas (art. 563) y armas reglamentadas sin licencia (art. 564).

En ambos delitos, la conducta típica consiste en la *tenencia* que, de acuerdo con CÓRDOBA ROBA, debe ir acompañada del ánimo posesorio para sí y la disponibilidad del arma<sup>37</sup>. En todo caso, *armas prohibidas* son aquellas cuya tenencia en ningún caso puede ser autorizada y *armas reglamentadas* son las que pueden tenerse si se cumplen unos determinados requisitos<sup>38</sup>. Si bien, para saber qué se entiende por armas prohibidas o reglamentadas hay que acudir al RD 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas<sup>39</sup> (en adelante RA), y demás legislación complementaria.

Tanto el art. 563 como el 564 CP son normas penales en blanco<sup>40</sup> -o, al menos, de remisión normativa-, dado que no especifican qué armas son las referidas. A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (en adelante TC)<sup>41</sup> estableciendo que para que la tenencia de armas constituya de delito se requiere:

- 1º. Que sean materialmente armas.
- 2º. Que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de ley o por el Reglamento al que la ley se remite.
- 3º. Que posean una especial potencialidad lesiva.
- 4º. Que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedado excluida la intervención del Derecho penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho administrativo sancionador.

En el caso concreto Antonio, ante las fundadas dudas que alberga respecto a su paternidad biológica respecto a Francisco, decide hablar con un viejo conocido del barrio llamado el “Pistolas” y comprarle ilegalmente un arma de fuego. Desconocemos las características del arma que adquirió, esto es, si se trataba de un arma prohibida, o un arma reglamentada

<sup>36</sup> STS de 23 de mayo de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:3655].

<sup>37</sup> CRUZ BLANCA, M<sup>a</sup>.J.: *Régimen penal y tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 59.

<sup>38</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 806.

<sup>39</sup> Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, BOE núm. 55, de 5 de marzo de 1993.

<sup>40</sup> CRUZ BLANCA, M<sup>a</sup>.J.: *Régimen penal y tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 56.

<sup>41</sup> STC de 24 de febrero de 2004 [BOE-T-2004-5478].

modificada, o de un arma reglamentada de la que Antonio careciese de licencia o permiso para su tenencia. En todo caso, no cabe duda de que se trataba de un arma de fuego ni de su lesividad y peligrosidad, hasta el punto de ser utilizada para disparar contra Rocío y para terminar con la vida de Pepe y del pequeño Francisco.

En el art. 3 y 4 RA encontramos la clasificación de armas reglamentadas y armas prohibidas respectivamente. Por ello, si consideramos que el arma de fuego que Antonio compra es un arma prohibida o un arma reglamentada modificada será de aplicación el art. 563 CP y si consideramos que es un arma reglamentada pero que carece de licencia o de los permisos necesarios será de aplicación el art. 564 CP. En atención a este último precepto la pena varía en función de si se trata de un arma larga o corta. En este sentido, son armas de fuego *cortas* aquellas cuyo cañón no excede de 30 cm o cuya longitud total no exceda de 60 cm; y *largas* cualesquiera armas de fuego que no sean cortas<sup>42</sup>.

En este caso, vamos a interpretar que el arma que Antonio adquiere es una pistola por entender que si la persona que se la vende es apodada el “Pistolas” será por vender este tipo de armas. La pistola aparece en el art. 3 RA catalogada como un arma de fuego corta, por lo que la conducta de Antonio sería constitutiva de delito del art. 564.1.1º CP.

Tanto si consideramos la conducta como constitutiva del delito recogido en el art. 563 como si lo hacemos de la del art. 564 CP, es necesario el dolo al que debe ir unido el ánimo de poseer el arma para sí y no para otro y que esa posesión entrañe una situación de peligro. En el caso a analizar se entiende que no cabe duda de la intención de Antonio de poseer el arma para sí, dado que es él mismo quien acude al “Pistolas” para la adquisición y realiza el pago de la misma, y quien posteriormente la utiliza para disparar a Rocío, Pepe y Francisco.

En conclusión, Antonio debe ser tenido como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, bien del art. 563 o bien del art. 564 CP.

### **I.1.3.b). Sobre la adquisición de pasaporte falso**

Para el correcto análisis de estos hechos debemos señalar que, de acuerdo con el art. 26 CP se considera documento “*todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*”<sup>43</sup>. Hay distintas clases de documentos, en función de las cuales, varían las distintas modalidades de conductas delictivas tipificadas en el Código. Así, diferenciamos entre documentos públicos, privados y mercantiles. En el art. 317 LEC encontramos una lista de los documentos públicos.

En el art. 392.1 CP se contempla la conducta *del particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390*. Y en el art. 390.1.2º encontramos la conducta de *simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad*.

En relación con los particulares la falsificación de documento público solo es delito en caso de comisión dolosa y, por lo expuesto con anterioridad al respecto de la tenencia ilícita de armas, se entiende que no cabe duda al respecto del dolo presente en la conducta de Antonio.

---

<sup>42</sup> Art. 2 del RD 137/1993, de 29 de enero por el que se aprueba el Reglamento de Armas.

<sup>43</sup> ROJAS A, L.E.: *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

Parece obvio que la conducta del “Pistolas” -que es quien realiza físicamente la falsificación del documento- es constitutiva de delito del art. 392.1 en relación con el art. 390.1.2º CP porque es quien realiza materialmente la falsificación del documento pero, ¿qué pasa con la conducta de Antonio? ¿Resultaría descabellado pensar que Antonio realiza los mismos hechos delictivos que el “Pistolas”? Parece que no y que lo correcto en este caso es analizar la autoría del referido delito de falsificación documental.

La jurisprudencia del TS ha venido acogiendo un concepto amplio de autoría que no requiere la ejecución personal y física de la acción falsaria. Por el contenido, es suficiente para ser coautor la existencia de dominio sobre el hecho, expresando la existencia de un acuerdo y de una aportación en fase ejecutiva<sup>44</sup>.

En este sentido, la STS de 21 de febrero de 2007<sup>45</sup> ha establecido en varias resoluciones que el delito de falsedad no es de propia mano, de forma que la responsabilidad en concepto de autor no exige la intervención corporal en el acto falsario, bastando el acuerdo previo y el reparto de papeles para la realización de la falsedad pactada, de modo que también será autor quien participa teniendo el dominio del hecho aunque no ejecute materialmente la falsedad<sup>46</sup>.

En el caso, Antonio no es quien falsifica el documento. La ejecución material de la falsificación la realiza la persona que se nos identifica como el “Pistolas”. Ahora bien, Antonio, es quien encarga el documento, quien facilita los datos para su expedición, y quien aporta la fotografía que va a estamparse en el mismo. En definitiva, tiene el dominio del hecho y por lo tanto debe ser tenido por coautor de la falsificación junto con el “Pistolas” de un delito de falsificación de documento oficial cometido por particular, del art. 392.1 en relación con el art. 390.1.2º CP. Es por ello que, teniendo a Antonio como autor, no es de aplicación el art. 392.2, un tipo previsto para el particular “*que no hubiese intervenido en la falsificación*”.

#### **I.1.4. Relativo a la entrada en el domicilio**

##### **I.1.4.a). *Del delito de allanamiento de morada***

El art. 18 CE establece el derecho a la inviolabilidad del domicilio, que puede considerarse el bien jurídico protegido por el delito de allanamiento de morada. Se trata de un bien jurídico indudablemente relacionado con la intimidad de las personas ya que al proteger el domicilio se delimita un ámbito físico del que quedan excluidos todos aquellos sujetos que no cuentan con el consentimiento del titular para entrar o permanecer en él.

La conducta tipificada como delito en el art. 202 CP se corresponde con *entrar* en morada ajena o *mantenerse* en ella contra la voluntad de su morador.

- *Entrar*: significa pasar de fuera a dentro, independientemente del medio empleado para ello -si bien, si media violencia o intimidación será de aplicación el tipo cualificado del apartado 2-.
- *Mantenerse en la morada sin habitar en ella*: el sujeto se encuentra ya dentro y su entrada no fue consentida.

---

<sup>44</sup> STS de 22 de junio de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:3073].

<sup>45</sup> STS de 21 de febrero de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:1468].

<sup>46</sup> También las SSTS de 13 de abril de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:1999] y de 1 de julio de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:4646].

- Ambas modalidades tienen en común el no consentimiento por parte del morador, con oposición expresa o tácita.<sup>47</sup>

En el caso, Antonio *irrumpe sorpresivamente en el domicilio de Rocío*, es decir, aparece violenta y repentinamente dentro de la morada sin haber sido su entrada consentida por Rocío, por lo que, siendo el delito de allanamiento de mera actividad, en el que basta la mera acción de entrar en el domicilio para que nazca el comportamiento delictivo, haya o no resultado, la conducta de Antonio debe ser valorada como un delito de allanamiento.

Es preciso como elemento de la tipicidad, que la entrada se produzca en morada ajena. La ajenidad de la vivienda presenta dificultades para los casos, como sucede en el de Antonio y Rocío, de ruptura de la relación sentimental, en los que la entrada no consentida se produzca en la vivienda que había sido el hogar familiar pudiendo darse el caso de que, incluso, la vivienda sea copropiedad de ambos.

Al respecto la Jurisprudencia mantiene dos posturas diferentes:

- a) Hay resoluciones que exigen una resolución judicial que atribuya al cónyuge que reside en la vivienda que había sido el domicilio conyugal, la titularidad del uso exclusivo de la misma.<sup>48</sup>
- b) Por el contrario, otra línea jurisprudencial, niega la exigibilidad de ese pronunciamiento judicial para poder considerar que, en todo caso, quien reside en la vivienda tiene atribuido su uso de hecho, y por lo tanto es “morada ajena” a efectos del delito de allanamiento, respecto de quien ya no reside en ella<sup>49</sup>.

La primera postura tiene a su favor la mayor seguridad jurídica que proporciona, pero no cabe duda de que la segunda permite una mejor tutela del bien jurídico protegido que como hechos dicho, es la inviolabilidad del domicilio, derecho reconocido en el art. 18 CE y, por

---

<sup>47</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 273.

<sup>48</sup> En este sentido, la SAP de Madrid de 31 de julio de 2008 [ECLI:ES:APM:2008:12453] afirma que el delito de allanamiento puede ser cometido por el cónyuge que permanece o entra en la vivienda común contra la voluntad del morador (...) lógicamente supeditado a la existencia de sentencia o medida provisional de separación con asignación judicial del domicilio a uno de los cónyuges. La resolución declara acreditado que el sujeto activo ya no vivía en la vivienda careciendo incluso de llave, y pese a ello considera que tal situación de hecho no puede equipararse a la decisión de adjudicación del uso exclusivo de la vivienda a uno de los cónyuges, ya sea con carácter provisional o definitivo, por un juez, a efectos de poder determinar la concurrencia del requisito típico referido a la morada ajena.

<sup>49</sup> La STSJ de Cataluña 1 de julio de 2019 [ECLI:ES:TSJCAT:2019:4258] con cita de la STC 22/1984, señala que para que se cometa el delito de allanamiento de morada, no se exige la constatación y prueba de la prohibición formal de entrada al domicilio de que se trate, ya que fácilmente se comprende que la inviolabilidad del domicilio no está sujeta a declaraciones personalizadas de su titular, expresamente dirigidas a quien pretende quebrantarla, sino que es un derecho garantizado frente a todos, o erga omnes, de suerte que, como en el caso que nos ocupa, está allanando la vivienda la persona que entra en un domicilio en el que vive una mujer respecto de la que una Orden de Protección ha prohibido a aquella persona que accede al inmueble, que se aproxime al mismo, aunque no se haya dispuesto, formalmente, que el domicilio en cuestión, que era hasta ese momento vivienda familiar, haya dejado de serlo. (...) Sin embargo, la sentencia incluye un VOTO PARTICULAR que niega la posibilidad de subsumir la conducta en el delito de allanamiento de morada por ausencia del elemento normativo de la ajenidad de la vivienda, al no dictarse auto judicial de atribución del uso y disfrute a la esposa. En ese mismo sentido, la STSJ de Asturias de 5 de junio de 2018 [ECLI:ES:TSJAS:2018:1396] deja acreditado que la introducción en la morada se produjo en contra de la voluntad de la moradora sin que a ello quepa oponer que aún no existía resolución judicial que estableciese medidas sobre el uso o atribución de la vivienda conyugal ya que lo cierto es que el condenado, hoy recurrente, había salido del domicilio y su uso era de su cónyuge.

otra parte, el delito se refiere a “morada” y no a “domicilio” de modo que parece referirse más a una vinculación de hecho con la vivienda, que a una relación jurídica con la misma.

Cuando Antonio y Rocío se divorcian a finales de 2016, se establece un régimen de visitas, comunicación y estancia respecto del menor y una pensión de alimentos también para éste. Entre las medidas acordadas en la sentencia de divorcio, contenidas en el Convenio Regulador, nada se expresa respecto a la atribución del uso de la vivienda que había sido el domicilio conyugal. Sin embargo, se indica que *Antonio, que no supera la ruptura, decide abandonar A Coruña e irse a trabajar a Madrid para poder empezar una nueva vida a principios de 2017*. Es decir, Antonio pasó a residir habitualmente en Madrid y Rocío tenía su “morada” en el que había sido, hasta el divorcio, el hogar familiar. Tenía atribuido de hecho el uso de la vivienda.

En conclusión, Antonio comete un delito allanamiento de morada previsto en el art. 202 CP.

### I.1.5. Relativo al quebrantamiento de medida cautelar

La LOPIVG introdujo el supuesto agravado del párrafo segundo del delito del art. 468 CP por el que obligatoriamente debe imponerse la pena de prisión a los que, entre otras conductas, quebrantaren una medida cautelar o de seguridad impuestas por la comisión de un delito de violencia doméstica o violencia de género<sup>50</sup>.

Cuando Antonio irrumpe en el domicilio de Rocío, no solo vulnera su intimidad, también quebranta las prohibiciones de aproximación y comunicación que se le impusieron en la orden de protección acordada en virtud del art. 544 ter LEC, es decir, desobedece la resolución judicial que acordaba esas medidas de protección. En Auto que acuerda esas órdenes se notifica al obligado a cumplirlas a quien también se le requiere para que las cumpla advirtiéndosele expresamente que, en caso contrario su conducta será constitutiva de delito. Antonio sabía que no podría acercarse a su ex mujer y pese a ello se presenta de forma violenta en el domicilio de Rocío, quebrantando así la prohibición de aproximarse a ella.

### I.1.6. Relativo al ataque a Rocío

El derecho a la vida reconocido en el art. 15 CE es el derecho fundamental básico por cuanto ella constituye el sustrato ontológico esencial de la persona y, junto con la dignidad humana (art. 10.1 CE) forma el punto de arranque para la construcción del resto de derechos fundamentales<sup>51</sup>. De ello se desprenden una serie de deberes de protección por parte del Estado que se concretan en el Título I del Libro II del CP bajo el epígrafe “*Del homicidio y sus formas*” (arts. 138 a 146) donde se tipifican los atentados contra la vida humana.

Debe destacarse que con la Reforma operada por la LO 1/2015 se ha introducido un nuevo supuesto de asesinato, así como diversos subtipos agravados tanto de homicidio como de asesinato, reforma que no sólo ha supuesto un considerable endurecimiento de las penas de prisión y la introducción de la medida de libertad vigilada (art. 140 bis CP), sino que se han desdibujado los contornos de los tipos delictivos creando graves problemas concursales y penológicos.

---

<sup>50</sup> PUENTE ABA, L.Mª (dir.), RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (coord.) y SOUTO GARCÍA, E. (coord.): *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010, p. 80.

<sup>51</sup> STC de 11 de abril de 1985 [BOE-T-1985-9096].

El homicidio doloso se regula en el art. 138 CP habiéndose introducido en la Reforma 1/2015 un homicidio cualificado por la concurrencia de algunas de las circunstancias agravantes previstas en el art. 140.1 (aplicables también al asesinato) o a que el hecho sea también constitutivo de atentado del art. 550 CP. El homicidio imprudente se regula en el art. 142 y el asesinato se regula en los arts. 139 y 140 CP como modalidad especialmente agravada del homicidio por la concurrencia de razones objetivas (alevosía y precio), por ocasionarse daños adicionales especialmente desvalorados (ensañamiento) o por una combinación de razones (facilitar u ocultar la comisión de delitos).

Comenzaremos el análisis de la conducta de Antonio respecto de Rocío, partiendo de que efectúa un disparo sobre ella “*con la intención de matarla*”, y que la dejó “creyendo que estaba muerta, y mientras ella se desangraba por causa de la herida que había recibido en el estómago”.

Si bien no ha quedado determinada el tipo de arma utilizada -pese a que hemos interpretado que se trata de una pistola-, sabemos que se trataba de un arma de fuego (ya sea corta o larga) y que ésta podía haber producido la muerte de la víctima. Además, el ataque se dirigió al estómago de la víctima. En el hipotético caso de que el disparo se hubiese dirigido, por ejemplo, a otra parte del cuerpo no vital cabría pensar que Antonio tenía el dolo de lesionar, sin embargo, la zona finalmente lesionada nos hace pensar lo contrario.

Por último, en atención a los signos posteriores a la actuación, se deduce la intención de matar<sup>52</sup>: en el nuevo ataque a la víctima<sup>53</sup>; una vez consumado el hecho, desatendiendo el agresor a la víctima, abandonándola a su suerte<sup>54</sup>; si el agresor, tras la agresión, huye<sup>55</sup>; vuelve a amenazar a su víctima<sup>56</sup>; si amenaza a su propia hija<sup>57</sup>; o si confiesa el hecho a familiares o autoridades<sup>58</sup>.

Es evidente que Antonio quería terminar con la vida de Rocío por lo que lo primero que habremos de valorar es si tal acción realiza un delito de homicidio (art. 138 CP) o de asesinato (art. 139 CP).

#### **I.1.6.a). Sobre la alevosía**

El CP contiene una definición auténtica de alevosía (art. 22.1<sup>a</sup>) y, aunque expresamente sólo se refiere a la correspondiente circunstancia genérica, se entiende, de forma casi unánime, que tal definición resulta también aplicable cuando la alevosía cualifica el delito de asesinato. Por tanto, la alevosía se caracteriza también en el asesinato por el empleo de ciertos “medios, modos o formas de ejecución”: aquellos que “tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido” (art. 22.1<sup>a</sup> CP).

---

<sup>52</sup> MARAZABAL MANRESA, I.: *Feminicidios de pareja: efecto imitación y análisis criminológico de los 30 casos sentenciados por la Audiencia Provincial de Barcelona (2006-2011)*, Tesis doctoral, 2015, p. 127 a 128, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=52625> [última consulta: 23 de enero de 2020].

<sup>53</sup> STS de 11 de febrero de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:882].

<sup>54</sup> STS de 19 de abril de 1997 [ECLI:ES:TS:1997:2691].

<sup>55</sup> SAP SE de 14 de marzo de 2002 [ECLI:ES:APSE:2002:1158].

<sup>56</sup> SAP CO de 12 de marzo de 2001 [ECLI:ES:APCO:2001:335].

<sup>57</sup> SAP P de 22 de marzo de 2002 [ECLI:ES:APP:2002:145].

<sup>58</sup> SAP SG de 23 de noviembre de 1998 [ECLI:ES:APSG:1998:482].

De esta opinión discrepa BACIGALUPO, quien ha propuesto una definición diferente de la alevosía cuando haya de servir para cualificar el asesinato. En su opinión aquí la específica gravedad de la alevosía “deriva del hecho de que la indefensión de la víctima es producto de la confianza que depositó en el autor”. Así, estaría configurada por la suma de los elementos de las circunstancias de abuso de superioridad y de abuso de confianza del CP de los arts. 22.2ª y 6ª<sup>59</sup>. Esta opción no parece aceptable en nuestro CP si tenemos en cuenta que uno de sus artículos formula un concepto de legal de alevosía. Por ello, no cabe duda de que el art. 139.1.1º se remite a este concepto.

La incertidumbre que rodea la apreciación de la alevosía se relaciona con la ausencia de un criterio firme acerca del carácter objetivo, subjetivo o mixto de esta circunstancia y con la inseguridad existente acerca de si el fundamento material de la agravación o cualificación se encuentra en un mayor contenido de injusto, una mayor culpabilidad o en otra clase de razones. La jurisprudencia más reciente se inclina por asignarle un carácter objetivo o mixto, pero con predominio de los aspectos objetivos referidos a la específica forma de ejecución del hecho<sup>60</sup>. La doctrina más extendida la vincula con un mayor contenido de antijuridicidad, pero hay autores que relacionan también los componentes subjetivos de esta circunstancia con una mayor culpabilidad del agente.

En atención a la definición legal de alevosía y al elemento de la selección de los medios, modos o formas de ejecución que incorpora, el específico desvalor de esta circunstancia no reside solo en una mayor peligrosidad de la acción para la víctima, sino también de una específica preparación o planificación del hecho. Así, se asume que la condena mayor abarca también “la crueldad, frialdad y planificación de los hechos<sup>61</sup>”.

El art. 22.1ª CP sólo exige que los medios, modos o formas de comportamiento empleados en la realización del hecho tiendan objetivamente y en la intención del autor a asegurar la ejecución de la acción de matar, y no necesariamente la producción del resultado de muerte<sup>62</sup>.

Una vez determinado el concepto de alevosía, debemos atender a las clases de asesinato alevoso<sup>63</sup>. La jurisprudencia distinguiendo tres grupos de casos de asesinato alevoso; si bien, como veremos, hoy en día ya prácticamente podemos hablar de un cuarto grupo de construcción doctrinal.

1. Asesinato aleve proditorio: se caracteriza por la emboscada, la trampa, el acecho o la celada.
2. Asesinato aleve por sorpresa<sup>64</sup>: se caracteriza por la actuación súbita e inesperada.
3. Asesinato aleve derivado de situaciones de objetiva indefensión o desvalimiento<sup>65</sup> de la víctima en razón de su corta edad o de su edad muy avanzada, o por encontrarse enfermo o impedido, dormido o privado de consciencia por algún otro motivo.

---

<sup>59</sup> Así también el voto particular formulado por él en las SSTS 20 de abril de 1991 [ECLI:ES:TS:1991:9815] y de 28 de enero de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:686].

<sup>60</sup> SSTS de 9 de junio de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:6100A], de 17 de abril de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1365] y de 19 de junio de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:2380].

<sup>61</sup> ATS de 9 de julio de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:10994A].

<sup>62</sup> CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S.: *Comentarios al Código penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 501.

<sup>63</sup> *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

<sup>64</sup> GENOVÉS GARCÍA, A.: *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 76.

<sup>65</sup> GENOVÉS GARCÍA, A.: *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 72.

4. Alevosía convivencial o doméstica: se consideraba un supuesto particular de la alevosía por sorpresa en virtud del aprovechamiento de la relación de confianza por la vida en común, pero como adelantábamos, hoy en día se pretende dotar a este tipo de alevosía de una cierta autonomía vinculada a la “perspectiva de género”.

A tenor de lo expuesto, podemos concluir que la conducta de Antonio realiza un delito de asesinato por alevosía (sorpresiva y doméstica).

Antonio planifica cuidadosamente los hechos. Cuando acude al que había sido domicilio familiar, ha adquirido varios billetes de avión a Berlín con diferentes fechas de salida. Además, lleva consigo un arma de fuego que meses antes ha comprado ilegalmente. Tiene la precaución de dejar su vehículo estacionado detrás del edificio para que su presencia no sea advertida. Por último, entra en el domicilio con el arma debajo de su chaqueta.

Por el contrario, Rocío, se encuentra en la tranquilidad de su domicilio en compañía de su hijo de corta edad y de su padre enfermo. No se imagina que Antonio va a irrumpir en la vivienda. Y por supuesto, no tiene forma de saber que su ex marido ha adquirido un arma de fuego y mucho menos que la lleva oculta en el interior de su chaqueta.

Prueba de que no se siente amenazada por Antonio es que al verle en la vivienda no pide ayuda a los vecinos ni trata de avisar a la policía. Comienzan a hablar centrándose la conversación en la paternidad del menor y parece lógico pensar que si hubiese tenido la más mínima sospecha de que Antonio llevaba un arma, no habría admitido que sabía desde hacía tiempo que Antonio no era el padre de Francisco.

Es decir, se trata de una conversación entre dos personas que han estado casados varios años y que se produce en el que había sido el hogar familiar. Esa conversación tiene lugar en presencia del niño y que deriva a una discusión de entidad tal que el niño asustado sale de la habitación corriendo. Para Rocío es una discusión como otras muchas que, con toda seguridad, han tenido que suceder en el domicilio.

Y en ese escenario, en el que Rocío se considera segura en su propio hogar, Antonio saca el arma que durante todo el rato ha tenido oculta en su chaqueta y sin mediar palabra dispara contra Rocío alcanzándole en el estómago.

Hay alevosía súbita o inopinada, llamada también sorpresiva. Antonio, entra en la vivienda y aunque está frente a Rocío, no descubre la intención que tiene de matarla. Aprovecha que Rocío está confiada por encontrarse en su propia casa y aprovechando la confianza de aquella, Antonio actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. Es el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.

La situación que se dio es equiparable a la propia de la llamada “alevosía doméstica” que es la que deriva de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día, y en el caso, Antonio y Rocío ya no convivían. Sin embargo, la situación que se dio es en cierta forma similar, aunque ya no conviviesen. Es decir, existió un ataque sorpresivo e inesperado cuya ejecución resultó facilitada por la relación de pareja que había existido.



Todo lo anterior convierte el hecho en constitutivo de delito de asesinato (art. 139.1 CP).

### **I.1.6.b).** *Sobre la tentativa*

Antonio inició la ejecución de su propósito homicida respecto de su ex mujer, y practicó todos los actos que objetivamente deberían haber producido ese resultado. Además, Antonio la deja desangrándose en el suelo convencido de que está muerta, es decir, tiene la voluntad de consumir el homicidio, que sin embargo no se produce por causas ajenas a su voluntad.

Por todo lo anterior, es de aplicación lo dispuesto en el art. 16 CP<sup>66</sup> en cuanto a la tentativa delictiva, y el art. 62 CP<sup>67</sup> en cuanto a las consecuencias penológicas de la misma sobre la pena prevista en el art. 139 CP.

El art. 62 CP para rebajar la pena en uno o dos grados tiene en cuenta "el grado de ejecución alcanzado", que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al "peligro inherente al intento", que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa<sup>68</sup>, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de intensidad de ésta, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así que, constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva, a salvo lo que se dirá a continuación<sup>69</sup>.

Antonio, disparar a Roció alcanzándole en el estómago, causándole una herida que si bien es cierto no es de las que causan la muerte de forma inmediata, sí es mortal para el caso de no recibir asistencia médica, y de hecho Antonio sale de la habitación dándola por muerta, pero sin comprobarlo y, por su puesto, sin prestarle ningún tipo de asistencia, convencido de haber conseguido el resultado que perseguía. Antonio obra de acuerdo con su intención homicida y realiza todas las acciones necesarias para causar la muerte de Roció al dispararle en el abdomen, por lo que habremos de concluir que la tentativa fue completa puesto que está fuera de toda duda que realizó todos los actos que eran precisos aunque el resultado no se produjo por causas independientes a la voluntad de su autor ya que la Guardia Civil acude a la vivienda alertada por las llamadas de los vecinos, que habían oído los gritos y los disparos procedentes del domicilio de la familia. La Guardia Civil al comprobar que Roció todavía está viva, llama a una ambulancia que la traslada al Hospital donde, tras ser intervenida de urgencia, logran salvar su vida.

---

<sup>66</sup> Art. 16 CP: "1. Hay tentativa cuando el sujeto de 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.

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito".

<sup>67</sup> Art. 62 CP: "A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito".

<sup>68</sup> FARRÉ TREPAT, E.: *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*, Edifoser, Barcelona, 2011, p. 203.

<sup>69</sup> STS de 23 de enero de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:224].

### **I.1.6.c). Atenuante de estado pasional**

En el caso Antonio lleva desde finales de 2017 *enfurecido por el convencimiento de que Francisco no es su hijo biológico, sino que es fruto de la infidelidad de su exmujer Rocío*, y cuando Rocío le confirma esas sospechas y admite que lo sabe desde hace años, actúa *muerto de rabia y de celos*.

Podría plantearse la apreciación de la atenuante del estado pasional del art. 21.3 CP<sup>70</sup>. Ésta tiene su fundamento en una disminución de la imputabilidad por “*un arrebatu u obcecación u otro estado pasional de semejante entidad*”. Si ese estado pasional excluye por completo la imputabilidad daría lugar a la eximente de trastorno mental transitorio (art. 20.1º CP) y si la disminución es muy considerable puede dar lugar a la aplicación de una eximente incompleta (del art. 21.1 en relación con el art. 20.1 CP).

Sin embargo, no consta que Antonio estuviese en situación de inimputabilidad, como consecuencia de esa rabia y celos, es decir que estuviese sufriendo una alteración psíquica de clase alguna que le impidiese comprender la norma y dirigir su comportamiento. Al contrario, Antonio ya había previsto lo que iba a suceder -recordemos que había anticipado a Rocío que iba a acabar con su vida, que había comprado un arma y que había preparado la huida al extranjero-. El reconocimiento de los hechos por parte de Rocío pudo haber determinado que actuase de forma precipitada o diferente a la que había planeado, pero nada hace pensar que, si Rocío hubiese negado la infidelidad, el resultado hubiese sido diferente ya que todas las circunstancias anteriores, simultaneas y posteriores a los hechos llevan a pensar que Antonio estaba decidido a terminar con su vida.

En conclusión, no procede apreciar la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal por estado pasional.

### **I.1.6.d). Circunstancia mixta de parentesco**

Como vimos en el análisis del delito de amenazas<sup>71</sup>, aquí también concurre la circunstancia mixta de parentesco como agravante al haber sido Rocío su ex mujer<sup>72</sup>.

## **I.1.7. Relativo a la muerte de Pepe**

### **I.1.7.a). Intención de matar**

Tras disparar a Rocío, Antonio se dirige a la habitación de Pepe, a quien dispara cuando se encuentra indefenso en la cama, muriendo éste en el acto. A diferencia del hecho anterior, ahora no se nos indica cual era la intención de Antonio, ni cuantas veces ni a que parte del cuerpo dirige los disparos por lo que en primer lugar, debemos determinar, bien la existencia del ánimo de matar (*animus necandi*) o bien de atentar contra la integridad física (*animus laedendi*)<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “Provocación femenina, violencia masculina y la mitología del feminicidio pasional” en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 27, 2012, pp. 311 a 329.

<sup>71</sup> Ver apartado I.1.2.b).i. del presente trabajo.

<sup>72</sup> GENOVÉS GARCÍA, A.: El delito de homicidio en el ámbito de la pareja, Bosch, Barcelona, 2009, p. 161.

<sup>73</sup> “Comentario al art. 138 del Código Penal”, *Comentarios prácticos al Código Penal (Tomo II)*, Aranzadi, 2015, p.3. Disponible en: [https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a0000016fd3389676721bdc2&marginal=BIB2015\184507&docguid=Ie596a8d01d6411e6801d01000000000&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_bi](https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a0000016fd3389676721bdc2&marginal=BIB2015\184507&docguid=Ie596a8d01d6411e6801d01000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_bi)

A los Tribunales de Justicia a menudo se les plantea el mismo problema, que no deja de ser un problema de valoración de la prueba, por lo que el TS<sup>74</sup> recurre a una serie de criterios que funcionan como “criterios” de inferencia de la intención del sujeto e intentan sistematizarlos acudiendo a:<sup>75 76</sup>

- Signos objetivos anteriores a la actuación: existencia de amenazas o simples resentimientos entre autor y víctima, así como la personalidad del agresor y el agredido y la relación entre ambos.
- Signos coetáneos: como la naturaleza del arma empleada, el número y dirección de las heridas, la zona del cuerpo a la dirige el ataque, la intensidad del golpe o golpes, manifestaciones de los contendientes, reiteración de los actos agresivos.
- Por último, en atención a los signos posteriores a la actuación, se deduce la intención de matar<sup>77</sup> de las palabras o actitud del agente ante el resultado producido, ayuda o abandono de la víctima, en el nuevo ataque a la víctima<sup>78</sup>; una vez consumado el hecho, desatendiendo el agresor a la víctima, abandonándola a su suerte<sup>79</sup>; si el agresor, tras la agresión, huye<sup>80</sup>; vuelve a amenazar a su víctima<sup>81</sup>; si amenaza a su propia hija<sup>82</sup>; o si confiesa el hecho a familiares o autoridades<sup>83</sup>.

Con respecto a los signos objetivos anteriores a la actuación, en el caso analizado, como ya se ha expuesto, consta que Antonio en varias ocasiones había amenazado a Rocío con matarla, no solo a ella, sino también “*a todo el que se pusiese por delante*”. También se debe tener presente la complicada relación que mantenían y el resentimiento del acusado, no solo por la separación, que, al parecer, no había aceptado, también por la frustración y humillación que le ocasionó el sospechar que no era el padre de Francisco. A lo anterior se añade lo ya expuesto en cuanto a la cuidadosa planificación de sus actos; compra un arma, billetes de avión para días distintos y se hace con un pasaporte falso, todo ello para lograr huir a Berlín, y eludir las consecuencias penales de sus actos.

En atención a los signos coetáneos a la actuación: en cuanto a los medios empleados, sabemos que se trataba de un arma de fuego potencialmente susceptible de terminar con la vida. Es cierto que se desconoce el número de disparos que realiza contra el cuerpo indefenso

---

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=52625> [última consulta: 24 de enero de 2020].

<sup>74</sup> STS de 16 de diciembre de 2016 [ECLI: ES:TS:2016:5506].

<sup>75</sup> MARAZABAL MANRESA, I.: *Feminicidios de pareja: efecto imitación y análisis criminológico de los 30 casos sentenciados por la Audiencia Provincial de Barcelona (2006-2011)*, Tesis doctoral, 2015, p. 144, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=52625> [última consulta: 23 de enero de 2020].

<sup>76</sup> Con todo, el TS señala que los criterios son “*complementarios y meramente indicativos de la intención del sujeto*”.

<sup>77</sup> MARAZABAL MANRESA, I.: *Feminicidios de pareja: efecto imitación y análisis criminológico de los 30 casos sentenciados por la Audiencia Provincial de Barcelona (2006-2011)*, Tesis doctoral, 2015, p. 127 a 128, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=52625> [última consulta: 23 de enero de 2020].

<sup>78</sup> STS de 11 de febrero de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:882].

<sup>79</sup> STS de 19 de abril de 1997 [ECLI:ES:TS:1997:2691].

<sup>80</sup> SAP SE de 14 de marzo de 2002 [ECLI:ES:APSE:2002:1158].

<sup>81</sup> SAP CO de 12 de marzo de 2001 [ECLI:ES:APCO:2001:335].

<sup>82</sup> SAP P de 22 de marzo de 2002 [ECLI:ES:APP:2002:145].

<sup>83</sup> SAP SG de 23 de noviembre de 1998 [ECLI:ES:APSG:1998:482].

de Pepe, ni a qué lugar los dirige. En el hipotético caso de que el disparo se hubiese dirigido a un órgano no vital cabría pensar que Antonio tenía el dolo de lesionar, sin embargo, lo cierto es que Pepe fallece en el acto como consecuencia del disparo (o de los disparos), por lo que habremos de deducir que Antonio disparó a órganos vitales.

En cuanto a los signos posteriores, se tiene en cuenta que Antonio abandonó el domicilio sin comprobar si efectivamente tanto Pepe como el menor, habían o no fallecido, desentendiéndose en todo caso, del alcance de los disparos que les había dirigido. En conclusión, concurre en Antonio el ánimo de terminar con la vida de Pepe.

### **I.1.7.b).** *¿Homicidio agravado o asesinato?*

Partiremos de que Pepe es un anciano que ha sufrido un ictus dos meses antes a la fecha de los hechos y como consecuencia de ello se encuentra postrado en la cama sin apenas posibilidad de moverse ni de hablar y, por tanto, está totalmente indefenso y desvalido.

El TS considera que un ataque a un menor de dieciséis años o a una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, es de por sí una conducta alevosa y por lo tanto debe ser calificada como delito de asesinato<sup>8485</sup>.

Ahora bien, este criterio jurisprudencial parece que no se ajusta al concepto de alevosía que contiene el CP, que exige en el art. 22.1ª *adopción de medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directamente a asegurarla, sin riesgo por parte de la víctima.*

En el caso de víctimas indefensas o desvalidas no se produce una organización de la ejecución para lograr la indefensión de la víctima. En efecto, en el caso, Pepe se encuentra en una situación de desvalimiento provocada por una enfermedad, situación de la que Antonio se beneficia para ejecutar el delito, pero que no ha sido buscada por él<sup>86</sup>. Por otra parte, no puede entenderse que el ataque haya sido sorpresivo o inesperado ante la falta de consciencia de la víctima.

Por ello los hechos no realizarían un delito de asesinato agravado por la alevosía del art. 139.1.1ª CP.

La reforma operada en el CP por la LO 1/2015 introdujo un homicidio cualificado castigado con pena superior en grado, (de modo que la pena resultante casi se equipara a la del asesinato) para el supuesto de concurrir alguna de las circunstancias del art. 140.1 CP. Pues

---

<sup>84</sup> SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: “Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente” en *Revista Penal*, nº 43, 2019, pp. 157 a 171.

<sup>85</sup> Parte de la premisa de que la indefensión de la víctima no ha de ser forzosamente provocada por medios o formas de ejecución buscados o escogidos a tal efecto, sino que basta con que el sujeto la encuentre y aprovecha para que se pueda apreciar alevosía (STS de 14 de junio de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:3337]). Se llega incluso a afirmar que son siempre alevosas las muertes producidas a personas constitucionalmente indefensas, como niños recién nacidos o de corta edad (SSTS de 28 de abril de 2006 [ECLI:ES:TS:2004:3840]; de 19 de marzo de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:1114]; de 25 de enero de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:143]), inválidos y ancianos (SSTS de 13 de marzo de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:1806], en cambio, en la STS de 6 de febrero de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:459] no se atiende exclusivamente a la situación de objetiva indefensión, sino también a que la víctima fuese elegida por esa circunstancia).

Sin embargo, el TS en aisladas resoluciones rechazó que pudiese hablarse de aprovechamiento de una situación de desvalimiento en el caso de un neonato porque en él “no hay aseguramiento buscado” (SSTS de 9 de marzo de 1989 [ECLI:ES:TS:1989:12187] y 26 de abril de 1991 [ECLI:ES:TS:1991:9723]).

<sup>86</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 47.

bien, la circunstancia 1ª del art. 140.1 contempla “*que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*”. Pepe no solo era un anciano, sino que también estaba totalmente impedido por lo que debe ser tenido por “*una persona especialmente vulnerable por razón de su edad y enfermedad*”. Se considera que esta última calificación resulta más ajustada al principio de legalidad penal.

En conclusión, la conducta de Antonio de causar la muerte de Pepe en la forma y con las circunstancias expuestas debe calificarse como un delito de homicidio del apartado 2.a) del art. 138, en relación con el art. 140.1.1, ambos del CP.

### **I.1.8. Relativo a la muerte de Francisco**

Para valorar jurídicamente la conducta de Antonio consistente en disparar sobre Francisco causando su muerte en el acto, habremos de partir de que, en efecto, esa conducta es típica objetivamente, al tratarse de un comportamiento que encaja con los hechos descritos en el delito de homicidio del apartado 2.a) del art. 138, en relación con el art. 140.1.1, ambos del CP. La dificultad estriba en determinar si también se da la tipicidad subjetiva del delito de homicidio agravado.

Todo parece indicar que Antonio sabe que Francisco se encuentra escondido en la cama de su abuelo, totalmente oculto por la sábana y que, con la intención de acabar con su vida, le dispara.

Antonio sabía que el menor estaba en la vivienda y que se había asustado por la acalorada discusión entre sus padres que motivó que saliese corriendo de la habitación. Hemos de deducir que después de oír el disparo que casi termina con la vida de su madre, tuvo que asustarse mucho más. Y también tuvo que deducir el acusado que el menor había buscado protección junto a su abuelo. En este punto hemos de añadir que el cuerpo de un niño de siete años abulta lo suficiente como para que se advierta que está oculto bajo las sábanas. Se tiene en cuenta que, tras disparar, Antonio no se detiene a buscar al niño, ya para llevarlo consigo, ya para terminar con su vida. Y no lo hace porque sabe que ya lo ha matado.

Concurre así en Antonio un dolo de primer grado, puesto que sabía que allí, debajo de las sábanas, se encontraba su hijo y dispara a ese lugar con la intención de terminar con su vida. En todo caso, resultaría irrelevante que Antonio no tuviese la certeza de que allí estaba el niño, bastaría con que advirtiese como seguro o casi seguro que ese bulto junto al abuelo era el pequeño (dolo directo de segundo grado). Tampoco afectaría a la valoración de la conducta que Antonio realizase varios disparos para acabar con la vida de Pepe, con la posibilidad de que alguno alcanzase al menor y que se representase la muerte del menor como una consecuencia inevitable (dolo eventual).

No se contempla un error de tipo, por desconocimiento de que allí se encontraba el menor. En todo caso, de haber existido consideramos que, tratándose de unos disparos realizados en el interior de una vivienda (un espacio reducido), el error debería ser tenido como vencible, lo que excluiría el dolo, pero no la imprudencia, así que la muerte de Francisco constituiría un delito de homicidio imprudente del art. 142 del CP.

En conclusión, la muerte de Francisco debe ser valorada como un delito de homicidio del apartado 2.a) del art. 138, en relación con el art. 140.1.1, ambos del CP.

### **I.1.8.a).** *Circunstancia mixta de parentesco*

En esta conducta también concurre la circunstancia mixta de parentesco si bien, a diferencia de lo que sucedía en el delito de amenazas<sup>87</sup> y en el de asesinato<sup>88</sup>, aquí la circunstancia agrava la conducta por ser Francisco descendiente del autor del delito.

### **I.1.9.** Relativo a la huida a Berlín

Se entiende que para la compra de los vuelos a los que se refieren los hechos, Antonio ha hecho uso del pasaporte falsificado. En este sentido debemos señalar ésta es una conducta atípica, ya que el uso de un pasaporte falso por un particular sólo es punible en supuestos del art. 393 CP<sup>89</sup> y éstos no se dan en el caso concreto.

## **I.2. Jurisdicción y competencia**

### **I.3.1.** Delito de impago de pensiones

- El conocimiento de los hechos corresponde a la jurisdicción penal.
- La competencia para la Instrucción de la causa corresponde al Juzgado de Instrucción del lugar de la comisión del delito.

En este delito se considera que, al constituir el delito de impago de pensiones un delito de omisión, la competencia viene determinada por el lugar donde deba cumplimentarse la obligación que, en estos casos, no es otro que el fijado en el convenio o resolución judicial al respecto y sólo en defecto de designación o acuerdo, será el del domicilio de quien debe recibir las cantidades adeudadas<sup>90</sup>.

En estos supuestos, el delito debe entenderse consumado en el lugar donde el denunciado debió cumplir el deber cuya infracción integra la conducta típica, y ello a pesar de que la madre con los menores beneficiarios de la pensión alimenticia tenga en la actualidad fijada su residencia en otro lugar<sup>91</sup>.

- La competencia objetiva para el enjuiciamiento y fallo corresponde al Juzgado de lo Penal, el conocimiento de la apelación corresponde a la Audiencia Provincial de cada Comunidad Autónoma, y contra la sentencia dictada en apelación, cabe recurso de casación ante el TS.

### **I.3.2.** Orden de protección

- Es competencia del Juzgado de Violencia de la Mujer o en su caso, el Juzgado de Instrucción de guardia.
- El auto que se dicte es apelable ante la Audiencia Provincial.

---

<sup>87</sup> Ver apartado I.1.2.c).i. del presente trabajo.

<sup>88</sup> Ver apartado I.1.6.d). del presente trabajo.

<sup>89</sup> Art. 393 CP: “El que, a sabiendas de su falsedad, presentare a juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores”.

<sup>90</sup> Autos del TS de 21 de abril de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:5101A], de 19 de mayo de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:5290A], de 9 de abril de 2014 [ECLI:ES:TS:2014: 5704A] y de 20 de noviembre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:9668A].

<sup>91</sup> Autos del TS de 12 de mayo de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:4741A], de 18 de octubre de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:10200A], de 22 de febrero de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:1398A], de 11 de enero de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:179A], de 11 de mayo de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:4703A], de 24 de febrero de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:2651A] y de 14 de diciembre de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:12635A].

### I.3.3. Delito leve de injurias

- El conocimiento de los hechos corresponde a la jurisdicción penal.
- Es competente el Juez de Violencia sobre la Mujer, para el conocimiento y fallo de las infracciones tipificadas en el párrafo segundo del apartado 7 del art. 171, párrafo segundo del apartado 3 del art. 172 y en el apartado 4 del art. 173 CP (es decir, amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injustas de carácter leve), cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) del art. 14.5 LECrim.
- La competencia para conocer de la segunda instancia, esto es del recurso de apelación, corresponde a la Audiencia Provincial constituida al efecto por un solo Magistrado.

### I.3.4. Delito de amenazas y delito de quebrantamiento de condena

- El conocimiento de los hechos corresponde a la jurisdicción penal.
- La competencia para la instrucción de la causa corresponde al Juzgado de Violencia sobre la Mujer del lugar de la comisión del delito.  
El TS en Auto de 1 de abril de 2019<sup>92</sup> considera lugar comisión del delito el domicilio de los ofendidos y del lugar en que se reciben las ofensas, ya que las amenazas son infracciones de mera actividad que se consuman con la llegada del mal a su destinatario.
- La competencia objetiva para el enjuiciamiento y fallo corresponde al Juzgado de lo Penal, el conocimiento de la apelación corresponde a la Audiencia Provincial, y contra la sentencia dictada en apelación, cabe recurso de casación ante el TS.

### I.3.5. Delito de tenencia de armas y delito de falsificación de documento oficial

- El conocimiento de los hechos corresponde a la jurisdicción penal.
- Es competente para la Instrucción de la causa el Juzgado de Instrucción del lugar de comisión del delito.
- La competencia objetiva para el enjuiciamiento y fallo corresponde al Juzgado de lo Penal, el conocimiento de la apelación corresponde a la Audiencia Provincial de cada Comunidad Autónoma, y contra la sentencia dictada en apelación cabe recurso de casación ante el TS.

### I.3.6. Delito de allanamiento de morada, delito de asesinato intentado y dos delitos de homicidio agravado

- Es competente para la instrucción de la causa el Juzgado de Violencia sobre la Mujer del lugar en que ocurren los hechos.
- Es competente para el enjuiciamiento el Tribunal del Jurado presidido por un Magistrado de la Audiencia Provincial.
- Es competente para resolver el recurso de apelación contra la sentencia la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.
- Contra la sentencia dictada en apelación puede interponerse recurso de casación ante la Sala 2ª del TS.

---

<sup>92</sup> ATS de 1 de abril de 2019 [ECLI:ES:TS:2019:3422A].

### I.3. Orden de detención y entrega

Cuando el Juez o Tribunal haya de realizar diligencias de investigación o de cualquier otra naturaleza fuera de la circunscripción territorial de su jurisdicción, habrá de acudir a la demanda de cooperación con otros órganos también judiciales. Esa cooperación tendrá un régimen distinto según que la misma haya de ser prestada dentro o fuera de España. Diferenciaremos entre países miembros de la UE; países miembros del Consejo de Europa no integrados en la UE y países terceros no integrados en ninguna de estas dos instituciones supranacionales.

La orden europea de detención y entrega (o *eurorden*) es una resolución judicial dictada en un Estado miembro (en adelante EM) de la UE cuya finalidad es la detención y entrega por otro EM de una persona a la que se reclama para: el ejercicio de acciones penales o la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad.

En España se aplica desde el 1 de enero de 2004, fecha en la que incorporamos la Decisión marco a nuestro ordenamiento interno (junto con otros países entre los que se encuentra Alemania).

Sustituye el procedimiento de extradición por un sistema ágil de entrega de personas reclamadas. Suprime el principio de doble incriminación en determinadas circunstancias (esto es, elimina la posibilidad del Estado de ejecución deniegue la entrega porque los hechos no están tipificados como delitos en su legislación).

Hay toda una lista de delitos que pueden ser objeto de *eurorden*. En el caso concreto, dentro de los delitos que Antonio comete, podrían ser objeto de *eurorden* los dos delitos de homicidio, así como la tentativa de asesinato a Rocío.

Este sistema se podría aplicar en el caso dado que cumple con requisitos formales de tipo de delito cometido, y, sobre todo porque el país al que escapa es Alemania que está dentro de los Estados miembros (en adelante EEMM) de la UE que aplican este sistema de entregas.

Además, para que el Juez o Tribunal que conozca de la causa por la que proceda dictar la orden pueda hacerlo, se tiene que tratar de un delito contenido en la lista de los 32, pero además tiene que tratarse de delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad que tenga una duración mínima de un año con arreglo a la legislación del estado de emisión. En este caso, el estado de emisión sería España y los tres delitos referidos cumplen con este requisito.

Respecto del procedimiento: como adelantamos, se encarga de la emisión el Juez o Tribunal que conozca de la causa objeto de la orden. Y se encargan de la ejecución: los Juzgados Centrales de Instrucción (que inician el trámite) y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (que deciden sobre la entrega).

Por otra parte, si Antonio no fuese a un EM de la UE tendríamos que acudir al sistema de la extradición (el sistema que se seguía de forma genérica antes de la llegada de la *eurorden*). Es el procedimiento judicial (penal-administrativo) por el cual una persona acusada o condenada por un delito conforme a la ley de un Estado es detenida en otro Estado y devuelta al primero para ser enjuiciada o para que cumpla la pena ya impuesta.



Si bien existe una cooperación internacional muy activa para la represión de los delitos, continúa existiendo la regla de que un Estado está obligado a conceder la extradición de un delincuente extranjero, sólo si existe Tratado Internacional con el Estado requirente o Convención Internacional sobre extradición, de la que ambos sean firmantes. Cuando no lo hay, el Estado requerido está facultado para acordar la extradición, pero no está obligado a concederla. Sin embargo, la obligación señalada no es absoluta pues siempre el estado requerido conserva la facultad soberana de no conceder la extradición si de acuerdo a su legislación interna no se cumplen los requisitos establecidos para tal efecto.

Por tanto, para determinar qué sucedería si Antonio se fuese a un Estado no comunitario, pero que tiene convenio bilateral de cooperación penal con España, ser recurriría a la extradición.

#### I.4. Conclusión sobre las consecuencias jurídicas de la conducta de Antonio

<b>Pensión de alimentos</b>	Delito de abandono de familia por impago de pensiones (art. 227 CP)	
<b>Llamadas telefónicas</b>	<i>Sobre la orden de protección</i>	Prohibición de aproximarse a menos de mil metros de Rocío, de su domicilio de trabajo o cualquier lugar que frecuente con habitualidad. Prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio (art. 554 ter LECrim)
	<i>Sobre los insultos</i>	Delito leve continuado de injurias en el ámbito familiar (art. 173.4 en relación con el art. 74.1.3 CP)
	<i>Sobre las amenazas</i>	Delito continuado de amenazas graves (art. 169.2º y 74.1 CP) con agravante de parentesco (art. 23 CP)
<b>Encuentro con el “Pistolas”</b>	<i>Sobre la compra del arma</i>	Delito de tenencia de armas reglamentadas sin licencia (art. 564 CP)
	<i>Sobre la adquisición de pasaporte falso</i>	Delito de falsificación de documento oficial (art. 392.1 en relación con el art. 390.1.2º CP)
<b>Entrada en el domicilio</b>	Delito de allanamiento de morada (art. 202 CP)	
<b>Medida cautelar</b>	Delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP)	
<b>Ataque a Rocío</b>	Delito de asesinato en grado de tentativa (art. 139.1 CP y 16 y 62 CP) con agravante de parentesco (art. 23 CP)	
<b>Muerte de Pepe</b>	Delito de homicidio (art. 138.2.a) y 140.1.1ª CP) con agravante de parentesco (art. 23 CP)	
<b>Muerte de Francisco</b>	Delito de homicidio (art. 138.2.a) y 140.1.1ª CP)	
<b>Huida a Berlín</b>	Conducta atípica	

Tabla 1. Conclusión sobre las consecuencias jurídicas de la conducta de Antonio

## CAPÍTULO II: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONDUCTA DE ROCÍO

### II.1. Hechos

#### II.1.1. Relativo al incumplimiento del régimen de comunicación y visitas

La Constitución proclama en su art. 39, la protección de la familia como uno de los “*principios rectores de la política social y económica*” y, en particular, la “*protección integral de los hijos*” a quienes los padres “*deberán prestar asistencia de todo orden*”.

En particular, y por lo que se refiere al régimen de entrega y devolución de los menores acordado en resolución judicial por parte de quien tiene a su cargo la guarda y custodia de los hijos menores comunes, debe estar regido por el principio del beneficio o interés superior del menor, recogido en el art. 39.2 CE.

En el caso, Rocío -que está muy enfadada por los retrasos de Antonio a la hora de pagar las mensualidades- decide impedir que éste mantenga todo contacto con su hijo Francisco. Para ello, siempre que Antonio se traslada desde Madrid para disfrutar de las visitas a que tiene derecho, se niega a entregarle al niño con diversas excusas, impidiendo, incluso, que mantengan conversaciones telefónicas.

Es evidente que Rocío ha incumplido de forma grave el régimen de visitas que, como progenitor custodio, estaba obligada a respetar. No estamos ante incumplimientos puntuales, sino a una conducta deliberada, mantenida al parecer durante varios meses, que responde a la finalidad de utilizar la relación del menor con Antonio como medio para coaccionar a éste último a que pague puntualmente la pensión, desentendiéndose del efecto que su conducta puede tener en las relaciones de padre e hijo y en definitiva sobre el desarrollo emocional del menor.

#### II.1.1.a). *Vía Civil*

Antonio, ante los incumplimientos reiterados de Rocío, tenía que haber instado en primer lugar, el procedimiento de ejecución previsto en los art. 699 y ss. del Título V de la LEC conforme al cual en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al progenitor para que dentro del plazo que se señale de cumplimiento al régimen de visitas, pudiendo apercibir al demandado con la imposición de multas para el caso de incumplirlo. Además, el art. 776.3 LEC establece que el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> Pues bien, los preceptos del CC que disciplinan el derecho u obligación de atender el régimen de visitas son los siguientes: el art. 90 que lo contempla como contenido del convenio regulador; el art. 94 que establece el derecho de visitas del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados; el art. 154 que dentro del contenido de la patria potestad incluye la obligación de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y procurarles una formación integral; y, por último, el art. 160 que reconoce el derecho de los hijos menores a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad.

En efecto, Rocío como progenitora custodia tenía la obligación de permitir el régimen de visitas y acceder a las mismas conforme se había establecido en el convenio acordado por las partes y en sus estrictos términos.

Por último, haremos mención a la conveniencia de acudir en primer lugar a la vía civil para poner solución a estos problemas, quedando la vía penal como vía residual<sup>94</sup>, a falta de un cumplimiento voluntario tras el intento de ejecución forzosa por la vía del art. 776 LEC.

### II.1.1.b). *Vía Penal*

El incumplimiento del régimen de visitas se tipificaba como falta en el art. 618.2 CP (hoy derogado)<sup>95</sup>. Tras la reforma del CP por la LO 1/2015, se derogan el apartado 2 del art. 618 y el art. 622 CP sin incluir nuevas sanciones delictivas, pues las conductas más graves de incumplimiento de deberes familiares están ya tipificadas como delito en los arts. 226 y ss. Y los incumplimientos más graves de convenios o sentencias pueden dar lugar a responsabilidad por desobediencia. Los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente tienen un régimen sancionador en el art. 776 LEC al que ya nos hemos referido, ya que si fueran de gravedad y hubieran desoído los requerimientos del juez civil acerca de la necesidad de cumplir las resoluciones judiciales acordadas sí que podría derivarse el caso a la vía penal por el art. 556 CP de desobediencia.

La reforma obedeció a la necesidad de que este tipo de conductas dejasen de criminalizarse, algo que lejos de solucionar el conflicto familiar solo lo agravaba haciendo mayor el enfrentamiento entre las partes y, además complicaba la situación de los menores que habían de declarar en un proceso penal.

- Delito de abandono de familia y de cumplimiento de deberes asistenciales del art. 226 CP.

Tras la LO 1/2015 la conducta de Rocío puede valorarse como delito de abandono de familia del art. 226 CP que sólo es perseguible a instancia de parte, excepto cuando la víctima sea menor de edad en cuyo caso puede denunciar también el Ministerio Fiscal (art. 228 CP). En realidad, este precepto tiene una

---

<sup>94</sup> Como indica la SAP A Coruña de 8 de mayo de 2018 [ECLI:APC:2018:1040]: “*resulta generalmente aceptada la idea de que el Derecho penal debe tener poca presencia en la regulación del conflicto social y que cuando surge éste, el modo de resolución prioritario debe incluir mecanismos: en primer lugar, metajurídicos; en segundo lugar, extrapenales, acudiendo a instrumentos sancionatorios jurídicos, pero ajenos a la pena, bien de índole administrativa, civil, laboral o de otra clase; en tercer lugar, penales*”. Por otra parte, establece que: “*esta postrimera utilización de los instrumentos punitivos obedece al carácter subsidiario o de última ratio del Derecho penal en el seno del Estado de Derecho, así como a su función de tutelar cualificadamente los bienes jurídicos: sólo cuando el recurso a otros procedimientos sea insuficiente para solventar el conflicto es oportuno acudir a la sanción penal. Junto al referido carácter subsidiario del Derecho penal, constituye una segunda manifestación del principio de intervención mínima su carácter fragmentario, lo cual significa que aquél no está dirigido a proteger todos los bienes jurídicos existentes, sino únicamente los que son esenciales para el individuo; y frente a éstos, su función tutitiva no se extiende a cualquier tipo de ataque que los ponga en peligro, sino sólo a aquellos más intolerables y que se ciernen con mayor intensidad sobre dichos bienes esenciales*”.

<sup>95</sup> MAGRO SERVET, V.: “Incumplimiento del régimen de custodia o visitas de menores: ¿artículo 618.2 o 622 del Código Penal? ¿hace falta un expreso requerimiento previo en el orden civil?”, en *Revista La Ley penal*, nº 98-99, 2012, p. 11.

aplicación más directa en los casos de abandono de familia<sup>96</sup>, pero también es aplicable al incumplimiento de régimen de visitas ya que en su primera modalidad contempla el dejar de cumplir los deberes de asistencia derivados de la patria potestad. Debemos tener en cuenta la propia naturaleza del delito en cuanto al sujeto activo y pasivo. La SAP Córdoba de 16 de marzo de 2018<sup>97</sup> señala que el sujeto activo es quien ejerce la patria potestad, y el sujeto pasivo los hijos o descendientes menores, siendo la acción o dinámica comisiva el incumplimiento de los deberes de asistencia, siendo este un concepto amplio, de cuyo núcleo central irradia con especial intensidad los deberes de sostenimiento, guarda y custodia y educación del sujeto pasivo.

El delito de abandono de familia será aplicable si se considera que Rocío no solo se ha limitado a incumplir de forma reiterada el régimen de visitas (supuesto a que se refiere el art. 766.3 LEC), sino que su incumplimiento es especialmente grave por las circunstancias concurrentes, por ejemplo, la necesidad de Antonio de trasladarse de Madrid a Coruña para poder ver a su hijo, sin que puede llegar a tenerlo consigo.

– Delito de desobediencia del art. 556.1 CP.

Este es el precepto donde se están persiguiendo los casos de incumplimientos más graves y reiterados del régimen de visitas. Para su aplicación se exige una resolución anterior en la que se haga un requerimiento concreto y que el requerido haya mostrado una actitud rebelde a su cumplimiento.

Las resoluciones judiciales que se están dictando en esta materia acuden a la vía del art. 556 CP cuando se ha actuado con carácter previo en la vía civil, como mecanismo subsidiario o *última ratio* del derecho penal, acudiendo, pues, al tipo penal de la desobediencia ante el reiterado criterio del incumplidor de impedir que el menor tenga un normalizado régimen de visitas<sup>98</sup>. Así, podemos concluir que para acudir a la vía penal del art. 556 CP se requiere:

1. Agotamiento de la vía civil previa, haciendo acudido a la vía del requerimiento previo del infractor por la vía del art. 776 LEC.
2. Incumplimiento reiterado y persistente del infractor.
3. Requerimiento previo del juez civil ante el constatado incumplimiento y notificación de este requerimiento de que debe cumplir.

En conclusión, se considera que, teniendo en cuenta el carácter de *última ratio* del derecho penal, Antonio debe acudir primero a la vía civil por el procedimiento establecido del art. 766.3 LEC y si Rocío continúa impidiéndole el derecho de visitas, podría, presentar denuncia por un delito de abandono de familia del art. 266 CP o, si el incumplimiento de las resoluciones judiciales fuese reiterado y persistente, podría presentar una denuncia por delito de desobediencia a la autoridad del art. 556 CP.

### II.1.2. Relativo a la impugnación de la paternidad de Francisco

La filiación matrimonial paterna queda determinada mediante la presunción establecida en el art. 116 CC y las normas complementarias a ella. Ahora bien, esa presunción es *iuris tantum*, y puede ser privada de efecto.

<sup>96</sup> SAP BU de 26 de septiembre de 2018 [ECLI:ES:APBU:2018:800].

<sup>97</sup> SAP CO de 16 de marzo de 2018 [ECLI:ES:APCO:2018:701].

<sup>98</sup> En este sentido el Auto de la AP BA de 4 de julio de 2018 [ECLI:ES:APBA:2018:233A].

En el caso que estamos analizando se nos dice que, a finales de 2017, Antonio comienza a sospechar que su hijo Francisco de 6 años no es, en realidad, hijo suyo sino de Pedro, la nueva pareja de Rocío, ya que, según le manifestaron familiares y amigos, ya habían mantenido una relación en una época que coincidiría con las fechas de concepción y nacimiento de Francisco.

Ante esa sospecha Antonio tendría que haber ejercitado la acción de impugnación de paternidad a que se refiere el art. 136 CC, para lo que hubiese dispuesto del plazo de un año desde que tuvo la certeza que no era el padre biológico del menor.

Téngase en cuenta que en los juicios sobre filiación es admisible la investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas (art. 767.2 LEC). Se permite, así, un amplio marco de medios probatorios tendentes al conocimiento de la verdad biológica, teniendo como finalidad la defensa prioritaria de los intereses de los hijos. Esta prueba tiene como finalidad, conocer la realidad biológica, bien para comprobar que la persona que aparece en el Registro Civil como hijo es realmente, bien para conocer la filiación aún no determinada, con el propósito de reclamarla. Es decir, aunque Rocío se hubiese opuesto a que se practicasen pruebas biológicas al menor, podía haberse recurrido a una serie de pruebas indirecta o presunciones que pueden servir para probar el hecho constitutivo de la acción de reclamación de filiación (art. 767.3 LEC). Se refieren a hechos que, acreditados por los oportunos medios de prueba, permiten inferir la conclusión de la paternidad o maternidad reclamada.

En todo caso, la relación de filiación lleva implícita la impugnación de la filiación reconocida y la consiguiente rectificación registral<sup>99</sup>.

**II.1.3.** Relativo a la posibilidad de resarcimiento económico para Antonio por el ocultamiento de la verdadera filiación biológica del menor por parte de Rocío

No cabe duda del conocimiento que Rocío tenía respecto a la verdadera filiación de Francisco, circunstancia que oculta a Antonio. Además, y pese a saber que no es hijo suyo, pactan en el convenio regular el pago de unas mensualidades alimenticias. Se plantea la cuestión de si Antonio tiene o no derecho a reclamar una indemnización por el comportamiento de Rocío, al ocultarle que Francisco no era su hijo biológico y en caso afirmativo, que cantidades podría reclamar.

Hay que distinguir los gastos que Antonio realizó mientras se tenía por coincidente la filiación legal y la biológica y en tanto no se había dictado sentencia de divorcio aprobando el convenio regulador de sus efectos, los pagos realizados en concepto de pensiones alimenticias, y por último, el daño moral que le ha causado Rocío por el ocultamiento de la verdadera filiación del menor, conocimiento que le ha afectado emocionalmente y además le ha producido sentimiento de vergüenza y humillación.

En cuanto a los gastos que Antonio realizó mientras se tenía por coincidente la filiación legal y la biológica, y en tanto no se había dictado sentencia de divorcio aprobando el convenio regulador a sus efectos, parece claro que Antonio no tiene derecho a reclamar cantidad alguna ni a ser indemnizado.

---

<sup>99</sup> STS de 22 de noviembre de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:7128].

En este sentido se pronuncia la STS de 24 de abril de 2015<sup>100101</sup>. De acuerdo con la misma, no existe derecho a ser indemnizado por aplicación del art. 154 CC que establece, como deber que integra la patria potestad una vez determinada la filiación, el de velar por los menores, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. De ello se extrae que la obligación de alimentos, como las demás que integran la patria potestad, surte sus efectos en cada uno de los momentos de la vida del menor, pues deriva de la sola paternidad<sup>102</sup>. Como expresa el art. 112 CC, la filiación “*produce sus efectos desde que tiene lugar*” y “*su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no disponga lo contrario*”. Efecto retroactivo que opera cuando éste sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario como es la de la extinción de la adopción, nulidad del matrimonio o fallecimiento del alimentante<sup>103</sup>.

En apoyo de este deber inexcusable e irrenunciable, ha de argumentarse también que, respecto a Francisco, Antonio -que formalmente aparece como progenitor- ha sido en todo caso al menos un guardador de hecho, y como tal, ha cuidado, protegido y amparado al menor, y también ha realizado actos en interés del mismo, que “no podrán ser impugnados si redundan en su beneficio” (art. 304 CC). Se trata de atender al interés superior del menor (art. 9 LOPJM).

Valoraremos ahora si Antonio tiene derecho a reclamar o a ser restituido en el importe correspondiente a los alimentos prestados a su hijo Francisco desde que se dicta la sentencia de divorcio hasta que se hubiese estimado la demanda de impugnación de filiación.

- Para un sector jurisprudencial y parte de la doctrina son de aplicación las reglas del cobro de lo indebido (art. 1895 CC), de tal forma que, quien recibe algo que no tenía derecho a cobrar y que por error le ha sido indebidamente pagado, debe restituir lo recibido por cuanto se dan los presupuestos de hecho de la institución -no siendo tampoco ajeno al caso el supuesto del art. 1894 CC, en sede de gestión de negocios ajenos-<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> STS de 24 de abril de 2015 [ECLI:ES:TS2015:1933].

<sup>101</sup> MUÑOZ GARCÍA, C.: “Reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos tras declararse la inexistencia de la relación paterno filial” en *Comentario de la Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015 (1933/2015)*. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/comentarios\\_sentencias\\_unificacion\\_doctrina\\_civil\\_y\\_mercantil/abrir\\_pdf.php?id=COM-D-2015-](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2015-39)

[39 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos tras declararse la inexistencia de relaci%C3%B3n paterno filial](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2015-39) [última consulta: 3 de febrero de 2020].

<sup>102</sup> ROMERO COLOMA, A.M.: “Pensiones alimenticias indebidamente pagadas a hijos menores de edad (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015)” en *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Navarra, 2016.

<sup>103</sup> DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 755, 2016, p. 1554.

<sup>104</sup> Siguen este criterio la SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 [ECLI:ES:APCA:2008:124] y la SAP de León de 2 de enero de 2007 [ECLI:ES:APLE:2007:2] entre otras.

- Otras sentencias admiten la posibilidad de la reclamación de los alimentos abonados a quien se creía hijo, y la fundamentan al amparo del art. 1902 CC<sup>105</sup>.

El STS en la referida sentencia de 24 de abril de 2015 ya resolvió en el sentido de negar la procedencia de la devolución de estos gastos. Y lo hizo en base al art. 1895 CC de cobro de lo indebido, ya que no puede haberse cobrado de forma indebida aquello que la Ley obliga a pagar, de modo que una vez que el menor fue inscrito como hijo matrimonial, con las consecuencias que de ello deriva el ordenamiento jurídico, la relación paterno-filial se extiende hasta que la misma resulta destruida por resolución judicial en contrario.

En último caso se plantea si Antonio puede reclamar por el daño moral que le ha causado Rocío por el ocultamiento de la verdadera filiación del menor<sup>106</sup>, conocimiento que le ha afectado emocionalmente y le ha producido sentimiento de vergüenza y humillación al ser un hecho conocido por amigos y familiares.

No faltan resoluciones que reconocen el derecho a percibir indemnización por esos daños morales. La SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 declara que el ocultamiento doloso de la verdadera filiación biológica por parte de la madre puede dar lugar al resarcimiento económico por daños morales a favor del marido que se creía padre del niño al producir la ruptura del vínculo afectivo propio de una relación paterno filial, un duelo equivalente a la muerte de un hijo, provocando con ello un daño moral que debe ser resarcido. También lo reconoce la SAP de Barcelona de 25 de julio de 2018<sup>107</sup>.

Sin embargo, la reciente STS de 13 de noviembre de 2018 establece que este daño moral, aunque innegable, no resulta indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual<sup>108</sup>.

Sin embargo, en otras resoluciones como la citada SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004<sup>109</sup> se ha apreciado la actuación negligente en la concepción y actuación dolosa en la ocultación de la verdad.

Pese a la postura del TS, se considera que Antonio sí tenía derecho a pedir una indemnización por el daño moral causado por la conducta de Rocío ya que, si bien ésta podía no haber buscado la concepción de Francisco, si sabía (y así se lo hace saber a Antonio en el transcurso de una discusión) que Francisco era hijo de Pedro. Dice saberlo desde poco después de su nacimiento por lo que podemos interpretar que lo sabía incluso cuando Antonio inscribe en el Registro Civil a Francisco como hijo. Esta inscripción en el Registro Civil es la que conlleva que Francisco pase a formar parte de la familia de Antonio, con todas las obligaciones, derechos y vínculos a ellos inherentes.

---

<sup>105</sup> En este sentido la SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 [ECLI:ES:APV:2007:2216].

<sup>106</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, J.M.: “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio” (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010), en *Diario la Ley*, nº 7582, Sección Doctrina 201, 2011, p. 8.

<sup>107</sup> SAP B de 25 de julio de 2018 [ECLI:ES:APB:2018:7295].

<sup>108</sup> Se argumenta que la respuesta normativa a la infidelidad es únicamente la separación o el divorcio, no una indemnización del daño moral generado a uno de los cónyuges por el incumplimiento de deberes estrictamente matrimoniales de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de filiación (art. 98 CC).

<sup>109</sup> SAP V de 2 de noviembre de 2004 [ECLI:ES:APV:2004:4688].

Este criterio es el seguido entre otras en la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004<sup>110</sup> que aprecia la actuación negligente en la concepción y actuación dolosa en la ocultación de la verdad.

Por ello, en este caso, siguiendo el criterio de muchas de nuestras Audiencias Provinciales entendemos que, si bien la infidelidad conyugal de Rocío no es indemnizable, si lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge<sup>111</sup>, y por tanto Antonio tiene derecho a reclamar civilmente el daño moral causado por la actuación del Rocío.

## II.2. Jurisdicción y competencia

### II.3.1. Demanda de ejecución de sentencia de divorcio

- Jurisdicción competente: civil.
- Conoce del asunto el Juez de Primera Instancia que dictó la sentencia de divorcio, por el procedimiento de los arts. 699 y ss. LEC.
- Contra el auto que despacha la ejecución puede formularse oposición por los motivos de fondo del art. 556 LEC y por los motivos de forma del art. 559 LEC.
- Contra el Auto que resuelve el incidente de oposición cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

### II.3.2. Demanda de impugnación de filiación

- Jurisdicción competente: civil.
- Conoce de la demanda el Juez de Primera Instancia por el Procedimiento Verbal especial previsto en los art. 764 y ss. LEC.
- Termina por Sentencia que es apelable ante la Audiencia Provincial
- Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial cabe recurso de casación ante el TS.

### II.3.3. Demanda en reclamación del daño moral

- Jurisdicción competente: civil.
- Conoce de la demanda el Juez de Primera Instancia. La demanda sigue el procedimiento Declarativo Ordinario de los arts. 399 y ss. LEC.
- La sentencia es apelable ante la Audiencia Provincial y cabe recurso de casación ante el TS.

## II.3. Conclusión de las consecuencias jurídicas de la conducta de Rocío

<b>Incumplimiento del régimen de comunicación y visitas</b>	Antonio puede interponer procedimiento civil de ejecución de sentencia (art. 766.3 LEC)
<b>Paternidad de Francisco</b>	Antonio puede interponer una demanda civil de impugnación de paternidad Indemnización a Antonio (art. 1902 CC)

Tabla 2. Conclusión sobre las consecuencias jurídicas de la conducta de Rocío

<sup>110</sup> SAP V de 2 de noviembre de 2004 [ECLI:ES:APV:2004:4688].

<sup>111</sup> En el mismo sentido la ya citada, SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007.



## CAPÍTULO III: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONDUCTA DEL “PISTOLAS”

### III.1. Hechos

#### III.1.1. Relativo a la venta del arma

##### III.1.1.a). *Del delito de tráfico de armas*

La conducta del “Pistolas” de vender un arma de fuego a Antonio no constituye un delito de tráfico de armas del art. 566 y 567 CP ya que este último, en su número tercero exige para su apreciación la comercialización de cinco o más armas de fuego reglamentadas o municiones y en el caso concreto nos consta la venta de una única arma.

Cuando analizamos la conducta de Antonio, nos acogimos a que el vendedor es apodado “Pistolas” para deducir que el tipo de arma que se vendió era una pistola. Ahora bien, no podemos atender al apodo del sujeto para deducir que, si recibe ese nombre será porque se dedica a la venta de *cinco o más* de este tipo de armas, pues ello supondría hacer una interpretación desfavorable para el reo. Por ello, podemos concluir que los hechos no se corresponden con un delito de tráfico de armas.

##### III.1.1.b). *Del delito de tenencia ilícita de armas*

Los delitos de los arts. 563 y 564 CP exigen que el sujeto activo obre con la voluntad de tener el arma para sí, de retenerla a su disposición personal.

Para la jurisprudencia en estos tipos de tenencia se contiene un elemento subjetivo, el *animus possidendi*, esto es, el dolo o conocimiento de que se tiene el arma careciendo de la oportuna autorización, con la voluntad de tenerla a su disposición, pese a la prohibición de la norma<sup>112</sup>. La jurisprudencia viene declarando que son suficiente soporte anímico de la tenencia, tanto el *animus possidendi*, como el más inferior *animus detinendi*, siempre que se dé la detentación y disponibilidad propias del corpus, encontrándose excluidos de la conducta típica solo los supuestos llamados de *tenencia fugaz* como son los de nueva detentación a efectos de contemplación o examen, reparación del arma o de simple transmisión a terceros<sup>113 114</sup>.

La doctrina penal ya no suele hacer referencia a este especial elemento subjetivo, sino que, al referirse al aspecto subjetivo del delito suele señalar que es necesario el dolo, al que debe ir unido el ánimo de poseer el arma para sí, no para otro.

---

<sup>112</sup> SSTS de 25 de abril de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:2705], de 29 de noviembre de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:7646], de 9 de diciembre de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:7761], de 16 de junio de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:4563], de 10 de julio de 2015 [ECLI:ES:TS2015:3377] y el ATS de 13 de marzo de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:7350A].

<sup>113</sup> JIMÉNEZ ROMERO, L.: “El delito de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos” en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº 11, 2017, pp. 162 a 192.

<sup>114</sup> SSTS de 25 de noviembre de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:7681], de STS de 20 de julio de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:3499] y 29 de junio de 2017 [ECLI:ES:TS:2017:2654].

En todo caso, se entienda el *animus possidendi* como elemento subjetivo del injusto o no, el dolo requiere tener la disponibilidad del arma y la conciencia de la ilicitud de la tenencia<sup>115</sup>.

Pues bien, en el caso, “el Pistolas” se limita a vender el arma a Antonio, por lo que habremos de concluir que su tenencia de la misma es “fugaz” y, por lo tanto, insuficiente para que sea valorada como un delito de tenencia ilícita de armas.

### III.1.1.c). *Infracción Administrativa*

Lo anterior no quiere decir que la conducta sea lícita y que no merezca sanción alguna. La venta del arma de fuego a Antonio dará lugar a una infracción administrativa muy grave, sancionada por el art. 155<sup>116</sup> RA.

### III.1.2. Relativo a la falsificación del pasaporte

Como resulta lógico, el “Pistolas” comete el mismo delito que Antonio, a pesar de que las conductas realizadas, como vimos, son distintas. Es por ello que ahora nos remitiremos a lo expuesto para Antonio, concretamente a lo analizado con respecto a los problemas de autoría del delito<sup>117</sup>, y nos limitaremos a señalar que Antonio y el “Pistolas” son coautores de un mismo delito de falsificación de documento oficial (art. 392.1 en relación con el 390.1.2º CP).

### III.1.3. Relativo a la participación del “Pistolas” en los delitos de homicidio y asesinato

Es evidente que el “Pistolas” no ejecutó los delitos de asesinato y homicidio ya analizados, pero sí vendió a Antonio el arma de fuego con la que éste intentó terminar con la vida de Rocío y con la que causó la muerte de Pepe y de Francisco. También vende a Antonio el pasaporte falso del que, al parecer, Antonio se sirve para huir a Berlín.

La participación del Pistolas podría ser tenida por cooperación necesaria del art. 28.b) CP o por complicidad del art. 29 CP.

---

<sup>115</sup> STS de 15 de octubre de 2002 [ECLI:ES:TS:2002:6763] y de 18 de febrero de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:1098].

<sup>116</sup> “Si no constituyeren delitos, serán consideradas infracciones muy graves por la entidad del riesgo producido y sancionadas:

a) *La fabricación, reparación, almacenamiento y comercio:*

1. *De armas de fuego prohibidas o de armas de guerra sin la adecuada habilitación, con multa de 30.050,61 a 601.012,1 euros e incautación de las armas y de los instrumentos o efectos utilizados para la comisión de la infracción y clausura de las fábricas, locales o establecimientos, desde seis meses y un día hasta dos años de duración.*

2. *De armas de fuego de defensa personal, de armas largas rayadas, de armas de vigilancia y guardería y de armas largas de ánima lisa, sin la pertinente autorización, con multas de 30.050,61 a 300.506,05 euros, incautación de las armas, de los instrumentos o efectos utilizados para la comisión de la infracción, y clausura de las fábricas, locales o establecimientos, desde seis meses y un día hasta un año de duración.*

b) *El uso de armas de fuego prohibidas, con multa de 30.050,61 a 60.101,21 euros e incautación de las armas utilizadas y de sus municiones”.*

<sup>117</sup> Ver apartado I.1.3.b). del presente trabajo.

El cooperador necesario se equipara al autor del delito por cooperar a la ejecución del mismo “*con un acto sin el cual, no se habría efectuado*”, es decir, por aportar una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva<sup>118</sup>.

La doctrina ha entendido generalmente que la complicidad supone una aportación a la ejecución del hecho que, sin ser imprescindible, ha de ser de alguna forma relevante, de manera que suponga un favorecimiento o facilitamiento de la acción o de la producción del resultado. Esta aportación puede ser anterior o simultánea a la ejecución del hecho, pero siempre requiere la iniciación de los actos ejecutivos.

La STS de 16 de abril de 2014<sup>119</sup>, expresa que la complicidad se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores.

Entre la cooperación necesaria y la complicidad, atendiendo a la concreta aportación del “Pistolas” a la ejecución de los delitos de Antonio, debe optarse por esta última. Su intervención, objetivamente considerada, consistió en la aportación del arma de fuego, elemento que consideramos accesorio o periférico respecto a la ejecución del delito. Antonio podía haberse servido de otros medios, igualmente eficaces para causar aquellas muertes, como armas blancas u objetos contundentes. Además, aunque es cierto que en nuestro país no es posible adquirir legalmente armas de fuego sin tener la licencia o los permisos que sean necesarios, tampoco es algo totalmente imposible adquirir las en el “mercado negro” o en determinadas páginas Web. En cuanto a la venta del pasaporte falso, se trata de un instrumento para facilitar la huida, pero hay que tener en cuenta que esta se produce cuando los delitos ya se han cometido por lo que no tiene incidencia alguna en su ejecución.

Ahora bien, no basta con esa aportación accidental, periférica o secundaria.

Tanto en la cooperación necesaria como en la complicidad es necesario que concurra el elemento subjetivo consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél<sup>120</sup>. Es lo que ha venido en llamar “doble dolo” es decir debe concurrir dolo tanto respecto al acto de cooperación o complicidad, como respecto a la ejecución del hecho delictivo.

---

<sup>118</sup> La STS de 5 de marzo de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:1362] considera preciso *para la existencia de la cooperación necesaria, que el partícipe no esté subordinado a la voluntad del autor que mantiene en sus manos la absoluta y plena decisión sobre la consumación del delito. Domina el hecho quien lo conforma y planifica según su voluntad final de realizarlo. Por ello los coautores se encuentran en una posición que les permite orientar los factores causales conforme a la dirección final de su voluntad, y para que exista un condominio del hecho es necesario que la función del partícipe sea esencial, es decir, de una entidad suficiente para que su ausencia pueda determinar el fracaso del objetivo previsto* (en el mismo sentido las SSTS de 28 de febrero de 2008 [ECLI:ES:TS:2008:682]; de 22 de diciembre de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:8391] y de 25 de junio de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:3393]).

<sup>119</sup> STS de 16 de abril de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:1465].

<sup>120</sup> SSTS de 27 de enero de 1998 [ECLI:ES:TS:1998:429] o de 24 de abril del 2000 [ECLI:ES:TS:2000:3437].

Pues bien, no consta que entre Antonio y el “Pistolas” hubiese existido un concierto previo en el que ambos hubiesen acordado que el primero causaría la muerte de su ex esposa, su ex suegro y su hijo, con el arma que le vendía el segundo. No hay elementos que nos hagan pensar que el “Pistolas” tuviese voluntad de participar en la conducta de Antonio contribuyendo mediante la venta del arma a la consecución de aquellas muertes. Al contrario, que el arma haya sido pagada por Antonio en el momento de la entrega hace pensar que se trató de una mera transacción entre ambos.

Es cierto que la infidelidad de Rocío, al parecer, era conocida por amigos y familiares de Antonio, y que el Pistolas vivía en el mismo barrio, pero se nos dice que no son amigos, sino *meros conocidos*, por lo que el Pistolas, pese a residir en la misma zona, no tenía por qué estar informado de las circunstancias de la vida de Antonio. Es verdad que Antonio con el arma de fuego adquiere un falso, de lo que el “Pistolas” podía haber deducido su intención de cometer algún delito con esa arma, pero esa suposición no puede ser tenida por verdadero conocimiento del hecho delictivo que Antonio iba a cometer.

En conclusión, la venta del arma de fuego a Antonio que realiza el “Pistolas”, carece de relevancia jurídica penal respecto de los delitos de asesinato y homicidio.

### III.3. Jurisdicción y competencia

- Comete una infracción muy grave prevista en el art. 155 RA, cuya sanción es competencia de la Secretaría de Estado de Seguridad, a propuesta de la Guardia Civil, por los tramites de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas<sup>121</sup>.
- Contra la resolución que imponga la sanción cabe recurso de alzada, que una vez desestimado bien de forma expresa bien por silencio administrativa, deja abierta la vía para impugnar la sanción ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo.

### III.3. Conclusión sobre las consecuencias jurídicas de la conducta del “Pistolas”

<b>Venta del arma</b>	Ilícito administrativo muy grave (art. 155 RA)
<b>Falsificación del pasaporte</b>	Delito de falsificación de documento oficial (art. 392.1 en relación con el art. 390.1.2ª CP)

Tabla 3. Conclusión sobre las consecuencias jurídicas de la conducta del "Pistolas"

<sup>121</sup> Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

## CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES

### I.

La conducta de Antonio realizaría un delito de impago de pensiones del art. 227 CP si Rocío hubiese presentado denuncia conforme al art. 228 CP, y siempre que tuviese capacidad económica para efectuar el pago de las mensualidades fijadas en la sentencia de divorcio. El pago atrasado de las cantidades adeudadas solo puede valorarse como atenuante de reparación del daño, pero no excluye la tipicidad de la conducta al tratarse de retrasos que se producen todos los meses y, además al menos en una ocasión, deja transcurrir tres meses sin pagar cantidad alguna, de manera que concurre la conducta típica.

Como consecuencia de las llamadas de Antonio, en las que profiere insultos y amenazas a Rocío, ésta podría haber interesado una orden de protección del art. 544 ter LECrim a fin de que se impusiese a Antonio una prohibición de aproximación y comunicación. Al mismo tiempo, Rocío podía haber interpuesto denuncia contra Antonio por un delito continuado de vejación injusta leve del art. 173.4 LECrim ya que las expresiones que le dirigió eran objetivamente lesivas para su dignidad y atentaban contra su propia estimación. Pese a la despenalización de la injuria leve, por derogación de la falta que la regulaba, la conducta sigue siendo típica por dirigirse contra la ex esposa. Por último, Antonio comete un delito continuado de amenazas graves no condicionales del art. 169.2 CP, rechazándose la aplicación del tipo agravado de amenazas leves del art. 171.4 CP ya que teniendo en cuenta las circunstancias previas, simultaneas y posteriores es evidente que, en efecto, Antonio tenía una intención firme y seria de acabar con la vida de Rocío. Al no tenerse en cuenta el género en la tipificación de la conducta, se aprecia la agravante de parentesco del art. 23 CP.

La compra por Antonio de un arma de fuego para terminar con la vida de Rocío también es relevante penalmente ya que aquel comete un delito de tenencia ilícita de armas. Si se trata de un arma prohibida o un arma reglamentada modificada será de aplicación el art. 563 CP y si consideramos que es un arma reglamentada pero que Antonio carece de licencia o permiso será de aplicación el art. 564 CP. Y ello es así, por cuanto Antonio se hace con un arma de especial potencia lesiva que mantiene en su poder con evidente peligro para la seguridad de Rocío, terminando por utilizarla contra su ex mujer, contra Pepe y contra el pequeño Francisco.

Cuando Antonio encarga al “Pistolas” un pasaporte falso es coautor, con éste, de un delito de falsificación de documento oficial cometido por particular, del art. 392.1 en relación con el art. 390.1.2º CP. Aunque materialmente la falsificación del documento es realizada por el “Pistolas”, Antonio es quien lo encarga, aporta los datos personales y la fotografía del documento, de modo que tiene el dominio del hecho.

Antonio entra en casa de Rocío de forma violenta y precipitada, conducta que realiza dos delitos. De un lado debe valorarse su conducta como un delito de allanamiento de morada del art. 202 CP al no haber sido la entrada consentida por Rocío. Aunque no consta la existencia de una resolución judicial que hubiese atribuido el uso exclusivo del domicilio a Rocío, se considera que era su morada al ostentar el uso de hecho. Por otra parte, al entrar en el domicilio de Rocío, Antonio incumple las prohibiciones de

aproximación y comunicación que se le impusieron en la orden de protección acordada tras las llamadas telefónicas ya mencionadas, conducta que se valora como un delito de quebrantamiento de medida cautelar agravado por la comisión de un delito de violencia de género del art. 486.2 CP.

Cuando Antonio dispara sobre Rocío con intención de terminar con su vida, comete un delito de asesinato del art. 139 CP cualificado por la alevosía. Rocío se ve sorprendida primero por la entrada de Antonio en su domicilio, totalmente inesperada y por el hecho de que éste, de forma súbita e imprevista, saca un arma y le dispara. Es un delito intentado de los arts. 16 y 62 CP ya que la muerte no llega a producirse por causas ajenas a la voluntad de Antonio y cuando él ya había realizado todos los actos que eran necesarios. Se tiene en cuenta la agravante de parentesco del art. 23 CP pero no la circunstancia atenuante de estado pasional del art. 21.3 CP pese a que Antonio actuase movido por los celos ya que no parece que sus facultades mentales estuviesen alteradas.

Cuando Antonio dispara contra Pepe, persona de avanzada edad que está postrado en la cama a consecuencia de una enfermedad, comete un delito de homicidio del art. 139 CP ya que el instrumento utilizado para causar la muerte, y la totalidad de las circunstancias previas, simultaneas y posteriores a los hechos, conducen a pensar que tenía intención de acabar con su vida. Se considera un supuesto agravado de la circunstancia 1ª del art. 140.1 CP al tratarse de una víctima especialmente vulnerable por razón de la edad y de enfermedad. Se descarta el delito de asesinato del art. 139.1.º CP cualificado por la alevosía por cuanto el desvalimiento de Pepe era de tal entidad que no se emplearon medios o modos especiales, para asegurar la ejecución de los hechos, ni puede entenderse que el ataque haya sido sorpresivo o inesperado ante la falta de consciencia de la víctima.

La conducta de Antonio al disparar al pequeño Francisco comete un delito de homicidio del art. 139 CP agravado por la circunstancia 1ª del art. 140.1 CP al ser la víctima especialmente vulnerable por razón de su edad con la concurrencia de la agravante de parentesco del art. 23 CP. Se considera que Antonio sabía o debía saber que Francisco estaba escondido bajo la sábana, por lo que su muerte se le imputa por dolo directo o por dolo eventual. De nuevo se rechaza la concurrencia de alevosía por el total desvalimiento del menor.

Antonio, ante la conducta de Rocío impidiéndole disfrutar del derecho de visitas que le corresponde y así mismo al no permitirle que se ponga en contacto con su hijo, podía haber interpuesto un procedimiento de ejecución previsto en el art. 766.3 del Título V de la LEC. Solo en el caso de que el procedimiento civil hubiese resultado infructuoso, y si Rocío continuase impidiéndole el derecho de visitas, podría, presentar denuncia por un delito de abandono de familia del art. 266 CP o, si el incumplimiento de las resoluciones judiciales fuese reiterado y persistente, Rocío podía haber cometido un delito de desobediencia a la autoridad del art. 556 CP.

En cuanto a las sospechas de Antonio respecto a la paternidad de Francisco tendría que haber ejercitado la acción de impugnación de paternidad a que se refiere el art. 136 CC, para lo que hubiese dispuesto del plazo de un año desde que tuvo la certeza que no era el padre biológico del menor.

Estimada la demanda y rectificada la inscripción en el Registro Civil, Antonio podría reclamar a Rocío una indemnización por el daño moral causado por la inscripción cuando menos negligente de su paternidad y en todo caso, por el ocultamiento doloso de la paternidad de un tercero.

Cunado el Pistolas vende un arma de fuego a Antonio comete un ilícito administrativo por infracción muy grave, sancionado por el art. 155 RA. No se valora un delito de tráfico de armas al no tratarse de la venta de cinco o más armas, y tampoco se valora el delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 o 564 CP ya que se trata de una tenencia fugaz.

Por último el Pistolas es coautor del mismo delito de falsificación del documento oficial cometido por Antonio, del art. 392.1 en relación con el art. 390.1.2º CP.

## II.

El Derecho Penal es un instrumento eficaz de sensibilización que permite implicar a la sociedad civil en la luchar contra la violencia de género y transmitir un mensaje claro: el que unos hechos sucedan en el ámbito de pareja, ciertamente privado, no implica que su persecución penal deba ser también privada. La violencia de género es un instrumento de dominación que se manifiesta de diferentes maneras, como violencia física, sexual, psicológica, económica, etc. Se presenta como una violencia cíclica que aumenta progresivamente, con situación de amenaza constante y frustración, que conduce a la víctima a la sumisión, pérdida de autoestima, aislamiento social y familiar y problemas de salud que terminan con la víctima culpabilizándose de la situación. En definitiva, sus efectos son devastadores.

Sin embargo y a pesar del esfuerzo del legislador, lo cierto es que la realidad no ha cambiado como era de esperar. Siguen muriendo mujeres a manos de sus parejas o ex parejas y aumenta la violencia de género entre adolescentes y jóvenes. Persiste la cultura que normaliza la sumisión y de dependencia en las relaciones de pareja. Persisten los sentimientos de vergüenza, culpa y soledad de las víctimas con el bloqueo emocional subsiguiente. Persiste la necesidad de proteger a los hijos. Siguen existiendo reticencias a la hora de denunciar, y es frecuente que presentada denuncia, sea posteriormente retirada.

Es evidente que la respuesta penal a la violencia de género no es suficiente.

Hace falta reforzar la prevención de estas conductas, fundamentalmente a nivel educativo y es preciso reforzar los aspectos sociales, asistenciales y de atención a la víctima.

Por último, la LOPIVG expresamente excluye de la mediación penal los conflictos de violencia de género. Y en efecto, nada es más peligroso para una víctima de esta clase de violencia que “perdonar” al agresor. Ahora bien, ello no quiere decir que los principios inspiradores de la mediación no puedan ser aplicados, sobre todo en actuaciones preventivas, por lo que deben fomentarse los programas de mediación y orientación familiar para las situaciones de deterioro inicial de la convivencia familiar.

La violencia de género es una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y por ello la lucha contra este tipo de violencia incumbe a toda la sociedad. Solo así se podrán desactivar discursos populistas, que partiendo de premisas falsas y del desconocimiento de la realidad, pretenden subvertir un sistema de protección a las mujeres que, en mi opinión, todavía no se ha concluido.



**BIBLIOGRAFÍA**

ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial”, en *Aranzadi Civil*, nº 9/2010, Pamplona, 2011, p. 3.

CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S.: *Comentarios al Código penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 501.

CRUZ BLANCA, M<sup>a</sup>.J.: *Régimen penal y tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 56, p. 59.

DE PABLO SERRANO, A.: *Honor, injurias y Calumnias. Los delitos contra el honor en el Derecho histórico y en el Derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 252, p. 256.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 755, 2016, p. 1554.

FARRÉ TREPAT, E.: *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*, Edifoser, Barcelona, 2011, p. 203.

GENOVÉS GARCÍA, A.: *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 72, p. 76, p. 161.

JIMÉNEZ ROMERO, L.: “El delito de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos” en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº 11, 2017, pp. 162 a 192.

LARRAYÓZ SOLA, I.: “Validez de grabación subrepticia de conversación en empresa por empleados a cliente que es aportada al proceso”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, v.10, 2016, pp. 187 a 190.

LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 59.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: “Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad. Comentario de la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)” en *Revista de Derecho Patrimonial*, Aranzadi, nº 48, 2019.

MAGRO SERVET, V.: “Incumplimiento del régimen de custodia o visitas de menores: ¿artículo 618.2 o 622 del Código Penal? ¿hace falta un expreso requerimiento previo en el orden civil?”, en *Revista La Ley penal*, nº 98-99, 2012, p. 11.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 47, p. 144, p. 273, p.309, p. 311, p. 806.

PUENTE ABA, L.Mª (dir.), RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (coord.) y SOUTO GARCÍA, E. (coord.): *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010, p. 80.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A.: “Provocación femenina, violencia masculina y la mitología del feminicidio pasional” en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 27, 2012, pp. 311 a 329.

RAMÓN RIVAS, E.: *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 106 a 107.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, J.M.: “De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio” (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010), en *Diario la Ley*, nº 7582, Sección Doctrina 201, 2011, p. 8.

ROMERO COLOMA, A.M.: “Pensiones alimenticias indebidamente pagadas a hijos menores de edad (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015)” en *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Navarra, 2016.

ROJAS A, L.E.: *Teoría funcionalista de la falsedad documental*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: “Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente” en *Revista Penal*, nº 43, 2019, pp. 157 a 171.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: “Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco” en *Revista Penal*, nº 44, 2019, p. 202.

SIERRA LÓPEZ, Mª.V.: “Homicidio y asesinato: las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas: el Proyecto de reforma del CP de 20 de septiembre de 2012” en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 33, 2014, p. 137.

SILVA SÁNCHEZ, J.Mª.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier Libros, Barcelona, 2015, p. 192.

VELÁZQUEZ BARÓN, A.: *Las amenazas*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 10.

VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., CUERDA ARNAU, Mª.L., BORJA JIMÉNEZ, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 329.

## BIBLIOGRAFÍA WEB

“Comentario al art. 138 del Código Penal”, *Comentarios prácticos al Código Penal (Tomo II)*, Aranzadi, 2015, p. 3. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/maf/app/document?srguid=i0ad82d9a0000016fd3389676721bdcb2&marginal=BIB\2015\184507&docguid=Ie596a8d01d6411e6801d010000>

[000000&ds=ARZ\\_LEGIS\\_CS&infotype=arz\\_biblos;&spos=9&epos=9&td=22&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=\\$!params.suggestScreen&&selectedNodeName=&selec\\_mod=false&displayName=](#) [última consulta: 24 de enero de 2020].

*Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

MARAZABAL MANRESA, I.: *Feminicidios de pareja: efecto imitación y análisis criminológico de los 30 casos sentenciados por la Audiencia Provincial de Barcelona (2006-2011)*, Tesis doctoral, 2015, pp. 127 a 128, p. 144, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=52625> [última consulta: 23 de enero de 2020].

MUÑOZ GARCÍA, C.: “Reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos tras declararse la inexistencia de la relación paterno filial” en *Comentario de la Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015 (1933/2015)*. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/comentarios\\_sentencias\\_unificacion\\_doctrina\\_civil\\_y\\_mercantil/abrir\\_pdf.php?id=COM-D-2015-39](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2015-39) [Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de alimentos tras declarar se la inexistencia de relaci%C3%B3n paterno filial](#) [última consulta: 3 de febrero de 2020].

**APÉNDICE JURISPRUDENCIAL****Tribunal Constitucional**

STC de 14 de marzo de 2009	[ECLI:ES:TC:2009:45]
STC de 21 de julio de 2009	[ECLI:ES:TC:2009:177]
	[ECLI:ES:TC:2009:178]
	[ECLI:ES:TC:2009:179]
	[ECLI:ES:TC:2009:180]
STC de 27 de octubre de 2009	[ECLI:ES:TC:2009:201]
	[ECLI:ES:TC:2009:202]
	[ECLI:ES:TC:2009:203]
STC de 24 de febrero de 2004	[BOE-T-2004-5478]
STS de 11 de abril de 1985	[BOE-T-1985-9096]

**Tribunal Supremo**

STS de 13 de noviembre de 2018	[ECLI:ES:TS:2018:3700]
STS de 29 de junio de 2017	[ECLI:ES:TS:2018:1365]
STS de 16 de diciembre de 2016	[ECLI:ES:TS:2016:5506]
STS de 15 de julio de 2016	[ECLI:ES:TS:2016:3585]
STS de 20 de julio de 2015	[ECLI:ES:TS:2015:3499]
STS de 10 de julio de 2015	[ECLI:ES:TS:2015:3377]
STS de 22 de junio de 2015	[ECLI:ES:TS:2015:3073]
STS de 24 de abril de 2015	[ECLI:ES:TS:2015:1933]
STS de 16 de abril de 2014	[ECLI:ES:TS:2014:1465]
STS de 19 de marzo de 2014	[ECLI:ES:TS:2014:1114]
STS de 25 de junio de 2013	[ECLI:ES:TS:2013:3393]
STS de 5 de marzo de 2013	[ECLI:ES:TS:2013:1362]
STS de 28 de junio de 2011	[ECLI:ES:TS:2011:692]
STS de 16 de junio de 2011	[ECLI:ES:TS:2011:4563]
STS de 9 de diciembre de 2010	[ECLI:ES:TS:2010:7761]
STS de 14 de junio de 2010	[ECLI:ES:TS:2010:3337]
STS de 18 de febrero de 2010	[ECLI:ES:TS:2010:1098]
STS de 22 de diciembre de 2009	[ECLI:ES:TS:2009:8391]
STS de 1 de julio de 2009	[ECLI:ES:TS:2009:4646]
STS de 13 de abril de 2009	[ECLI:ES:TS:2009:1999]
STS de 13 de marzo de 2009	[ECLI:ES:TS:2009:1806]
STS de 6 de febrero de 2009	[ECLI:ES:TS:2009:459]
STS de 23 de enero de 2009	[ECLI:ES:TS:2009:224]
STS de 28 de febrero de 2008	[ECLI:ES:TS:2008:682]
STS de 29 de noviembre de 2007	[ECLI:ES:TS:2007:7646]
STS de 23 de mayo de 2007	[ECLI:ES:TS:2007:3655]
STS de 25 de abril de 2007	[ECLI:ES:TS:2007:2705]
STS de 21 de febrero de 2007	[ECLI:ES:TS:2007:1468]
STS de 2 de octubre de 2006	[ECLI:ES:TS:2006:5836]
STS de 28 de abril de 2006	[ECLI:ES:TS:2004:3840]
STS de 31 de octubre de 2005	[ECLI:ES:TS:2005:6674]
STS de 22 de noviembre de 2005	[ECLI:ES:TS:2005:7128]

STS de 15 de junio de 2005	[ECLI:ES:TS:2005:3921]
STS de 25 de noviembre de 2004	[ECLI:ES:TS:2004:7681]
STS de 15 de octubre de 2002	[ECLI:ES:TS:2002:6763]
STS de 13 de febrero de 2001	[ECLI:ES:TS:2001:970]
STS de 27 de enero de 2001	[ECLI:ES:TS:2001:440]
STS de 24 de abril de 2000	[ECLI:ES:TS:2000:3437]
STS de 11 de febrero de 1998	[ECLI:ES:TS:1998:882]
STS de 27 de enero de 1998	[ECLI:ES:TS:1998:429]
STS de 19 de abril de 1997	[ECLI:ES:TS:1997:2691]
STS de 26 de abril de 1991	[ECLI:ES:TS:1991:9723]
STS de 20 de abril de 1991	[ECLI:ES:TS:1991:9815]
STS de 8 de abril de 1989	[ECLI:ES:TS:1989:8261]
STS de 9 de marzo de 1989	[ECLI:ES:TS:1989:12187]
STS de 5 de diciembre de 1981	[ECLI:ES:TS:1981:4606]
ATS de 1 de abril de 2019	[ECLI:ES:TS:2019:3422A]
ATS de 18 de octubre de 2017	[ECLI:ES:TS:2017:10200A]
ATS de 12 de mayo de 2017	[ECLI:ES:TS:2017:4741A]
ATS de 13 de marzo de 2017	[ECLI:ES:TS:2017:7350A]
ATS de 22 de febrero de 2017	[ECLI:ES:TS:2017:1398A]
ATS de 11 de enero de 2017	[ECLI:ES:TS:2017:179A]
ATS de 14 de diciembre de 2016	[ECLI:ES:TS:2016:12635A]
ATS de 9 de junio de 2016	[ECLI:ES:TS:2016:6100A]
ATS de 11 de mayo de 2016	[ECLI:ES:TS:2016:4703A]
ATS de 24 de febrero de 2016	[ECLI:ES:TS:2016:2651A]
ATS de 20 de noviembre de 2014	[ECLI:ES:TS:2014:9668A]
ATS de 9 de abril de 2014	[ECLI:ES:TS:2014:5704A]
ATS de 19 de mayo de 2011	[ECLI:ES:TS:2011:5290A]
ATS de 9 de julio de 2009	[ECLI:ES:TS:2009:10994A]
ATS de 21 de abril de 2009	[ECLI:ES:TS:2009:5101A]

### **Tribunal Superior de Justicia**

STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2019	[ECLI:ES:TSJCAT:2019:4258]
STSJ de Asturias de 5 de junio de 2018	[ECLI:ES:TSJAS:2018:1396]

### **Audiencia Provincial**

AAP de Badajoz de 4 de julio de 2018	[ECLI:ES:APBA:2018:233A]
SAP de Burgos de 26 de septiembre de 2018	[ECLI:ES:APBU:2018:800]
SAP de Barcelona de 25 de julio de 2018	[ECLI:ES:APB:2018:7295]
SAP de Coruña de 8 de mayo de 2018	[ECLI:ES:APC:2018:1040]
SAP de Córdoba de 16 de marzo de 2018	[ECLI:ES:APCO:2018:701]
SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008	[ECLI:ES:APCA:2008:124]
SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007	[ECLI:ES:APV:2007:2216]
SAP de León de 2 de enero de 2007	[ECLI:ES:APLE:2007:2]
SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004	[ECLI:ES:APV:2004:4688]
SAP de Palencia de 22 de marzo de 2002	[ECLI:ES:APP:2002:145]
SAP de Sevilla de 14 de marzo de 2002	[ECLI:ES:APSE:2002:1158]
SAP de Córdoba de 12 de marzo de 2001	[ECLI:ES:APCO:2001:335]
SAP de Segovia de 23 de noviembre de 1998	[ECLI:ES:APSG:1998:482]