



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultade de Dereito

---

Traballo de Fin de Grao

VIOLENCIA DE XÉNERO, DESPIDO DISCIPLINARIO E CUSTODIA  
E RÉXIME DE VISITAS DOS FILLOS MENORES

*Laura Grille Barca*

*Titora: María Ángeles Fuentes Loureiro*

Simultaneidade do Grao en Dereito e o  
Grao en Administración e Dirección de Empresas

Curso académico: 2021/2022

---

Traballo de Fin de Grao presentado na Facultade de Dereito da  
Universidade da Coruña para a obtención do Grao en Dereito.

---

# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>3</b>
<b>FEITOS</b> .....	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>6</b>
<b>PRIMEIRA CUESTIÓN</b> .....	<b>7</b>
<b>I. CALIFICACIÓN PENAL DOS FEITOS COMETIDOS POR JORGE ATA SETEMBRO DE 2021.</b> .....	<b>7</b>
I.1. DELITO DE MALTRATO HABITUAL .....	7
I.1.1. Concepto .....	7
I.1.2. Aplicación práctica .....	9
I.2. DELITO DE LESIÓNS .....	10
I.2.1. Concepto .....	10
I.2.2. Tipo agravado .....	11
I.2.3. Aplicación práctica .....	11
I.3. LESIÓNS CONSUMADAS VS TENTATIVA DE HOMICIDIO OU ASASINATO.....	12
I.3.1. Concepto. Animus necandi e animus laedendi.....	12
I.3.2. Tentativa de homicidio vs tentativa de asasinato .....	13
I.3.3. Aplicación práctica .....	13
I.4. CONCURSO DE DELITOS.....	15
I.4.1. Concurso ideal .....	15
I.4.2. Concurso real.....	15
I.4.3. Aplicación práctica .....	15
<b>II. CONCORRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL</b> .....	<b>16</b>
II.1. Atenuante pola grave adicción ao consumo de bebidas alcohólicas.....	17
II.2. Agravante de discriminación por razóns de xénero.....	17
II.3. Circunstancia mixta de parentesco .....	18
II.4. Compatibilidade da agravante de xénero e da circunstancia mixta de parentesco.....	18
II.5. Aplicación práctica .....	19
<b>III. RELEVANCIA PENAL DO FEITO COMETIDO POR CLARA O 26 DE SETEMBRO DE 2021</b> .....	<b>20</b>
III.1. DELITO DE DESCUBRIMIENTO E REVELACIÓN DE SECRETOS .....	21
III.1.1. Concepto .....	21
III.1.2. Aplicación práctica .....	21
<b>IV. DETERMINACIÓN DAS PENAS QUE CORRESPONDERÍA IMPOÑER A CADA UN DELES</b> .....	<b>22</b>
IV.1. Pena que se lle debe impoñer a Jorge .....	22
IV.1.1. Concurso real de delitos .....	22

IV.2. Pena que se lle debe impoñer a Clara .....	24
<b>SEGUNDA CUESTIÓN.....</b>	<b>24</b>
<b>I. ANÁLISE DO DESPIDO DE CLARA.....</b>	<b>24</b>
I.1. Aplicación práctica .....	25
I.1.1. Cualificación xudicial e dereito á indemnización.....	27
<b>TERCEIRA CUESTIÓN .....</b>	<b>28</b>
<b>I. XURISDICIÓN E COMPETENCIA. OS XULGADOS DE VIOLENCIA SOBRE A MULLER.....</b>	<b>28</b>
I.1. Competencias penais.....	28
I.1.1. Competencia funcional e obxectiva.....	28
I.1.2. Competencia territorial .....	29
I.1.3. Competencia penal por conexión .....	30
I.2. Competencias civís .....	30
I.2.1. Materias civís atribuídas ao coñecemento dos XVM .....	30
I.2.2. Competencia exclusiva e excluínate na orde civil.....	30
I.3. Aplicación práctica .....	31
<b>II. ADMISIÓN COMO PROBA DA FOTO AO WHATSAPP DE JORGE.....</b>	<b>32</b>
II.1. Aplicación práctica .....	33
<b>III. MODO DE APORTACIÓN DA PROBA .....</b>	<b>33</b>
<b>CUARTA CUESTIÓN .....</b>	<b>35</b>
<b>I. GARDA E CUSTODIA DOS FILLOS MENORES .....</b>	<b>35</b>
<b>II. RÉXIME DE VISITAS FILLOS MENORES.....</b>	<b>36</b>
<b>III. APLICACIÓN PRÁCTICA .....</b>	<b>37</b>
III.1. Caso hipotético: prisión provisional do pai .....	37
III.2. Relevancia das manifestacións do fillo sobre o pai .....	37
<b>QUINTA CUESTIÓN .....</b>	<b>39</b>
<b>I. QUEBRANTAMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES POLOS FEITOS COMETIDOS POR JORGE OS DÍAS 7 E 12 DE OUTUBRO.....</b>	<b>39</b>
I.1. Prohibicións de comunicación e aproximación .....	39
I.2. Delito de quebrantamento de condena.....	40
I.3. Aplicación práctica .....	40
I.3.1. Visualización da “historia” de Instagram .....	40
I.3.2. Mensaxe ao grupo de WhatsApp.....	41
<b>CONCLUSIÓN FINAIS .....</b>	<b>42</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>44</b>
<b>WEBGRAFÍA.....</b>	<b>46</b>
<b>APÉNDICE LEXISLATIVO .....</b>	<b>46</b>
<b>APÉNDICE XURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>47</b>

---

## **ABREVIATURAS**

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

*E.g.: Exempli gratia* (dado como exemplo)

ET: Estatuto dos Traballadores

FD: Fundamento de Dereito

LEC: Lei de Axuizamento Civil

LECRim: Lei de Axuizamento Criminal

LIVG: Lei de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero

LO: Lei Orgánica

LOPX: Lei Orgánica do Poder Xudicial

LOPXM: Lei Orgánica de Protección Xurídica do Menor

LXS: Lei reguladora da Xurisdición Social

Núm.: Número

P./pp.: Páxina/s

SAP: Sentenza da Audiencia Provincial

Ss.: Seguintes

STC: Sentenza do Tribunal Constitucional

STS: Sentenza do Tribunal Supremo

STSX: Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

XVM: Xulgados de Violencia sobre a Muller

---

## FEITOS

Clara Suárez e Jorge Carballés, ambos españois e maiores de idade, contraeron matrimonio o día 20 de abril de 2013, e iniciaron entón a súa convivencia nun inmoible situado no centro da cidade da Coruña. A parella ten dous fillos: Martín, nacido o 8 de decembro de 2013; e Jimena, nacida o 28 de outubro de 2018.

Aos poucos meses de casarse, Jorge empezou a abusar do consumo de alcol, ao tempo que cambiou a súa actitude con Clara. Inicialmente, molestábase si a súa muller saía coas súas amigas, si falaba con algún home ou si se vestía de maneira que el non considerase apropiada, provocando que ela perdesse o contacto con moitos amigos e coñecidos. A medida que Clara se illaba do seu entorno social, esta actitude do marido foise intensificando. Era frecuente que Jorge se enfurecese por calquera nimiedade cotián e insultase a súa muller (chamándolle “puta”, “tola”, “fea”, “inútil”), que rompese obxectos do fogar como pratos ou vasos, que pasase varios días sen dirixirle a palabra sen motivo, que tirase ao lixo roupa que a Clara lle gustaba e que realizase comentarios humillantes sobre ela en público. Estes feitos producíanse moitas veces estando el en estado de embriaguez. Así mesmo, en ocasións realizaba conductas como ensuciar a propósito partes da casa que Clara acababa de limpar, esconder obxectos persoais dela en lugares onde non puidese enconralos ou cortarlle o subministro de auga quente mentres se duchaba, negándoo todo ante ela posteriormente.

Clara traballaba desde o 1 de setembro de 2010 na área de márketing dunha entidade aseguradora. Neste departamento, encargábase, entre outras cosas, das campañas publicitarias, a comunicación e a xestión de redes sociais, onde non se atribuían funcións e obxectivos concretos a cada traballador, senón que o traballo levábase a cabo en equipo, aportando cada un dos cinco membros a súa creatividade, ideas e coñecementos.

En abril de 2017, Jorge foi ascendido de posto na empresa na que traballaba, aumentando considerablemente o seu soldo. Empezou entón a instigar a Clara a deixar o seu traballo, e, ante a negativa da muller, decidiu imposibilitarlle traballar. Durante os meses de maio e xuño de 2017, realizou as seguintes conductas: o 18 de maio ás 11 h chamouna ao traballo dicíndolle falsamente que lle pasara algo grave ao neno no colexio (co que Clara abandonou o seu posto de traballo, ao que regresou ás 12:30 h); o 25 e o 27 de maio ás 10 e 10:30 h respectivamente, chamouna advertíndolle de que se non ía a casa inmediatamente suicidaríaase (en ambas ocasións, Clara ausentouse do traballo durante dúas horas); e os días 3, 5 e 8 de xuño apagoulle o reloxo espertador, con que a muller presentouse na oficina unha hora tarde nas tres ocasións. A estas ausencias súmaselle o feito de que, pola situación que vivía, Clara levaba varios meses mostrándose en ocasións descentrada e distraída no traballo.

O 15 de xuño de 2017, a empresa notificoulle a Clara por escrito un despedido disciplinario. A carta establecía que a decisión amparábase nas causas de despedido disciplinario do artigo 54 do Estatuto dos Traballadores. Concretamente, viña motivada por dous: por un lado, as ausencias e faltas de puntualidade inxustificadas (detallando os días e horas no que se produciran, xa mencionados) e, por outro, un descenso do rendemento no traballo, sinalando ao respecto unicamente que *“O seu rendemento nos últimos meses foi inferior ao esperado e iso veuse reflexado nas ventas”*. A relación laboral rexíase polo Convenio colectivo xeral de ámbito estatal para o sector das entidades de seguros vixente naquel momento.

A raíz da angustia provocada, Clara empezou a experimentar un alto nivel de nerviosismo, dores de cabeza, inestabilidade no sono, dúbidas sobre a súa cordura e ideas suicidas. O 20 de xuño de 2017 acudiu á consulta privada dun psiquiatra, que, tras avaliar os seus síntomas, diagnosticoulle que padecía un trastorno ansioso-depresivo severo, e

---

pautoulle un tratamento de seis meses de duración consistente na toma de fármacos antidepressivos.

A partir de entón, a economía familiar pasou a depender exclusivamente de Jorge, que nos anos seguintes continuou mantendo a mesma actitude cara a súa muller.

A mañá do 26 de setembro de 2021, Jorge marchou a traballar esquecéndose o seu teléfono móbil no domicilio. Clara coñecía o contrasinal para desbloquear o dispositivo porque vira ao seu marido introducindo en numerosas ocasións e, aproveitando a ausencia del, accedeu ao teléfono. Concretamente, entrou na aplicación WhatsApp, onde leu que Jorge, a noite anterior, enviara a un amigo a seguinte mensaxe: *“Ultimamente estoume pasando bastante, pero é que non a aguanto. Calquera día collo aos nenos e non nos volve a ver”*. Alarmada, Clara fixo unha foto a esa mensaxe co seu propio teléfono móbil.

Esa mesma tarde, Jorge volveu a casa ebrio, nun estado que lle dificultaba falar con claridade, camiñar e manter o equilibrio. Nada máis entrar el pola porta do piso, Clara díxolle que vira as mensaxes no seu teléfono móbil e que quería divorciarse, ao que o home respondeulle berrando: *“Como marches, mátote”*. Clara colleu o seu bolso e saíu do piso, e entón el, de 1,75 metros de estatura e 75 quilos de peso, entrou en estado de cólera e empurrouna con forza cara as escaleiras do edificio. Ela, de 1,65 m de estatura e 55 quilos, impactou contra o pequeno muro que protexía o oco das escaleiras e que lle chegaba ata a cintura, e, acto seguido, caeu polas escaleiras ata oito chanzos máis abaixo, onde quedou tendida no chan. Jorge entrou no piso, cerrou a porta e sentouse a ver a televisión.

Alertados por unha veciña, os servizos de emerxencia e a Garda Civil chegaron ao inmoble quince minutos máis tarde. Clara foi trasladada ao hospital, onde lle diagnosticaron unha fractura de tibia que requiría inmovilización da perna durante dous meses e unha ferida no pómulo que precisou catro puntos de sutura. Pola súa parte, Jorge foi detido pola Garda Civil dentro da vivenda e ao día seguinte pasou a disposición xudicial. A xuíza decretou para el liberdade provisional con cargos e, entre outras, impuxo como medidas cautelares a prohibición de aproximarse a Clara e a seus pais a menos de 500 metros e a prohibición de comunicarse con eles por calquera medio. O 2 de outubro de 2021, Clara interpuxo unha demanda de divorcio.

Todos estes anos, Jorge nunca mostrou actitude violenta cara os dous fillos da parella. Ademais, os nenos non presenciaron a agresión física a súa nai, xa que non se encontraban presentes no domicilio no momento dos feitos. Sen embargo, ao preguntarlle ao fillo maior manifesta abertamente que seu pai se enfada moitas veces e insulta á súa nai, e que unha vez ela tivo un mazadura moi grande nun ollo.

O 7 de outubro de 2021, Clara compartiu na rede social Instagram, onde ten un perfil público, unha “historia” (trátase dunha imaxe que se mantén publicada durante só 24 horas, y quen a publica pode saber que usuarios a viron). Ás poucas horas, viu que Jorge se encontraba entre as persoas que viran a publicación. O 12 de outubro de 2021, Jorge enviou unha mensaxe que dicía “Feliz día da Hispanidade” a un grupo de WhatsApp no que están incluídos dez antigos amigos da parella, e tamén Clara.

---

## INTRODUCCIÓN

Ao longo deste traballo abordaremos xuridicamente todos os feitos que relata o caso práctico, do que son “protagonistas” Clara e Jorge, un matrimonio con dous fillos menores.

En primeiro lugar, cualificaremos penalmente os delitos cometidos por cada un dos cónxuxes e determinaremos cal é a pena que lle correspondería a cada un deles.

Ao meu parecer, o máis destacable deste punto serían os delitos cometidos por Jorge, que, como veremos, son constitutivos de violencia de xénero.

A violencia de xénero trátase da forma de discriminación á muller máis preocupante que existe na actualidade, e non solo pola propia gravidade dos actos en si mesmos, senón tamén pola tremenda magnitude que alcanzou. Recóllese nos datos publicados polo Ministerio de Igualdade (2022) que entre 2003 e principios de febreiro de 2022 foron 1.129 as mulleres vítimas mortais por violencia de xénero e, aínda que a cifra parece que tende á baixa (pasamos de ter ao redor de 70 mortes ao principio do século a 44 en 2021), é un proceso moi lento e totalmente inaceptable.

A protección da muller e da igualdade entre sexos vense buscando dende hai moitos anos. Xa a incluía a Declaración de Dereitos do Home e do cidadán, de 26 de agosto de 1789; a Declaración Universal dos Dereitos Humanos, de 10 de decembro de 1948 ou o Pacto Internacional dos Dereitos Cívicos e Políticos, de 16 de decembro, entre moitos outros (Martín Sánchez, 2018, p. 80). Pero o problema recaía en que nunca se daba unha solución integral a través da prevención, a protección e a persecución en todos os ámbitos da vida. E foi neste contexto no que se aprobou a Lei Orgánica 1/2004, de 28 de decembro, de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero, que intenta ofrecer solucións integrais e transversais, no sentido de que prevé respostas desde os distintos ámbitos educativo, sanitario, xurídico, psicolóxico, etc. (Martín Sánchez, 2018, p. 99).

Por outro lado, existe un Pacto de Estado contra a Violencia de Xénero, que foi aprobado no Congreso dos Deputados o 28 de setembro de 2017, onde se aproban 213 medidas de “prevención, asistencia e protección ás vítimas”, centrándose, á súa vez, nos fillos menores que tamén sofren estas situacións (Martín Sánchez, 2018, p. 108).

Pero como se reflexa no número de vítimas que hai ano tras ano, estas medidas non están cobrando o resultado esperado, isto é así porque probablemente estas medidas son tan só meras declaracións formais que non supoñen unha auténtica reforma substantiva. Realmente as medidas de prevención non se están levando á práctica de maneira efectiva. Pouco importa que no art. 6 da mencionada Lei Orgánica 1/2004, por poñer un exemplo, se prevea que “en todos os materiais educativos se eliminen os estereotipos sexistas ou discriminatorios para que fomenten o igual valor de homes e mulleres” se despois realmente non se aplica. Isto só é un claro exemplo de que nin a sociedade nin os poderes públicos estamos centrando a nosa atención na loita para erradicar esta lacra.

Volvendo ao caso que aquí nos ocupa, o feito de que Clara sexa vítima de violencia de xénero desprenderá consecuencias de cara á resolución do resto de cuestións que se nos formulan posteriormente, tales como a competencia dos tribunais para coñecer da instrución destes delitos e, xa na esfera civil, en torno á demanda de divorcio e á atribución da garda e custodia dos fillos menores.

Seguindo coa estrutura do traballo, tamén serán obxecto de estudo o despido disciplinario de Clara e a determinación de se este debe ser cualificado polo xuíz como procedente, improcedente ou nulo. E xa por último, valoraremos algo tan novidoso como interesante: a existencia ou non do delito de quebrantamento de condena na esfera das redes sociais e as novas tecnoloxías.

---

## PRIMEIRA CUESTIÓN

### I. CALIFICACIÓN PENAL DOS FEITOS COMETIDOS POR JORGE ATA SETEMBRO DE 2021.

#### I.1. **DELITO DE MALTRATO HABITUAL**

##### I.1.1. Concepto

En primeiro lugar, e seguindo a orde marcada polo caso práctico, os feitos cometidos por Jorge que se describen no segundo e cuarto parágrafo do suposto (insultos, comentarios humillantes en público, ensuciar a propósito partes da casa, esconderlle obxectos persoais, etc., repetíndose estes “moitas veces” e, posteriormente, impedirle traballar, inventando escusas para que se ausentara do seu posto laboral e apagándolle o espertador para que non chegara á hora), constitúen un delito de maltrato habitual que se tipifica no segundo apartado do artigo 173 da Lei Orgánica (en adiante LO) 10/1995 de 23 de novembro do Código Penal (de agora en diante, CP).

Atendendo á redacción do artigo, constitúe un delito de maltrato habitual “o que habitualmente exerza violencia física ou psíquica sobre quen sexa ou teña sido o seu cónxuxe ou sobre a persoa que estea ou teña estado ligada a el por unha análoga relación de afectividade, aínda sen convivencia [...]”. Aparte dos mencionados, tamén poden ser suxeitos pasivos deste delito outras persoas vinculadas ao agresor tales como ascendentes, descendentes, irmáns (propios ou do cónxuxe ou convivinte), menores e persoas discapacitadas necesitadas de especial protección que convivan con el, aquelas sometidas a patria potestade, tutela, curatela, acollemento ou garda do cónxuxe ou convivinte, así como outros suxeitos integrantes do núcleo familiar.

Seguindo a estrutura marcada por San Millán Fernández (2017, p. 34 e ss.), existen fundamentalmente tres teses doutriniais acerca de cal é o ben xurídico protexido deste delito:

A primeira delas considera que o ben xurídico protexido é a integridade corporal e saúde física e mental. Os autores que defenden esta postura (Gracia Martín, Cortés Bechiarelli, Maqueda Abreu...) baséanse en que se trata dun delito de perigo abstracto que quere protexer a determinadas persoas vinculadas ao suxeito activo “polo maior risco que para elas entraña a habitualidade no exercicio das violencias”. O problema que existe con respecto a estas afirmacións é que o CP recolle unha cláusula concursal no artigo 177 do CP, impondo penas separadas a aqueles outros delitos derivados de actos de violencia física ou psíquica e, ao ser o ben xurídico protexido o mesmo ca no delito de lesións, estaríase incumprindo de forma clara o principio *non bis in idem*.

A segunda, minoritaria, avoga pola paz e convivencia familiar: esta tese foi a defendida polo Tribunal Supremo (no que segue, TS) hai uns anos e algúns autores como Del Moral García, Monge Fernández ou Navas Córdoba (se ben se trata dunha tese minoritaria). Concretamente, no Sétimo Fundamento de Dereito (de agora en diante FD) da Sentenza do Tribunal Supremo (a partir de agora, STS) de 18 de marzo de 2011 (RJ 2011\2799), afirmase que o ben xurídico protexido é “a pacífica convivencia familiar, polo que non se trata propiamente dun delito contra as persoas senón contra as relacións familiares.” Na actualidade non se pode soste esta tese por dúas razóns: a primeira, que unha forma de convivencia determinada non pode ser un valor susceptible de tutela penal (Muñagorri Laguía, 1994; citado por San Millán Fernández, 2017, p.43) e a segunda, que ao reformarse o artigo e incluírse como suxeitos pasivos os ex-cónxuxes, admitir que non é necesaria a convivencia, e engadir a persoas con discapacidade que poden estar sometidas a custodia ou garda en centros (e non na vivenda familiar), xa non se podería afirmar que o delito de maltrato habitual se cometa no ámbito familiar.



---

E a terceira, que na actualidade é a maioritaria, é a que considera como ben xurídico protexido a integridade moral: en palabras de Muñoz Conde (2019, p. 200), “este delito representa un ataque á dignidade derivado do maltrato habitual”. E é por esta mesma apreciación que cabe o concurso entre este delito contra a integridade moral e outros, coma os de lesións, os delitos contra a vida, a liberdade, a liberdade sexual etc. tal e como se indica no artigo 177 do CP.

Unha vez determinado o ben xurídico protexido pasamos a analizar ca é a conducta típica. E, de acordo coa maioría da doutrina, trátase dun delito de mera actividade que consiste en exercer habitualmente violencia física ou psíquica.

Segundo a Suárez-Mira Rodríguez, Judel Prieto e Piñol Rodríguez (2020 a), p. RB-4.8), enténdese como violencia física “toda manifestación agresiva ou de maltrato calquera que sexa a súa gravidade, tendo presente que non ten por que deixar sinais físicas de ningunha clase” e, como violencia psíquica toda manifestación agresiva ou de maltrato “dun contido verbal ou de obra que non incida directamente sobre o corpo do suxeito pasivo”.

Consideración especial require o termo “habitualidade”, ao que fai referencia o terceiro apartado do artigo 173 do CP, que senta os criterios a ter en conta para apreciar a súa concurrencia, e que, debido á súa brevidade e concisión, foi desenvolto por numerosa xurisprudencia [e.g. Terceiro FD das STSS de 13 de novembro de 2020 (RJ 2020\4284) e de 28 de abril de 2021 (RJ 2021\2298)] e doutrina para determinar realmente cando procede a súa aplicación. Os criterios son os seguintes:

En primeiro lugar, o número de actos de violencia que resulten acreditados: debe persistir “un clima de dominación ou intimidación, de imposición e desprezo sistemático xerado polos episodios de violencia reiterados que afectan á estrutura básica da convivencia cimentada no respecto e na dignidade da persoa” (Pérez Rivas, Domínguez Fernández e Rodríguez Calvo, 2016, p. 456).

En segundo lugar, a proximidade temporal entre os actos violentos: reiterada xurisprudencia [Terceiro Razoamento Xurídico do Auto do TS de 5 de outubro de 2006 (JUR 2006\250828) e Cuarto FD da STS de 26 de xuño do 2000 (RJ 2000\5801)] afirma que concorrerá esta proximidade temporal sempre que existan agresión cercanas, afirmando Pérez Rivas, Domínguez Fernández e Rodríguez Calvo (2016, p. 456) que o espazo temporal entre actos violentos non pode ser superior a tres anos, aínda que en todo caso, isto será obxecto de determinación polo órgano xudicial correspondente.

En terceiro lugar, a concurrencia ou non de diferentes suxeitos pasivos: cúmprese o requisito da habitualidade tanto se a violencia se exerce sempre sobre unha única persoa como se as vítimas son persoas diferentes, como indican as autoras Pérez Rivas, Domínguez Fernández e Rodríguez Calvo (2016, p. 457) e o TS en numerosas sentenzas, tales como a STS de 28 de xaneiro de 2021 (RJ 2021\178) no seu Primeiro FD.

E, por último, o axuizamento ou non en procesos anteriores: é indiferente se os actos violentos que integran o delito de maltrato habitual foron obxecto de axuizamento en procesos anteriores ou non, factor que presenta gran relevancia, posto que ata a entrada en vigor da Lei Orgánica 14/1999, de 9 de xuño, de modificación do Código Penal de 1995, en materia de protección ás vítimas de malos tratos e da Lei de Axuizamento Criminal os actos xa axuizados non se podían considerar para acreditar a habitualidade dado que se entendía que se vulneraba o principio *non bis in idem* (Pérez Rivas, Domínguez Fernández e Rodríguez Calvo, 2016, p. 458).

### *1.1.2. Aplicación práctica*

De acordo co que acabamos de expoñer, para que exista un delito de maltrato habitual do artigo 173.2 do CP débense cumprir tres requisitos. A continuación iremos analizando cada un deles de forma individual para xustificar por que os feitos cometidos por Jorge son constituíntes deste delito.

En primeiro lugar, o exercicio de violencia física ou psíquica: neste caso Jorge (suxeito activo) exerce violencia psíquica sobre Clara (suxeito pasivo), comportándose de forma controladora en canto á súa roupa, amizades, contacto con homes... provocando que se illara do seu entorno social. Posteriormente a relación empeorou, e comezou a insultala (chamándolle “puta”, “tola”, “fea”, “inútil...”), a non dirixirlle a palabra durante varios días, a romper obxectos do fogar, tirarlle roupa que a ela lle gustaba, humillala en público, esconderlle obxectos persoais, cortarlle a subministración de auga mentres se duchaba ou ensuciar a propósito partes da casa que Clara acababa de limpar. A maiores, a partir de abril de 2017, coincidindo co ascenso de Jorge, este empeza a instigala a que deixe de traballar, e como Clara non quere renunciar ao seu posto de traballo, imposibilitallo, chamándolle nas súas horas laborais dicíndolle que ao fillo lle pasara algo grave na escola, apagándolle o espertador para que chegara tarde á oficina ou ameazándoa con suicidarse se non ía á casa inmediatamente. Todas estas actitudes producen a dominación propia da violencia de xénero [Terceiro FD da STS de 19 de marzo de 2019 (RJ 2021\2298)].

En segundo lugar, a habitualidade: estes actos comezaron poucos meses despois de casarse (sendo a data da voda o 20 de abril de 2013), e non se comenta nos feitos que cesaran nalgún momento, senón ao contrario, víronse empeorados. Polo que se levaría cometendo este maltrato habitual por máis de oito anos. Ademais, indícase no suposto que estes actos se repiten “con frecuencia” cando Jorge se enfadaba, sendo obvio que transcorren menos de tres anos (un dos requisitos temporais para apreciar a habitualidade) entre actos violentos.

E, en terceiro lugar, o suxeito pasivo: a vítima do delito é Clara, que está unida en matrimonio ao autor, polo que si se corresponde cun dos posibles suxeitos pasivos enumerados polo artigo.

Vemos, polo tanto, que se cumpren todos os requisitos necesarios para que exista o delito de maltrato habitual, confirmándose que Clara sufría un ambiente de dominación e temor constante, o que representa un ataque contra a súa dignidade, e polo tanto contra a súa integridade moral, que recordemos que é o ben xurídico protexido deste delito.

#### *1.1.2.a. Tipo agravado*

Ao delito de maltrato habitual cometido por Jorge hai que sumarlle que se cometeu no domicilio habitual e en presenza dos fillos menores de idade, así que, atendendo ao artigo 173.2.II do Código Penal a pena deberá imporse na súa metade superior.

No referente á presencialidade dos menores, é certo que Jorge nunca mostrou actitude violenta cara os fillos, nin presenciaron a agresión física á súa nai (á que nos referiremos máis adiante). Sen embargo, Martín, o fillo maior da parella afirma que “seu pai se enfada moitas veces e insulta á súa nai, e que unha vez ela tivo unha mazadura moi grande nun ollo”.

Se buscamos a definición de “en presenza” na Real Academia Española indícanos que se trata do “[...] estado da persoa que se encontra diante doutra ou outras ou no mesmo sitio que elas”<sup>1</sup>. Polo que, nun primeiro momento, poderíanos parecer que non é aplicable

---

<sup>1</sup> Enlace á web da RAE na que aparece esta definición: <https://dle.rae.es/presencia>

---

o tipo agravado. Sen embargo, numerosa doutrina e xurisprudencia manifesta que a presenza que se esixe é a sensorial, non sendo necesario que o menor ou menores se encontren diante ou no mesmo lugar que os suxeitos activo e pasivo, bastando, por exemplo, que o menor oia ou perciba a agresión dalgún xeito [Pérez Rivas, 2017, p. 73 e Primeiro FD da Sentenza de 21 de febreiro de 2006 da Audiencia Provincial (no que segue, SAP) de Alacante (JUR 2006\250017)].

A función desta agravante nace da necesidade de protexer aos menores fronte ao forte impacto que supón para eles a exposición a estes actos violentos na formación da súa personalidade (Pérez Rivas, 2017, p.71 ), así se defende no Terceiro FD da STS de 18 de abril de 2018 (RJ 2018\1455), sinalando que “a presenza dos fillos e fillas en episodios de violencia do pai cara a nai, supón unha experiencia traumática, producíndose a destrución das bases da súa seguridade, ao quedar os menores desamparados ante sentimentos de inseguridade, medo ou permanente preocupación ante a posibilidade de que a experiencia traumática se volva a repetir”. Por outra parte, tamén indica esta Sentenza do Tribunal Supremo que a interpretación gramatical do termo “presencia” estaría baleirando completamente a finalidade e funcionalidade coa se creou esta agravante, xa que múltiples menores quedarían desprotexidos ao non ter acceso á habitación na que se comete o delito, non acudir por medo ou simplemente ter dificultades de visión.

Polo tanto, ao ser Martín plenamente consciente dos enfados e os insultos e agresións que lle profería seu pai a súa nai, non cabe dúbida de que o delito de maltrato habitual foi realizado en presenza del.

Como mencionamos ao comezo deste apartado, o delito de maltrato habitual cométese no domicilio habitual e en presenza de menores, concorrendo así dúas das agravantes específicas do 173.2.II. A concorrencia de dúas ou máis destas circunstancias non dan lugar a sucesivas agravacións da pena, é dicir, porque haxa máis dunha agravante Jorge non vai ter “dobre” castigo, senón que o resultado vai ser o mesmo: aplicar a pena na súa metade superior, tal e como se establece no art. 173.2.II CP, sen perxuízo do que considere o órgano xudicial competente (Pérez Rivas, 2017, p.74 ).

## **I.2. DELITO DE LESIÓNS**

Con respecto aos problemas de saúde experimentados por Clara á raíz da angustia provocada (dores de cabeza, inestabilidade no sono, ideas suicidas... polos que recibiu tratamento psiquiátrico) encontrámonos ante un delito de lesións consumadas.

### ***1.2.1. Concepto***

Este tipo de infraccións encóntranse recollidos no Título III do Código Penal nos artigos 147 a 156.

O tipo que aquí nos ocupa é o recollido no art. 147.1 CP, o tipo básico, que castiga ao que “por calquera medio ou procedemento, causare a outro unha lesión que menoscabe a súa integridade corporal ou a súa saúde física ou mental [...] sempre que a lesión requira obxectivamente para a súa sanidade, ademais dunha primeira asistencia facultativa, tratamento médico ou cirúrxico”.

O ben xurídico protexido nos delitos de lesións ven constituído pola integridade física e a saúde, incluíndose dentro desta a indemnidade psíquica (Rubio Lara, 2017, p.22).

No referente á conducta típica, Rubio Lara (2017, p.22) define ás lesións como un menoscabo na integridade física ou na saúde, entendéndose por menoscabo toda alteración da integridade corporal ou do funcionamento de órganos ou membros, así como o feito de causar unha enfermidade ou trastorno psíquico.

---

A conducta, como vemos, é indeterminada respecto aos medios. Non se establece ningún tipo de límite con respecto ao modo concreto no que se debe causar o menoscabo á saúde (se ben é certo que si existen figuras agravadas, como a do artigo 148 CP, que si esixen unhas específicas formas), admitíndose as formas violentas de contacto directo coa vítima (golpes, cortes, queimaduras, etc.), a subministración de sustancias tóxicas, as prácticas transmisoras de enfermidades, “a colocación da vítima nun medio claramente perxudicial para o mantemento da súa saúde” ou o que aquí realmente nos ocupa, que son os medios de natureza psíquica que alteren o equilibrio físico-psíquico da persoa, afectando á súa saúde física ou psíquica (Suárez-Mira Rodríguez, Judel Prieto e Piñol Rodríguez, 2020 a), p. RB-3.2).

Esíxese, que como consecuencia da conducta típica, a vítima vexa deteriorada a súa saúde, é dicir, esíxese un resultado, que, ademais para a súa recuperación debe necesitar unha primeira asistencia facultativa e un tratamento médico ou cirúrxico (podendo dispensarse este tratamento na primeira asistencia facultativa). Así se reflexa en moitas sentencias do Alto Tribunal [Primeiro FD da STS de 31 de maio de 2016 (RJ 2016\2720), Décimo Quinto FD da STS de 22 de outubro de 2015 (RJ 2015\4970) e Segundo FD da STS de 6 de febreiro de 2014 (RJ 2014\1617), entre outras]. Este tratamento médico ou cirúrxico é o elemento diferenciador entre as lesións graves do artigo 147.1 CP e as lesións leves do art. 147.2 CP, que non o esixen.

Por outra parte, atendendo agora aos suxeitos deste delito, as lesións son un delito común, dado que tanto o suxeito activo como o suxeito pasivo pode recaer en calquera persoa, non tendo que concorrer ningunha característica específica (Rubio Lara, 2017, p.22).

### *1.2.2. Tipo agravado*

O Código Penal, no seu artigo 148 indícanos que o tipo básico das lesións graves (o artigo 147.1) se verá agravado cando concorran algunhas das circunstancias que enumera.

Entre elas encóntrase a de “se a vítima fose ou tivera sido esposa, ou muller que estivese o tiver estado ligada ao autor por unha análoga relación de afectividade, aínda sen convivencia” (art. 148.4 CP) que é a que aquí nos concirne.

### *1.2.3. Aplicación práctica*

En relación ao exposto no anterior apartado son varios os requisitos que se deben cumprir para xustificar que Clara é vítima dun delito de lesións psíquicas do art. 148.4 do CP, do que Jorge sería o autor.

En primeiro lugar, ao ser un delito de resultado necesitamos demostrar un menoscabo na integridade física ou na saúde de Clara. Parece bastante claro que o “trastorno ansioso-depresivo severo” do que foi diagnosticada cumpre con creces tal esixencia.

En segundo lugar, debe existir unha relación causal entre a conducta típica e o menoscabo na saúde de Clara. Indícanos o suposto, que todos os síntomas que experimenta (altos niveis nerviosismo, dores de cabeza, inestabilidade no sono, dúbidas sobre a súa cordura e ideas suicidas) son producidos a raíz da angustia provocada polos feitos cometidos por Jorge, así que si existe a relación causal que require o artigo.

En terceiro lugar, Clara debeu precisar dunha primeira asistencia facultativa, requisito que se cumpre ao asistir á consulta privada dunha psiquiatra o 20 de xuño de 2017.

E, en cuarto lugar, requírenos o artigo 147.1 do CP que para a curación do citado menoscabo debeu necesitar un tratamento médico ou cirúrxico instaurado por un facultativo con título de medicina, feito que efectivamente ten lugar, ao ser pautado pola

---

psiquiatra un tratamento de seis meses de duración consistente na toma de fármacos antidepressivos.

Por último, como o suxeito pasivo do delito de lesións é Clara, muller do autor do delito, cabe aplicar o tipo agravado do art. 148.4 do CP.

### **I.3.LESIÓNS CONSUMADAS VS TENTATIVA DE HOMICIDIO OU ASASINATO**

Para finalizar coa calificación penal dos feitos cometidos por Jorge ata o momento da súa detención, debemos analizar a conducta que tivo a tarde do 26 de setembro de 2021, na que empuxou a Clara con forza cara as escaleiras do edificio tras advertirlle que “se marchaba, matábaa”, deixándoa tendida no chan, sen preocuparse polo seu estado nin prestarlle ningún tipo de axuda. En consecuencia, Clara tivo varias fracturas e feridas.

Xórdenos a dúbida de se nos encontramos ante unhas lesións consumadas ou unha tentativa de homicidio. Para cualificar correctamente estes feitos debemos coñecer cal era a intención do autor do delito, é dicir, se concurría o ánimo de matar (*animus necandi*) ou o de lesionar (*animus laedendi*).

#### **I.3.1. Concepto. Animus necandi e animus laedendi.**

Dende un punto de vista externo e puramente obxectivo o delito de homicidio en grao de tentativa e o delito de lesións consumadas son iguais, o que os diferencia é o ánimo do suxeito, é dicir, o elemento subxectivo, persoal e interno. Un tan só busca lesionar (*animus laedendi*) e o outro ten a intención de matar (*animus necandi*).

Para coñecer cales son os criterios diferenciadores entre ambos “ánimos” imos seguir a estrutura marcada por Cuchi Denia (2003, p. 306 e ss.), que catalogou os nove elementos que toma en consideración o Tribunal Supremo en reiteradas sentenzas [Primeiro FD da STS de 9 de xullo de 2008 (RJ\2008\4503), Terceiro FD da STS de 2 de febreiro de 2009 (RJ\2009\332)], incluso na xurisprudencia do Tribunal Supremo máis actual como no Primeiro FD dos Autos de 24 de setembro de 2020 (JUR 2020\293453 ) e de 10 de decembro de 2020 (JUR 2021\1083)] en tres categorías: os datos previos, os coetáneos e os posteriores á comisión do feito delituoso.

Como elementos previos estudáranse os seguintes:

En primeiro lugar valoráranse as relacións entre o autor e a vítima: se existe un resentimento previo entre o autor e o suxeito pasivo. Os tribunais coinciden en que se existe una boa relación entre ambos e se desencadea un incidente este sole valorarse como *animus laedendi*; pola contra, cando existe un móbil na actuación do suxeito activo sólese interpretar coma *animus necandi*. No referente aos antecedentes relacionados coa violencia de xénero non son determinantes para establecer que houbo dolo de matar, porque pode ser que solo tivera a intención de atemorizar ou lesionar.

En segundo lugar tamén se terán en conta as circunstancias propias do agresor e o agredido (físicas, psíquicas, profesionais, educativas...): coñecemento do uso de armas, situación de celos e mestura do abuso do alcohol, delgadeza da vítima, maior forza e corpulencia do autor... Todas as mencionadas inclinarían a valoración cara o ánimo de matar.

Por último, avalíaranse as actitudes ou incidencias previas ao feito, as ameazas: son especialmente significativas as expresións que manifeste o autor á vítima, inferindo unha intención homicida as expresións “vouche matar” ou “vouche pegar un tiro”, se ben non debe ser unha fórmula Automática para determinar o dolo, debendo valorarse o resto de criterios.

No referente aos elementos coetáneos serán importantes os seguintes:

---

Por unha banda, teranse en conta as manifestacións coevas e posteriores ao ilícito. Así como as condicións de espazo, tempo e lugar do feito: se a vítima se encontraba desprevida, de costas, nun lugar escuro (*animus necandi*), ou se pola contra actúa rodeado de coñecidos (*animus laedendi*) etc.

Por outra banda, haberá que examinar o instrumento empregado na acción e a súa idoneidade para lesionar ou matar: armas, todo tipo de obxectos, incluso líquidos (e.g. gasolina para prenderlle lume) ou o propio corpo humano (golpes) poden ser considerados para determinar o *animus necandi*.

Ademais, entrarán en consideración as zonas do corpo ás que se dirixe a acción ofensiva segundo seu carácter máis ou menos vital. E finalmente, tamén serán relevantes as características dos actos agresivos: o que se estuda, basicamente, é a insistencia no acto agresivo. A maior reiteración na comisión da conducta cobrará máis sentido a valoración como dolo de matar.

O último dos elementos que se terá en conta para determinar se existe ánimo de matar ou de lesionar será a conducta do autor despois do acto. Entenderase que hai dolo homicida se o autor abandona á vítima á súa sorte unha vez consumado o feito, realiza un novo ataque, fuxe varios meses despois da agresión etc.

### 1.3.2. Tentativa de homicidio vs tentativa de asasinato

O delito de homicidio unicamente esixe que o autor mate a outro, sen que teña que concorrer ningunha outra circunstancia (art. 138 CP). Sen embargo, indícanos o citado artigo 139 do CP que será castigado como reo de asasinato o que mate a outro concorrendo algunha das seguintes circunstancias: 1) aleivosía, 2) por prezo, recompensa ou promesa, 3) con asañamento, aumentando deliberadamente a dor do ofendido ou 4) para evitar a comisión doutro delito ou para evitar que se descubra.

No noso caso a única que pode presentar dúbidas de cara a saber se se da ou non é a aleivosía. Esta circunstancia defínese no art. 22.1ª. do CP como o emprego de “medios, modos ou formas que tendan directa ou especialmente a asegurala, sen o risco que para a súa persoa puidera proceder da defensa por parte do ofendido”.

E indica reiterada xurisprudencia que para que se considere a súa aplicación debe comportar a completa eliminación de calquera posible defensa da vítima [STSS de 8 de setembro de 2021 (RJ\2021\4014) no seu Cuarto FD, de 20 de xaneiro de 2012 (RJ 2012\2058) no seu Segundo FD e de 23 de xullo de 2013 (RJ 2013\6788) no seu Primeiro FD, entre outras].

Así como que para a súa apreciación “hai que atender, non tanto ao mecanismo concreto homicida, como ao marco total da acción [...]. Desaparece a aleivosía se o ataque se producise no curso dunha discusión forte que deriva no forcexo físico, ou se mediasen advertencias ou ameazas previas” [Terceiro FD da STS de 2 febreiro de 2021 (RJ\2021\317) e Único FD do Auto do TS de 23 setembro de 2021 (RJ\2021\4852)] isto é así porque se estaría eliminando o carácter sorpresivo da acción, que é o que suprime, nestes casos, a posibilidade de defensa [Décimo Octavo FD da STS de 14 de setembro de 2006 (RJ\2006\6543)] .

### 1.3.3. Aplicación práctica

Atendendo aos elementos que expuxemos no punto anterior, entendemos que en Jorge concurría o dolo de matar (*animus necandi*) polas seguintes razóns:

Por un lado, existe un resentimento previo entre Jorge e Clara, en palabras da STS de 2 de febreiro de 2009 (RJ\2009\332) a situación de crise matrimonial pode explicar “o móbil do suxeito axente e a intención criminal mantida”, o que cobraría sentido se ademais temos en conta que a agresión se produce tras comentar Clara que se quería

---

divorciar. Ademais, xa se viña cometendo un delito de maltrato habitual onde as humillacións, insultos e o resto de conductas deplorables eran constantes.

A isto hai que engadirle que as características físicas de Jorge, en comparación coas de Clara, indican que o autor do delito presenta unha clara superioridade corporal e de forza en comparación coa vítima, ademais das características psicolóxicas deste, no que concurrían celos e abuso do alcohol.

Por outro lado, tamén hai que resaltar que xusto no momento previo ao acto ilícito, Jorge manifesta que “como marche a mata”, e que Clara se encontraba sola no momento da agresión. Como elemento posterior ao acto, é relevante que Jorge a abandone á súa sorte, sen preocuparse en absoluto polo seu estado (acto seguido “entrou no piso, cerrou a porta e púxose a ver a televisión”), cando esta se encontraba tendida no chan “oito escaleiras máis abaixo”. O máis posible é que non soubera tan sequera se a vítima vivía, sendo unha veciña a que posteriormente chama aos servicios de emerxencia e á Garda Civil.

Unha vez determinado que en Jorge si concurría o dolo de matar debemos resolver agora se se trata dun delito de homicidio do art. 138 do CP, ou se pola contra se da algunha das circunstancias constitutivas do delito de asasinato do art. 139 do CP.

Consideramos que nos feitos que se nos presentan non hai asasinato porque non concorre ningunha das circunstancias do artigo 139 do CP. Con respecto á aleivosía, que é a que nos pode presentar algunha dúbida, dicir que esta non existe porque previamente a que Jorge tirara á súa muller polas escaleiras coa intención de matala xa a advertiu na casa : “como marches, mátote” e, posteriormente, cando Clara saliu da casa este seguiuna sendo ela consciente, polo que non se produce ese “ataque súbito, inesperado e imprevisto” [Décimo Octavo FD da STS de 14 de setembro de 2006 (RJ\2006\6543)] que nos esixe a aleivosía.

En suma, concluímos que existe un delito de homicidio (artigo 138 do CP) en grao de tentativa (artigo 16.1 do CP). Por outra parte, non nos podemos esquecer de que Clara, en consecuencia desta conducta ilícita, é diagnosticada dunha fractura de tibia que requiriu a inmovilización da perna durante dous meses e unha ferida no pómulo que precisou de catro puntos de sutura, é dicir, tamén existe un delito de lesións dolosas consumadas do artigo 147 do CP. Non se trata dun concurso de delitos, senón dun concurso de leis entre o artigo 138 e o 147 do CP, que se resolverá aplicando a pena de maior gravidade (alternatividade), así o indica o art. 8. 3ª do CP.

Así que, neste caso, o homicidio en grao de tentativa absorbe ao delito de lesións. Este cubre a totalidade do contido antixurídico do feito examinado (Muñoz Conde, 2019, p.43).

#### *1.3.3.a. Homicidio en grao de tentativa*

No relativo ao delito de homicidio mencionar que o seu tipo básico, que é o que aquí nos ocupa se encontra regulado no artigo 138.1 do CP, que establece que será castigado como reo de homicidio o que “matara a outro”.

O ben xurídico protexido é a vida humana, o obxecto material é a persoa viva fisicamente considerada sobre a que recae directamente a acción, os sucesos activo e pasivo poden selo calquera persoa (delito común) e a conducta típica consiste en matar a outra persoa (Muñoz Conde, 2019, p.30).

Para que o delito se entenda consumado esíxese un resultado: a morte efectiva doutra persoa. No caso que a nós nos respecta a morte non se produce, o delito tan só se funda na intención homicida do autor, por iso dicimos que se trata dun delito de homicidio en grao de tentativa.

---

Segundo o artigo 16.1 do CP existe tentativa cando “o suxeito da principio á execución do delito directamente por feitos exteriores, practicando todos ou parte dos actos que obxectivamente deberían producir o resultado, e sen embargo este non se produce por causas independentes da vontade do Autor”.

Esta tentativa pode ser acabada ou inacabada, así se extrae do art. 16 do CP e de algunhas sentenzas como as STS de 11 outubro de 2017 (RJ 2017\4618) no seu Primeiro FD e a STS de 19 novembro de 2014 (RJ 2014\5961) no seu Sexto FD. Será “acabada” cando se practiquen todos os actos que obxectivamente deberían producir o resultado e “inacabada” cando non se produce esta totalidade de actos, se non que só se realiza unha parte. Neste caso práctico a tentativa está acabada, o feito de tirar a Clara polas escaleiras sería suficiente para que se producise o resultado (a morte de Clara) e o feito de que este non se producise é por causas independentes á vontade do autor.

#### **I.4. CONCURSO DE DELITOS**

Unha vez analizados todos os feitos cometidos por Jorge ata o mes de setembro de 2021 podemos determinar que existe unha pluralidade de infraccións, que hai unha unidade de suxeito activo (Jorge) e de axuízamento, cumpríndose así os requisitos que determinan a existencia dun concurso de delitos (Vives Antón, citado por Suárez-Mira Rodríguez, Judel Prieto e Piñol Rodríguez, 2020 b), p.374). En relación a isto, engade a STS de 23 de maio de 2006 (RJ 2006\3339) no seu Noveno FD, que “se para a abarcar toda a significación antixurídica é preciso acudir ao castigo conforme a dúas leis en xogo, estamos ante un concurso de delitos, real ou ideal, segundo as características de cada feito”.

É preciso analizar agora se ese concurso de delitos é real ou ideal, para elo seguiremos a Muñoz Conde e García Arán (2019, pp. 442 e ss.).

##### *I.4.1. Concurso ideal*

Existen dous tipos de concurso ideal:

En primeiro lugar, o concurso ideal (propio), que ven regulado polo artigo 77.1 do CP que establece que se produce cando “un solo feito constitúa dous ou máis delitos”. Entendéndose a unidade de feito como unidade de acción.

E, en segundo lugar, o concurso ideal impropio ou concurso ideal-medial, que tamén aparece tipificado no art. 77.1 do CP. A diferenza do concurso ideal propio, este prodúcese cando un dos delitos cometidos sexa medio necesario para cometer o outro delito. Neste caso existen dous feitos perfectamente diferenciados pero a conexión entre eles é tan íntima que o lexislador o equipara ao concurso ideal.

##### *I.4.2. Concurso real*

Ven regulado nos arts. 73,75,76 e 78 bis do CP, e prodúcese cando concorren varios feitos ou accións e cada un constitúe un delito independente e autónomo. É dicir cada feito, por separado, constitúe un delito. O tratamento penal que estes reciben, en xeral, é o principio da acumulación do art. 73 CP, con certas limitacións, como desenvolveremos posteriormente no apartado de determinación da pena.

##### *I.4.3. Aplicación práctica*

Nun primeiro momento e desde unha esfera puramente teórica poderíamos considerar que existen os dous tipos de concurso no noso suposto: concurso ideal entre as lesións e o maltrato habitual que, á súa vez, entrarían en concurso real co delito de homicidio intentado.

Por unha parte, sería coherente pensar que existe o concurso ideal entre o delito de maltrato habitual do art. 173.2 do CP e o delito de lesións psíquicas do 147.1 CP debido



---

a que a Clara prodúceselle as lesións psíquicas a raíz da angustia provocada polos comportamentos que viña realizando Jorge e que son constitutivos dun delito de maltrato habitual. É dicir, uns mesmos feitos producen dous delitos: o maltrato habitual e as lesións.

De feito, cada un deles protexe un ben xurídico diferente: por unha parte o delito de maltrato habitual ten como ben xurídico protexido a integridade moral e, o delito de lesións, a integridade física e á saúde.

E, en segundo lugar, indica reiterada xurisprudencia que as lesións psíquicas non se entenderán absorbidas polo resto de delitos cando se demostre que teñen a suficiente entidade, “aparezan claramente determinadas e excedan do que puidera considerarse resultado e consecuencia das outras conductas delituosas”, así o manifesta o Tribunal Supremo nas STSS de 10 de outubro de 2008 (RJ 2008\5711) no seu Primeiro FD e na de 10 de febreiro (RJ 2009\1541) no seu Terceiro FD e, de forma similar, no Primeiro FD da STS núm. 1152/2005, de 5 outubro de 2005 (RJ\2005\8228), alcanzándose unha subsunción autónoma no delito de lesións. Neste sentido, as lesións psíquicas de Clara, dado o seu diagnóstico (trastorno ansioso-depresivo severo) e o seu período de tratamento (seis meses) “exceden das meras conturbacións psíquicas ou normais dun acto agresivo e teñen unha substantividade propia e diferente” [Noveno FD da SAP de Almería de 7 de novembro de 2019 (ARP 2020\1058 )] á do maltrato habitual, procedendo á súa subsunción no delito de lesións e por tanto, entrando en concurso ideal con el. Se se admitira o principio de consunción “non se produciría a íntegra desvalorización do feito [...], e quedaría impune unha parte inxusta do feito” [Noveno FD da STS de 23 de maio de 2006 (RJ 2006\3339)].

Sen embargo, aínda que desde a perspectiva teórica si se concibe este concurso ideal, isto non sucede na práctica polo disposto nos artigos 173.2.I e 177 do Código Penal.

Por unha banda, no primeiro parágrafo do art. 173.2 do CP establécese a pena coa que se castiga o delito de maltrato habitual, e ao final engade “sen perxuízo das penas que puideran corresponder aos delitos nos que se concretaran os actos de violencia física ou psíquica”.

Pola outra banda, o art. 177 do CP dinos que se ademais do atentado á integridade moral (recordemos que é o ben xurídico protexido do delito de maltrato habitual do art. 172.3 CP) “se producise lesión ou dano á vida, integridade física, saúde, liberdade sexual ou bens da vítima ou dun terceiro, castigaranse os feitos separadamente coa pena que lles corresponda polos delitos cometidos, excepto cando aquel xa se encontre especialmente castigado pola lei”.

En conclusión, do disposto por estes artigos dedúcese que no noso caso non cabe o concurso ideal, senón que se debe aplicar o **concurso real** entre todos os delitos cometidos por Jorge: maltrato habitual, lesións psíquicas e tentativa de homicidio.

## II. CONCORRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Suárez-Mira Rodríguez, Judel Prieto e Piñol Rodríguez [2020 b), pp. 263 e 264] definen as circunstancias modificativas como os feitos ou factores accidentais (non constitúen elementos esenciais do delito) e continxentes (poden aparecer ou non) que, sen condicionar a existencia en si do delito ou a pena, afectan á determinación desta última. Estes autores tamén se fan eco do exposto por Orts Berenguer e indican que a súa finalidade é a de “evitar os insalvables defectos e inxustizas aos que conduciría unha inflexible aplicación dos artigos do Código Penal” se non se contemplaran os matices e

---

características de cada conducta, o que atentaría contra o principio de igualdade en materia penal.

As circunstancias xenéricas modificativas da responsabilidade criminal encóntanse reguladas polos artigos 21 (circunstancias atenuantes), 22 (circunstancias agravantes) e 23 (circunstancia mixta de parentesco) do CP.

### **II.1. Atenuante pola grave adicción ao consumo de bebidas alcohólicas**

Dentro das circunstancias atenuantes do artigo 21 encontramos no segundo apartado a de actuar a causa da súa grave adicción ao consumo de bebidas alcohólicas (entre outras sustancias tamén enumeradas), e, dado que Jorge comete varios dos delitos en estado de embriaguez, cabe estudar se debemos apreciar ou non esta circunstancia.

Os requisitos para a súa apreciación son tres (Suárez-Mira Rodríguez, Judel Prieto e Piñol Rodríguez, 2020 b), p. 267): 1) a grave adicción ás sustancias consignadas no art. 20.2 do CP; 2) a actuación delituosa lesiva dun ben xurídico e 3) a relación causal entre o estado do suxeito e a execución do delito.

Pola súa parte, indícanos o Segundo FD da STS de 1 de outubro de 2020 (RJ 2020\3539), que non basta coa inxesta etílica para xustificar a atenuación, senón que se require que as facultades intelectivas e volitivas se vexan limitadas, ademais de que a intoxicación non puido ser buscada co propósito de delinquir. Tamén apunta o Tribunal que é necesario constatar que a aptitude do autor do delito para comprender o inxusto do feito foi minorada, e non só que exista unha mera euforia provocada polo alcohol. Así se especifica tamén no Quinto FD da STS de 13 de xuño de 2018 (RJ 2018\3021) que di literalmente que se “esixe non solo a existencia dun diagnóstico que aprecie unha anomalía ou alteración psíquica como elemento biolóxico ou biopatolóxico, senón que a el debe engadirse a comprobación de que tal déficit impide ao suxeito, ou lle dificulta en maior ou menor medida, a comprensión da ilicitude da conducta ou ben a actuación conforme a esa comprensión (elemento psicolóxico-normativo)” .

Para saber se realmente o consumo alcohólico provocou estes efectos no autor do delito, sinala o TS no citado FD número dous da Sentenza de 1 de outubro de 2020 (RJ 2020\3539) que haberá que aterse a diversos aspectos externos, tales como: “a cantidade de alcohol consumido, a súa incidencia en distintos aspectos externos como a capacidade de movemento, a destreza, a expresión oral, a estabilidade, a coherencia do discurso e o comportamento antecedente e subseguinte, entre outros”.

### **II.2. Agravante de discriminación por razóns de xénero**

Cando o delito se cometa por algún dos motivos discriminatorios que recolle o artigo 22.4 do Código Penal, entre os que se inclúe o xénero do suxeito pasivo, estaremos ante outra das circunstancias agravantes da pena.

En primeiro lugar, acudimos á xurisprudencia do Tribunal Supremo para ver cales son os criterios ou requisitos que se deben cumprir para poder apreciar dita agravante e ver se é aplicable aos delitos cometidos por Jorge. No ano 2018 o TS pronúnciase de forma contraditoria en tres das súas sentenzas acerca deste tema.

Na primeira delas, a STS de 25 de setembro de 2018 (RJ 2018\4156), no seu Primeiro FD, sinala que os requisitos que se deben cumprir para a súa apreciación son: que o autor teña a intención ou actitude de someter á vítima a unha situación de dominación e control, e solo se aprecia esta agravante se o feito se cometeu no ámbito das relacións de parella (establecendo a diferenza coa circunstancia mixta de parentesco en que esta esixe unha relación estable, mentres que a agravante de xénero non esixe esta estabilidade). Polo tanto, extraemos que se nos esixe a vontade do autor por subordinar e controlar ao suxeito

---

pasivo (sexa cal sexa o seu sexo) e unha relación de parella que pode ser “estable” ou “inestable”.

Sen embargo, na STS de 19 de novembro de 2018 (RJ 2018\4957), o criterio do TS cambia. Segundo o Octavo FD desta resolución xa non é esixible para a aplicación da agravante de xénero que exista ou existira unha relación sentimental entre a vítima e o suxeito activo, bastaría con que “no autor do delito concorrese un ánimo de mostrar a súa superioridade fronte á vítima muller e demostrarlle que esta é inferior polo mero feito de selo”.

Por último, no Terceiro FD da STS de 26 de febreiro de 2019 (RJ 2019\826), indica o Tribunal que o único que se debe considerar a efectos agravatorios é o “carácter especialmente lesivo de certos feitos [...] e o significado obxectivo que adquiren como manifestación dunha grave e arraigada desigualdade”. Recalcando que non se pode esixir un elemento subxectivo do inxusto (é dicir, a intencionalidade ou a vontade de dominar ou discriminar) dado que o autor “non ten por que ser consciente de que ten unha conducta patriarcal e machista”. É dicir, o único que se esixe nesta última sentenza é que os feitos constitúan “unha manifestación especificamente lesiva de violencia e desigualdade”.

A efectos de resolver o noso caso práctico, quedarémonos co sinalado nesta última Sentenza, por ser a máis recente no tempo, se ben se podería argumentar a intencionalidade de Jorge por dominar e controlar a Clara.

### **II.3. Circunstancia mixta de parentesco**

Esta circunstancia encóntrase regulada polo artigo 23 do CP, que indica que pode atenuar ou agravar a responsabilidade o feito de “ser ou ter sido o agraviado cónxuxe ou persoa que estea ou estivera ligada de forma estable por análoga relación de afectividade, ou ser ascendente, descendente ou irmán por natureza ou adopción do ofensor ou do seu cónxuxe ou convivinte”.

Segundo a Martínez Escamilla, Martín Lorenzo e Valle Mariscal de Gante (2020, p.435), recibe o nome de circunstancia mixta porque en función da natureza, os motivos e os efectos do delito pode atenuar ou agravar a responsabilidade penal. A efectos da xurisprudencia maioritaria será atenuante en delitos contra o patrimonio e agravante en delitos contra bens xurídicos de natureza persoal (homicidio, lesións, etc.) aínda que existen excepcións.

Os requisitos para a súa apreciación son que exista a relación de parentesco e que o suxeito teña coñecemento dela. Se ben é certo que non resulta obrigatorio apreciála tan só porque se cumpran ambos requisitos, é necesario atender á relevancia do vínculo en relación co delito cometido e as circunstancias concretas do caso.

Para non incorrer no principio *non bis in idem* non se pode aplicar esta circunstancia aos delitos nos que o elemento de parentesco é inherente ao propio delito, como é o caso dos delitos de violencia de xénero ou violencia familiar.

### **II.4. Compatibilidade da agravante de xénero e da circunstancia mixta de parentesco**

Numerosa xurisprudencia do TS as considera compatibles polo feito de que cada unha delas ten un fundamento diferente. Mentres que a agravante de xénero atende a que o delito se cometera pola condición de muller da vítima para demostrar o sentimento de superioridade fronte a ela, a agravante de parentesco basease na existencia de vínculos familiares e de afectividade (Martínez Escamilla, Martín Lorenzo e Valle Mariscal de Gante, 2020, p.435).

Engade ademais o Tribunal Supremo no Octavo FD da STS de 19 de novembro de 2018 (RJ 2018\4957), que a agravación do artigo 23 do CP (circunstancia mixta de

---

parentesco) ten un fundamento obxectivo (a relación entre o autor e a vítima), e a do artigo 22.4 do CP (agravante de xénero) atende a un elemento subxectivo (“ánimo de mostrar a súa superioridade fronte á vítima muller e demostrarlle que esta é inferior polo mero feito de selo”), ademais de que para que se poida apreciar a agravante de xénero non se esixe que medie unha relación de parella entre a vítima e o autor. O mesmo se recolle no Sexto FD da STS de 28 de maio de 2020 (RJ 2020\2039).

Como estes dous feitos son distintos e non se teñen que dar necesariamente xuntos non se vulnera a prohibición de dobre valoración (*non bis in idem*).

## **II.5. Aplicación práctica**

Agora que temos claro cales son os requisitos para a apreciación de cada unha das circunstancias modificativas da responsabilidade criminal que consideramos que teñen relación co noso suposto de feito, é a hora de analizar a que delitos son aplicables cada unha delas.

En primeiro lugar, debemos concluír que non cabe apreciar a atenuante de grave adicción como circunstancia modificativa da responsabilidade criminal de Jorge. As razóns están claras:

Por unha banda, non queda acreditado que Jorge fose adicto ao alcohol (aínda que si que se menciona que abusaba do seu consumo).

Tampouco existe unha relación causal entre o estado de embriaguez do autor e a execución do delito: Jorge agride a Clara cando esta lle manifesta que se quere divorciar e marcha da casa, o motivo real da súa conducta foi querer impedir que a muller o abandonara, e non o feito de ter consumido alcohol.

Ademais, as súas facultades intelectivas e volitivas non estaban limitadas: o suxeito activo era plenamente consciente do que estaba facendo, e actúa por unha razón, de feito xusto antes de cometer o delito grita “como marches , mátoche”.

Por último, temos que mencionar que a capacidade de movemento é certo que se viu limitada, tal e como se indica no suposto “Jorge volveu a casa ebrio, nun estado que lle dificultaba falar con claridade, camiñar e manter o equilibrio”, pero isto non lle ocasiona ningún problema para empuxar a Clara polas escaleiras, é capaz de realizar a acción perfectamente. De feito, é coherente no seu discurso (como xa expuxemos anteriormente) e o comportamento posterior (entra no piso, cerra a porta e séntase a ver a televisión) non deixa lugar a dúbidas de que as súas capacidades motrices e intelectivas non estaban tan minoradas como para non comprender o que estaba facendo.

No referente á agravante de xénero do artigo 22.4 do CP e á agravante de parentesco do art. 23 do CP, ambas serán aplicables ao delito de homicidio en grao de tentativa (art. 138.1 CP).

En primeiro lugar, aplicamos a agravante de xénero porque se desprende dos actos de Jorge tanto o ánimo de mostrar que é superior á súa esposa como o intento de deixala nun lugar inferior polo mero feito por ser muller. No suposto especificase que é xusto no momento no que Clara marcha da casa tras comunicarlle que se quere divorciar, cando Jorge a empurra con forza cara as escaleiras (xusto despois de advertirlle que a ía matar se marchaba). Non cabe dúbida de cales foron os motivos polos que emprende esa acción, inténtaa matar polo feito de querer divorciarse, ou noutras palabras, prefírea morta antes que fóra do seu control. Isto demostra claramente a súa intención de dominar á muller, que é a propia de quen se sinte superior a ela.

En segundo lugar, a apreciación da agravante de parentesco ven xustificada polo vínculo matrimonial que une a esta parella, así como á consciencia dos suxeitos deste

---

feito. Ademais, Jorge precisamente quere matar á súa esposa debido a que ela quere romper este vínculo, o seu matrimonio.

Estas agravantes non serán aplicables nin ao maltrato habitual (art. 173.2 CP) nin ás lesións psíquicas (tipo agravado do art. 148.4 CP) posto que o xénero e o parentesco xa son elementos descritivos do tipo, e se se aplicaran estas circunstancias vulneraríamos o principio *non bis in idem*. Así o recollen numerosas sentenzas, entre elas: a xa citada STS de 19 de novembro de 2018 (RJ2018\4957) no Octavo FD que establece que "naturalmente non pode aplicarse a agravante de xénero nin a circunstancia mixta de parentesco como agravante respecto de aqueles tipos penais que xa prevén entre os seus elementos que necesariamente exista ou tivera existido entre vítima e autor esta relación, como ocorre cos delitos recollidos nos artigos 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2, pois noutro caso, estaríamos vulnerando a prohibición *non bis in idem*" ou a STS de 26 de febreiro de 2019 (RJ2019\826) no seu Terceiro FD, que engade que non son aplicables as agravantes nestes delitos debido a que nos propios tipos delituosos "xa se tivo en conta ese plus de antixuridicidade que supón executar o feito como manifestación de dominio, de relación de poder ou de desigualdade".

Aínda que no listado enumerado por estas sentenzas non se encontra literalmente citado o art. 173.2 CP [e digo literalmente porque o art. 173.2, tal e como se establece no Octavo FD da Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza (no que segue STSX) da Rioxa de 25 de marzo de 2020 (ARP\2020\966), ven conformado por varios delitos como o previsto no art. 153.1, polo que os elementos descritivos do tipo a efectos da aplicación destas agravantes son os mesmos e, por tanto, xa se sobreentende que tampouco lle son aplicables ao maltrato habitual] hai outras sentenzas que si o recollen textualmente. Algún exemplo delas son a SAP de León de 1 de febreiro de 2016 (JUR\2016\39608) no seu Segundo FD, ou a xa citada STSX de 25 de marzo de 2020 (ARP\2020\966) que aclara no Octavo FD que o delito previsto no art. 173.2 do CP xa "mostra no autor dos feitos unha manifestación da discriminación e dominación do autor sobre a vítima, con menosprezo da súa dignidade, coa consideración do autor de que existe un predominio do varón sobre a muller. [...] Polo tanto, considerando individualmente o delito cometido na presente causa, art. 173.2 do Código Penal, no que o suxeito pasivo é unha muller sometida a dominación, entendemos que a agravante de xénero xa foi valorada e considerada inherente ao suposto de feito específico".

Con respecto á non aplicación da circunstancia mixta de parentesco xa non cabe dúbida de que se vulnera o principio *non bis in idem* se a aplicamos, porque o propio art. 173.2 cita entre os posibles suxeitos pasivos do delito á cónxuxe.

### III. RELEVANCIA PENAL DO FEITO COMETIDO POR CLARA O 26 DE SETEMBRO DE 2021

O 26 de setembro de 2021, Clara, aproveitando a ausencia de Jorge, accede ao seu teléfono (o cal estaba protexido con contrasinal), entrando no seu WhatsApp e descubriendo unha mensaxe que lle mandara a noite anterior a un amigo, nesta mensaxe Jorge confesaba que non aguantaba a Clara e que "calquera día collía aos nenos e non os volvía a ver". Clara, alarmada, sácalle unha foto co seu móbil.

De acordo co Código Penal este feito si que é relevante penalmente, posto que se estaría a constituír un delito de descubrimento e revelación de secretos tipificado no artigo 197 do CP.

### III.1.DELITO DE DESCUBRIMIENTO E REVELACIÓN DE SECRETOS

#### III.1.1. Concepto

Indícanos o artigo 197.1 do CP que será autor do delito de descubrimento e revelación de secretos “o que, para descubrir os secretos ou vulnerar a intimidade doutro, sen o seu consentimento, se apodere dos seus papeis, cartas, mensaxes de correo electrónico ou calesquera outros documentos ou efectos persoais, intercepte as súas telecomunicacións ou empregue artificios técnicos de escoita, transmisión, gravación ou reprodución do son ou da imaxe ou de calquera outra sinal de comunicación”.

O ben xurídico protexido é a intimidade persoal, que á súa vez, tamén se configura coma un dereito constitucional (art. 18.1 CE), e as conductas que se tipifican son dúas (Muñoz Conde, 2021, p. 274 e ss.):

A primeira é o apoderamento de secretos documentais ou efectos persoais, e a segunda, a interceptación de comunicacións ou utilización de artificios técnicos de escoita, transmisión, gravación ou reprodución do son ou da imaxe ou de calquera outra sinal de comunicación. Indica o TS [Quinto FD da STS de 20 de xuño de 2003 (RJ 2003\4359)], que esta última “trata de subsanar as posibles lagoas de punibilidade que se poidan derivar dos avances da tecnoloxía moderna”.

Conforme ao Décimo Segundo FD da STS de 21 de xuño de 2016 (RJ 2016\2834), estamos ante un delito mutilado en dous actos, por unha parte require como elemento obxectivo o apoderamento ou a interceptación e, como elemento subxectivo, o ánimo de descubrir o secreto ou vulnerar a intimidade de outro, sen necesidade de que isto chegue a producirse para que se entenda consumado o delito. Tampouco se require que posteriormente se divulgue.

En canto os suxeitos, na mesma sentenza se indica que autor pode ser calquera persoa e que o suxeito pasivo será o titular do ben xurídico protexido que se corresponderá co titular do obxecto material do delito (documentos, telecomunicacións, efectos persoais...).

#### III.1.2. Aplicación práctica

No caso práctico que aquí nos ocupa teríamos que Clara é o suxeito activo dun delito contra a intimidade persoal tipificado no art. 197.1 do CP. O obxecto material do delito é o teléfono móbil de Jorge, sendo este último o suxeito pasivo.

Consideramos que esta conducta encadra no tipo citado debido a que Clara, ao acceder ao móbil do seu marido, estaría obtendo información privada súa. Segundo o Quinto Fundamento Xurídico da Sentencia do Tribunal Constitucional (de agora en diante STC) de 9 de maio de 2013 (RTC 2013\115), “o arquivo do teléfono móbil ofrece información que pertence ao ámbito privado do seu titular”, e ademais ao fotografar a mensaxe de WhatsApp estaría apoderándose dela. Así se deduce do Primeiro FD da STS de 20 de xullo de 2020 (RJ 2020\2523): “a tipificación do apoderamento de documentos [...] e obxectos persoais [...] inclúe [...] o fotografiado ou reprodución do obxecto [...]”. Aínda que debemos dicir que tamén estaría cometendo o mesmo delito se non realizase a foto, dado que volve a indicar a mesma sentenza que bastaría coa “sola captación intelectual do soporte [...] moi especialmente se media remoción previa dalgún obstáculo de acceso” como se produce neste caso, que intencionadamente introduce o contrasinal para acceder á información privada que se encontraba no móbil do marido.

Polo tanto, o elemento obxectivo do delito veríase cumprido. Debemos analizar agora se concurría en Clara o ánimo de descubrir secretos ou vulnerar a intimidade de Jorge.

Parece claro que si existía esa intención. Clara aproveítase da ausencia do seu marido para coller o seu teléfono, desbloquealo e acceder directamente á aplicación de

---

mensaxería WhatsApp, que non a outras redes sociais públicas, polo que solo podía estar buscando coñecer máis da esfera privada de Jorge, vulnerando así o ben xurídico protexido polo delito, a intimidade persoal.

#### IV. DETERMINACIÓN DAS PENAS QUE CORRESPONDERÍA IMPOÑER A CADA UN DELES

##### **IV.1. Pena que se lle debe impoñer a Jorge**

###### IV.1.1. Concurso real de delitos

A pena virá determinada a partir da técnica da acumulación aritmética das penas aplicables. Na mencionada acumulación débense diferenciar dous momentos (Muñoz Conde e García Arán, 2019, p.526):

Por unha banda, a acumulación material: as penas deben cumprirse, se é posible, simultaneamente, e, en caso contrario, de forma sucesiva (art. 75 do CP).

E pola outra banda a acumulación xurídica: trátase dun límite á acumulación material. O total a cumprir non pode superar o triplo do tempo da pena máis grave, nin os vinte anos (aínda que este último tope pode ascender aos vinte e cinco, trinta ou corenta anos segundo as penas previstas para os delitos que se acumularan). Todo isto encóntrase regulado no art. 76 do CP.

###### IV.1.1.a. Aplicación práctica

No noso suposto temos un concurso real entre o delito de homicidio en grao de tentativa, o delito de maltrato habitual e as lesións psíquicas.

Antes de aplicar as regras do concurso real debemos calcular as penas concretas de cada delito:

Comezamos co maltrato habitual: o castigo que se establece no art. 173.2 do CP é a pena de prisión de 6 meses a 3 anos, a privación do dereito á tenencia e ao porte de armas de 3 a 5 anos e, cando o xuíz o estime axeitado ao interese do menor, inhabilitación especial para o exercicio da patria potestade, tutela, curatela, garda ou acollemento por tempo de 1 a 5 anos, sen perxuízo das penas que puideran corresponder aos delitos nos que se tiveran concretado os actos de violencia física ou psíquica. Sen embargo, debemos recordar que no noso suposto aplicamos o segundo parágrafo do art. 173.2 CP, que establece que como os actos se perpetraron no domicilio común e en presenza de menores a pena se debe aplicar na súa metade superior. Esta operación non aparece explicada no Código Penal, realízase por “pura lóxica”: súmanse os límites mínimo e máximo da pena base, e o que resulte divídese entre dous. Esta cifra, que non é máis que a media do delito inicial, será o límite mínimo da pena na súa metade superior (Orts Berenguer e González Cussac, 2019, p.478). Entón resultaría o seguinte: pena de prisión de 1 ano, 9 meses máis 1 día a 3 anos, privación do dereito á tenencia e ao porte de armas de 4 anos máis 1 día a 5 anos e, por último, a inhabilitación especial pola que pode optar o xuíz sería de 3 anos máis 1 día a 5 anos.

Agora que sabemos a pena do tipo temos que analizar cal é o grao de execución do delito, o grao de participación e se concorren circunstancias modificativas da responsabilidade criminal. O delito está consumado (art. 15 do CP e art. 61 do CP), Jorge é o autor (art. 28 do CP) e non concorren circunstancias agravantes nin atenuantes, polo tanto a pena concreta deste delito sería a que xa calculamos: pena de prisión de 1 ano, 9 meses máis 1 día a 3 anos; privación do dereito á tenencia e ao porte de armas de 4 anos máis un día a 5 anos e, por último, a inhabilitación especial pola que pode optar o xuíz iría de 3 anos máis 1 día a 5 anos.

Imos agora coas lesións psíquicas: o castigo que se establece no art. 148.4 é a pena de prisión de 2 a 5 anos. Como o delito está consumado (arts. 15 e 61 do CP), Jorge actúa

---

en calidade de autor (art. 28 do CP) e non concorren circunstancias modificativas da responsabilidade criminal a pena concreta correspóndese coa pena do tipo: pena de prisión de 2 a 5 anos.

Para finalizar determinamos a pena da tentativa de homicidio: a pena base que se establece no tipo do delito de homicidio (art. 138.1 do CP) é a pena de prisión de 10 a 15 anos. Como o delito se comete en grao de tentativa castígase coa pena inferior en un ou dous graos (art. 62 do CP). E como o de baixar un grao é obrigatorio e baixar dous é potestativo, nós baixamos tan só un, que é o que se nos esixe. Para calcular a pena inferior en grao aplicamos as regras do art. 70.1.2ª do CP: para calcular o seu límite mínimo deducimos a cifra mínima sinalada pola lei na metade da súa contía. Pola súa parte, o límite máximo será o mínimo da pena base establecida pola lei menos un día. Fixemos os cálculos e resulta o seguinte: pena de prisión de 5 a 10 anos menos 1 día.

Ao ser o grao de participación de Jorge a autoría (art. 28 do CP), non se establecen cambios na pena. Pero, ao concorreren as dúas agravantes dos arts. 22.4 e 23 do CP a pena débese impoñer na súa metade superior (art. 66.1.3 do CP), quedándonos o seguinte resultado: pena de prisión de 7 anos, 6 meses e 1 día a 10 anos menos 1 día, que sería a pena concreta deste delito.

Agora que temos as penas de cada delitos determinadas xa podemos aplicar as regras do concurso real de delitos, que establecen que se deben acumular aritmeticamente. Por unha banda, como as penas de prisión non se poden cumprir simultaneamente, cumpriranse de forma sucesiva, seguindo o orde da súa respectiva gravidade (art. 75 do CP) e, como non se superan os límites establecidos polo art. 76 do CP non se nos presenta maior problema. As penas de privación á tenencia e ao porte de armas e a inhabilitación especial si que se poderán cumprir simultaneamente co resto de penas.

En conclusión, a pena que se lle debe impoñer a Jorge será primeiro a do delito de homicidio intentado: pena de prisión de 7 anos, 6 meses e 1 día a 10 anos menos 1 día, posteriormente a pena de prisión de 2 a 5 anos polo delito de lesións e, por último a pena de prisión de 1 ano, 9 meses máis 1 día a 3 anos; privación do dereito á tenencia e ao porte de armas de 4 anos máis un día a 5 anos e, por último, a inhabilitación especial pola que pode optar o xuíz iría de 3 anos máis 1 día a 5 anos polo delito de maltrato habitual.

E, como a pena total de prisión é superior a 10 anos deberase impoñer á súa vez a pena accesoria recollida no art. 55 do CP, isto é, a inhabilitación absoluta durante o tempo de condena, podendo o xuíz impoñer a maiores a “inhabilitación especial para o exercicio da patria potestade, tutela, curatela, garda ou acollemento, ou ben a privación da patria potestade, cando estes dereitos tiveran relación directa co delito cometido”.

Ademais, atendendo ao artigo 57 do CP, o xuíz poderá impoñer “a privación do dereito a residir en determinados lugares ou acudir a eles” (lugar no que se cometera o delito, ou no que resida a vítima ou a súa familia) por seren delitos de homicidio, lesións e contra a integridade moral (arts. 57.1 e 48.1 do CP) e, como os citados delitos se cometeron contra a cónxuxe, deberá acordar, en todo caso, “a prohibición de aproximarse á vítima, ou a aqueles dos seus familiares ou outras persoas que determine o xuíz o tribunal, [...] quedando en suspenso, respecto dos fillos, o réxime de visitas, comunicación e estancia que, no seu caso, se tivera recoñecido en sentenza civil ata o total cumprimento desta pena” (arts. 57.2 e 48.2 do CP).

Para facilitar o máximo posible a comprensión dese traballo, poremos como exemplo unha posible pena concreta que pode ser imposta polo xuíz. O que faremos será escoller un valor entre os límites mínimos e máximos das penas que acabamos de calcular. En primeiro lugar, polo delito de homicidio intentado unha pena de prisión de 9 anos; o delito de lesións castigáremolo con pena de prisión de 3 anos e, por último, o delito de maltrato



---

habitual terá unha pena de prisión de 1 ano e 6 meses e privación á tenencia do dereito á tenencia e ao porte de armas de 4 anos e inhabilitación especial de 3 anos. Agora que están determinadas as penas concretas podémolas sumar quedando como resultado a seguinte pena para Jorge: pena de prisión de 13 anos e 6 meses, privación á tenencia do dereito á tenencia e ao porte de armas de 4 anos e inhabilitación especial de 3 anos. E, como penas accesorias impoñemos a inhabilitación absoluta durante o tempo de condena e a prohibición de aproximarse á vítima.

Por último indicar que estas penas non poden suspenderse (arts. 80 e 81 do CP) nin substituírse (arts. 89 e 71.2 do CP).

#### **IV.2. Pena que se lle debe impoñer a Clara**

Clara comete un delito de descubrimento e revelación de secretos que se regula no art. 197.1 do CP. O castigo que establece o tipo é a pena de prisión de 1 a 4 anos e a multa de 12 a 24 meses. Como o delito está consumado, Clara participa como autora e non concorren circunstancias modificativas da responsabilidade criminal a pena concreta corresponderase coa establecida no tipo: a pena de prisión de 1 a 4 anos e multa de 12 a 24 meses. Ao ser a pena de prisión inferior a 10 anos débese establecer, polo menos, unha das penas accesorias do art. 56 do CP: “1.º Suspensión de emprego ou cargo público, 2.º Inhabilitación especial para o dereito de sufraxio pasivo durante o tempo da condena., 3.º Inhabilitación especial para emprego ou cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, exercicio da patria potestade, tutela, curatela, garda ou acollemento ou calquera outro dereito, a privación da patria potestade, se estes dereitos tiveran relación directa co delito cometido”.

Por outra parte, se Clara non satisfixera a pena de multa que se lle impuxo quedaría suxeita “a unha responsabilidade persoal subsidiaria dun día de privación de liberdade por cada dúas cotas diarias non satisfeitas” (art. 53.1 CP).

Cabe mencionar tamén que se o xuíz decreta para Clara unha pena de prisión inferior a 2 anos esta poderase suspender nun prazo de 2 a 5 anos, así o establecen os artigos 80 e 81 do CP. E dado que Clara é a primeira vez que delinque, será o que máis probablemente suceda.

## **SEGUNDA CUESTIÓN**

### **I. ANÁLISE DO DESPIDO DE CLARA**

De acordo co artigo 54 do Real Decreto Lexislativo 2/2015, de 23 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores (de agora en diante ET) o empresario poderá decidir de forma unilateral o despido do traballador cando este incumpra de forma grave e culpable as súas obrigas. Isto é o que coñecemos como despido disciplinario.

As causas que constitúen incumprimento do contrato laboral encóntranse reguladas no art. 54.2 do ET. Nós centrarémonos tan só en dúas delas, que son as que nos interesan a efectos deste traballo: 1) as faltas repetidas e inxustificadas de asistencia ou puntualidade ao traballo e 2) a diminución continuada e voluntaria no rendemento normal ou pactado.

En primeiro lugar, no referente ás faltas repetidas e inxustificadas de asistencia ou puntualidade ao traballo o elemento da gravidade constitúese coa reiteración destas faltas. Non se incluírían dentro deste precepto as faltas convenientemente xustificadas polo traballador coa cobertura legal suficiente (Cruz Villalón, 2019, pp. 423 e 424).

En segundo lugar, respecto á diminución continuada e voluntaria no rendemento normal ou pactado hanse de acreditar dúas circunstancias: a primeira delas é que a redución do rendemento non sexa ocasional e, a segunda, que este descenso no rendemento sexa atribuíble ao dolo ou neglixencia do traballador, dado que se ocorre por

---

circunstancias alleas á vontade do traballador habería que acudir ao despido obxectivo pola súa ineptitude, tal e como se determina no art. 52. a) (Cruz Villalón, 2019, pp. 425 e 426).

No caso de que o traballador non estea conforme co despido poderá impugnaloo xudicialmente nos vinte días hábiles dende a súa efectividade, pasado este prazo o exercicio desta acción caducará (art. 59.3 do ET). Como resultado deste proceso, o xuíz cualificará o despido como procedente, improcedente ou nulo así se establece nos arts. 55.3 do ET e 108.1 da Lei 36/2011, de 10 de outubro, reguladora da xurisdición social (no que segue LXS) e en reiterada xurisprudencia [Cuarto FD da STS de 11 de outubro de 1999 (RJ 1993\9065) e Terceiro FD da STS de 16 de decembro de 2011 (AS 2012\143)].

O despido será procedente cando quede acreditado o incumprimento grave e culpable alegado polo empresario (art. 55.4 do ET). Será improcedente se non quedase acreditado este incumprimento (e.g. que o traballador non reducira o seu rendemento) ou se o que se incumpriu foron os requisitos de forma establecidos legal ou convencionalmente que analizamos antes (e.g. que si renda menos no traballo pero non de forma intencionada ou dolosa). Por último, o xuíz determinará que se trata dun despido nulo cando se dea algunha das circunstancias recollidas nos artigos 55.5 do ET e 108.2 da LXS. Entre elas gustaríanos destacar, a modo de exemplo, as seguintes: 1) cando se realice por motivos discriminatorios ou viole dereitos fundamentais e liberdades públicas do traballador; 2) cando coincida co embarazo ou nacemento, adopción ou acollemento dun fillo; 3) o das traballadoras vítimas de violencia de xénero polo exercicio do seu dereito á tutela xudicial efectiva ou dos dereitos recoñecidos nesta lei para facer efectiva a súa protección ou o seu dereito á asistencia social integral; etc.

Con respecto a este último punto referente ás traballadoras vítimas de violencia de xénero mencionar que tanto o Estatuto dos Traballadores como a Resolución de 18 de maio de 2017, da Dirección Xeral de Emprego, pola que se rexistra e publica o Convenio colectivo xeral de ámbito estatal para o sector de entidades de seguros, reaseguros e mutuas colaboradoras coa Seguridade Social para os anos 2016 a 2019 (que era o que rexía a relación laboral de Clara e o que estaba vixente nese momento) recollen medidas para a súa protección.

Por unha parte o ET no seu art. 37.8 indica que as traballadoras vítimas de violencia de xénero terán dereito a reducir a súa xornada de traballo ou á reordenación do tempo de traballo, a realizar o seu traballo total ou parcialmente a distancia ou a deixar de facelo se este fora o sistema establecido sempre que isto sexa compatible co posto e as funcións que desenvolva a persoa. E engade que “estes dereitos se poderán exercitar nos termos que para estes supostos concretos se establezan nos convenios colectivos ou nos acordos entre a empresa ou os representantes legais das persoas traballadoras [...]”.

Acudindo ao Convenio colectivo xeral de ámbito estatal para o sector de entidades de seguros vixente en 2017, momento do despido de Clara, encontramos a protección das vítimas de violencia de xénero no artigo 90. Concretamente, o apartado 4 deste artigo regula que as ausencias e faltas de puntualidade no traballo que sexan debidas á “situación física ou psicolóxica derivada da violencia de xénero consideraranse xustificadas, cando así o determinen os servizos sociais de atención ou servizos de saúde” sen perxuízo de que esas ausencias se comuniquen coa maior brevidade á empresa.

### **I.1. Aplicación práctica**

En primeiro lugar, consideramos oportuno mencionar que Clara non se podería acoller ao disposto no ET nin no Convenio colectivo xeral de ámbito estatal para o sector

---

de entidades de seguros no referente á protección das vítimas de violencia de xénero, posto que naquel momento (en 2017, momento previo ás lesións psíquicas, á tentativa de homicidio e á interposición da orde de protección pola xuíza) non tiña a consideración de vítima. Unha vez aclarado este tema continuamos coa aplicación práctica:

No noso suposto de feito indícasenos que Clara traballaba dende setembro de 2010 na área de marketing dunha entidade aseguradora e que, en abril de 2017, foi despedida de forma disciplinaria. A decisión da empresa viña motivada polas “ausencias e faltas de puntualidade inxustificadas” e polo descenso do seu rendemento nos últimos meses, que foi “inferior ao esperado” e que isto último se reflexou nas ventas.

Como explicamos no apartado anterior, para que o despido disciplinario sexa procedente os incumprimentos das obrigas laborais deben ser “graves e culpables”. No referente ao descenso no rendemento de Clara, para ver se efectivamente este se produce habería que comparar o rendemento de Clara co de outros traballadores da mesma categoría profesional e funcional [Segundo FD da STSX da Comunidade Valenciana de 29 de setembro de 1999 (AS\1999\7202) e Cuarto FD da STS de 25 de xaneiro de 1988 (RJ 1988\43)], ou ben co seu propio rendemento anterior propio [Segundo FD da STSX da Comunidade Valenciana de 29 de setembro de 1999 (AS\1999\7202) e Segundo Considerando da STS de 3 de outubro de 1984 (RJ 1984\5226)] e, a tal efecto deberase cuantificar cal é o “ritmo normal ou pactado de traballo” (Cruz Villalón, 2019, p. 426). Independentemente de todo isto, o segundo requisito que se debe cumprir para que proceda o despido disciplinario é que esta baixada no rendemento se deba á vontade, dolosa ou negligente, de Clara, o que non sucede, dado que esta distracción que presenta no traballo se debe á situación de maltrato que vivía no seu fogar e, de ningunha maneira, era de forma intencionada [Segundo FD da STSX de Cataluña de 18 de xaneiro de 2005 (AS 2005\266) e Cuarto Considerando da STS de 7 de xullo de 1983 (RJ 1983\3732)]. Ademais, indicamos no apartado anterior que para que se poda apreciar esta causa como motivo de despido disciplinario, a diminución do rendemento non pode ser algo ocasional (así o expoñen as mencionadas STSX de Cataluña de 18 de xaneiro de 2005 (AS 2005\266) e STS de xullo de 1983 (RJ 1983\3732) nos respectivos FD que acabamos de mencionar) e, considerando que Clara leva case sete anos traballando na mesma empresa (dende setembro de 2010) e que unicamente se presentou “descentrada e distraída no traballo” en algunhas ocasións nos últimos meses non nos parece que a decisión do empresario estea suficientemente motivada. En conclusión, o descenso do seu rendemento non sería unha causa xustificada para que proceda o despido disciplinario, teremos que estudar agora se efectivamente si procede polas faltas de puntualidade e ausencias non xustificadas.

Para que as faltas de puntualidade e as ausencias non xustificadas sexan unha causa de despido disciplinario, débense de dar de forma grave e culpable [Sexto FD da STSX de Andalucía de 8 de xullo de 2002 (AS 2002\4050)]. Neste caso, abandona o posto de traballo sen causa xustificada ata en tres ocasións (o 18, 25 e 27 de maio de 2017) e comete tres faltas de puntualidade os días 3, 5 e 6 de xuño de 2017, chegando todas as veces cunha hora de retraso e sen avisar previamente á empresa de que vai a chegar tarde ou de que se vai a ausentar do seu posto laboral. Dado que estas faltas se reiteran no tempo e non se avisan con antelación, a primeira vista, poderíamos pensar non estarían xustificadas. Pero antes de determinalo debemos acudir ao Convenio colectivo xeral de ámbito estatal para o sector de entidades de seguros, que rexía esta relación laboral, e ver o que dispón ao respecto:

En primeiro lugar, o Convenio colectivo expón no seu art. 65 que se consideran faltas de puntualidade aqueles retrasos na entrada ao traballo que sexan superiores ós dez

---

minutos. Polo tanto, os días 3, 5 e 6 de xuño de 2017 Clara cometeu faltas de puntualidade susceptibles de sanción. Estes retrasos, ao cometerse entre tres e cinco no período dun mes, serán constitutivos dunha falta leve, así o xustifica o art. 64.1.a) do Convenio colectivo.

En segundo lugar, os momentos nos que Clara se ausenta do seu posto de traballo integrárianse nas faltas tipificadas polo artigo 64.1.b) do Convenio. Cada un destes “abandonos do posto do traballo sen causa xustificada” e que non orixinen un perxuízo grave para a empresa constituirán unha falta leve. É dicir, como Clara abandona o traballo ata en tres momentos (os días 18, 25 e 27 de maio de 2017) está cometendo tres faltas leves. Esta reincidencia na comisión de máis de dúas faltas leves da mesma natureza nun prazo de 2 meses (como é caso, que se cometen todas no mesmo mes), suporía que adoptaran a condición de graves, sen embargo, como non consta no suposto que mediara advertencia escrita ou sanción sobre as mesmas, seguen sendo faltas leves [art. 64.2.o) do Convenio].

En terceiro lugar, aplicando o disposto no artigo 67 do Convenio colectivo, os abandonos do posto de traballo cometidos os días 18, 25 e 27 de maio de 2017 estarían prescritos porque xa transcorreran máis de dez días dende a súa comisión (prazo de prescrición que ten a empresa para sancionar as faltas leves) ata o momento no que se lle notifica o despido a Clara (día 15 de xuño de 2017). Con respecto ás faltas de puntualidade, que teñen o mesmo prazo de prescrición de dez días porque tamén son faltas leves, unicamente estaría prescrita a do día 3 de xuño de 2017. E, ao estar prescrita unha das faltas de puntualidade xa solo nos restarían dúas (as dos días 5 e 6 de xuño), como esta infracción se comete en menos de tres ocasións estes retrasos non son considerados polo Convenio como falta leve [art. 64.1.a) do Convenio colectivo], e por tanto non serían sancionables.

En conclusión, non pode sancionar a Clara por ningunha das súas ausencias nin faltas de puntualidade. E, no caso hipotético de que estas faltas leves non estivesen prescritas, e as sancións que podería aplicar a empresa serían as seguintes (art. 68.A do Convenio colectivo): amoestación verbal, amoestación por escrito e suspensión do emprego e soldo ata dous días. En ningún caso podería aplicar o despido disciplinario, que só se contempla como sanción para as faltas moi graves (art. 68.C do Convenio colectivo).

#### 1.1.1. Cualificación xudicial e dereito á indemnización.

Unha vez analizadas as motivacións que levaron ao empresario a notificarlle a Clara o seu despido disciplinario e demostrar que non queda acreditado o incumprimento grave e culpable de ningunha delas, o xuíz debe proclamar que este despido disciplinario é improcedente.

Os efectos que traslada esta cualificación son os seguintes:

O empresario pode optar por readmitir a Clara ou manter o seu despido pero, neste último caso, deberá indemnizala coa cifra legalmente prevista (art. 56.1 ET). O empresario terá cinco días dende a notificación da sentenza para presentar o escrito coa súa decisión ante órgano xudicial. Se transcorre ese prazo e non presenta o escrito optárase de forma automática pola readmisión do traballador, neste caso, Clara (Cruz Villalón, 2019, pp. 434 e 435).

Se se opta pola indemnización, a contía xa ben concretada pola norma e corresponderase cos “trinta e tres días de salario por ano de servizo, rateándose por meses os períodos inferiores a un ano”. Esta indemnización está sometida a un límite máximo de vinte e catro mensualidades do salario do traballador á data do seu despido [art. 56.1.a) ET e Cruz Villalón, 2019, p. 435].

---

No caso de que o empresario prefira a reincorporación de Clara, esta non terá dereito á indemnización, pero si poderá cobrar os “salarios de tramitación”, que son os que deixou de percibir dende a data do despido (neste caso sería o 15 de xuño de 2017) ata o momento no que se notifica a sentenza que cualifica ao despido como improcedente, así o indican o art. 56.2 do ET e Cruz Villalón (2019, p. 436).

## **TERCEIRA CUESTIÓN**

### **I. XURISDICIÓN E COMPETENCIA. OS XULGADOS DE VIOLENCIA SOBRE A MULLER**

Os Xulgados de Violencia sobre a Muller (no que segue, XVM) son creados pola Lei Orgánica 1/2004, de 28 de decembro, de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero (de agora en diante LIVG), nos seus artigos 43 e ss. co obxectivo de garantir un tratamento adecuado e eficaz da situación xurídica, familiar e social das vítimas de violencia de xénero nas relacións intrafamiliares (tal e como se sinala na súa exposición de motivos).

Defíneos Laguna Pontanilla (2016, pp. 33 e 34) como “aqueles órganos xurisdicionais especializados en materia de violencia sobre a muller, incardinados na xurisdición penal ordinaria, dotados dunha natureza xurídica mixta e competencia penal obxectiva para instruír, e en determinados casos axuizar en primeira instancia, aqueles delitos graves e leves xeradores de violencia física e/ou psicolóxica sobre as mulleres no ámbito familiar, exercida sobre estas por parte de quen sexa ou fora o seu cónxuxe ou por quen estea ou teña estado ligado a elas por relacións similares de afectividade, aínda sen convivencia, así como con competencia civil obxectiva para coñecer de determinados procesos civís de familia seguidos entre as mesmas partes”.

Trátase de órganos xurisdicionais unipersoais ordinarios, pero que están especializados por razón da materia, e que teñen competencias mixtas: penais e civís, isto indica o TS no Terceiro FD da Sentenza de 2 de marzo de 2020 (RJ 2020\902), “ata o punto de que as resolucións susceptibles de recurso ante a Audiencia Provincial seguen camiños separados en razón ao orde xurisdicional ao que proceden.” Así resulta do art. 82.1.3º e 82.2.4º da Lei Orgánica 6/1985, de 1 de xullo, do Poder Xudicial (de agora en diante LOPX). Cando teñan competencias penais pertencerán á orde xurisdicional penal e cando teñan competencias civís pertencerán á orde xurisdicional civil, sen que se trate, de ningunha forma, dunha nova orde xurisdicional (Sánchez Barrios, 2019, pp. 283 e 284).

Por outra parte, tamén se aclara na mencionada STS de 2 de marzo de 2020 (RJ 2020\902), que esta competencia civil é accesoria e instrumental dos delitos de violencia de xénero, sendo a carga penal a máis representativa nestes xulgados, indicando, á súa vez, no Segundo FD que “os procedementos civís representan aproximadamente un 10% respecto da entrada penal”. Se ben este “carácter mixto non depende da proporción de asuntos dunha ou outra orde dos que coñeza anualmente, senón de se ten ou non competencia propia en máis dunha orde xurisdicional”, como é o caso dos XVM.

#### **I.1. Competencias penais**

##### **I.1.1. Competencia funcional e obxectiva**

En primeiro lugar debemos mencionar que a citada LIVG sinala no seu artigo 43 que en cada partido xudicial debe existir, polo menos, un Xulgado de Violencia sobre a Muller, e prevé que, atendendo á carga ou volume de traballo, se poidan crear tres tipos diferentes de XVM: os “xulgados exclusivos”, que tan só coñecen de asuntos de violencia de xénero, os “compatibles”, que tamén coñecerán doutros asuntos penais e/ou civís

---

segundo sexan Xulgados de Instrución ou Xulgados de Primeira Instancia e Instrución, e os de “partido xudicial único”, naqueles partidos xudiciais nos que tan só exista un Xulgado de Primeira Instancia e Instrución, que asumirá o coñecemento nesta materia.

A competencia destes xulgados ven regulada nos artigos 44, 58 e 60 da LIVG, polos cales se engade o artigo 87 ter á LOPX e se modifica o artigo 14 do Real Decreto de 14 de setembro de 1882 polo que se aproba a Lei de Axuizamento Criminal (no que segue LECrim). Desta regulación extraemos que para que os Xulgados de Violencia sobre a Muller poidan coñecer dunha determinada causa débense de cumprir dous criterios: un criterio de atribución competencial por razón das persoas (*ratione personae*) e outro por razón da materia (*ratione materiae*). Así o expón Laguna Pontanilla (2016, pp. 35 e 161); a Fiscalía Xeral do Estado na Circular 4/2005, de 18 de xullo; os Autos da Audiencia Provincial de Cádiz de 27 de xaneiro de 2010 (AC 2010\385) no seu Único FD e da Audiencia Provincial de 27 de xaneiro de 2009 (AC\2009\333) no seu Primeiro FD, entre outra xurisprudencia.

#### *I.1.1.a. Por razón da materia*

Os XVM gozan de competencia obxectiva na fase de instrución para coñecer de todos aqueles delitos sinalados polo art. 87 ter.1.a) e b) da Lei Orgánica 6/1985, de 1 de xullo, do Poder Xudicial (de agora en diante LOPX), tales como o homicidio, as lesións, delitos contra a integridade moral etc. e ditar sentenzas en conformidade con ditas causas, tal e como se establece nos arts. 87 ter 1.e) da LOPX e 14.3 da LECrim.

Ademais, indícanos o artigo 87 da LOPX, no seu apartado c), que estes xulgados tamén terán competencia para adoptar ordes de protección, así como para o axuizamento e fallo dos delitos leves na materia (art. 87 ter.1. d) LOPX) e para o recoñecemento mutuo das resolucións penais na Unión Europea (no que sigue, UE) que lle sexan atribuídas por lei (art. 87 ter.1 f) LOPX), sen esquecer que, á súa vez, investigarán todos aqueles delitos conexos aos xa mencionados e todas as cuestións incidentais que puideran xurdir durante a tramitación do procedemento (Laguna Pontanilla, 2016, pp. 160 e 161).

#### *I.1.1.b. Por razón das persoas*

Os XVM coñecerán dos delitos cometidos por un home contra unha muller, sempre e cando esta sexa ou fora a súa esposa, ou ben estivera ligada ao autor por análoga relación de afectividade, aínda que non existira convivencia. Este ámbito persoal tamén é extensible aos delitos cometidos “sobre os descendentes propios ou da esposa ou convivinte, ou sobre menores ou incapaces que convivan co autor ou se encontren sometidos á potestade, curatela, acollemento ou garda de feito da esposa ou convivinte” sempre que se tivera producido un acto de violencia de xénero (Pascual López, 2020, p.267 e art. 87 ter 1. a) e 14.5 LECrim).

#### *I.1.2. Competencia territorial*

O artigo 59 da LIVG, polo que se engade o art. 15 bis á LECrim, atribúe a competencia ao xuíz de violencia sobre a muller do lugar do domicilio da vítima, sen perxuízo da adopción da orde de protección, ou de medidas urxentes do art. 13 da LECrim que puidera adoptar o xuíz do lugar da comisión dos feitos.

Este artigo é bastante novidoso debido a que se substitúe o tradicional *forum delicti comissi* (atribución da competencia territorial ao xuíz do lugar da comisión do feito delituoso) polo do lugar do domicilio da vítima.

A introdución deste novo foro competencial trouxo certa inseguridade xurídica, e produciuse un debate doutrinal acerca de se se debe atender ao domicilio da vítima no momento que ocorren os feitos ou ao do momento da denuncia. Resolve a dúbida tanto o

---

Tribunal Supremo no Auto de 3 marzo de 2006 (JUR 2006\103649) como o Ministerio Fiscal na Circular 4/2005, de 18 de xullo, relativa aos criterios de aplicación da Lei Orgánica de Medidas de Protección Integral contra a violencia de xénero (FIS-C-2005-00004) acordando que “por domicilio da vítima deberase entender o que tiña cando se produciron os feitos punibles”, así non se verá afectado polos posibles cambios de domicilio futuros e non se deixa á vontade da denunciante a elección do xuíz territorialmente competente.

Cando non se poida concretar o domicilio da vítima será competente o xuíz do lugar no que se encontre residindo a vítima, e, no seu defecto, aplicaranse os foros xerais dos arts. 14 e 15 da LECrim de forma subsidiaria (Pascual López, 2020, pp. 269 e 270).

### *1.1.3. Competencia penal por conexión*

Os XVM tamén son competentes para coñecer dos delitos conexos. Así se deriva do artigo 17 bis da LECrim (introducido polo art. 60 da LIVG). Pero, como ben indica Sánchez Barrios (2019, pp. 295 e 296), esta conexión tan só será admisible se ten o seu fundamento na comisión mediata, é dicir se se cometen eses delitos como medio para perpetrar outros, facilitar a súa execución, ou se se cometen para a acadar a impiedade doutros delitos.

Por último, mencionar que esta competencia penal é a que permite que os XVM poidan coñecer de delitos conexos sen que teñan que estar incluídos no listado do art. 87 ter.1 da LOPX.

## **1.2. Competencias civís**

### *1.2.1. Materias civís atribuídas ao coñecemento dos XVM*

Os asuntos civís dos que son competentes os XVM están recollidos no apartado 2 do art. 87 ter da LOPX e son os seguintes: a) os de filiación, maternidade e paternidade, b) os de nulidade matrimonial, separación e divorcio, c) os que versen sobre relacións paterno filiais, d) os que teñan por obxecto a adopción ou modificación de medidas de transcendencia familiar, e) os que versen exclusivamente sobre a garda e custodia de fillos e fillas menores ou sobre alimentos reclamados por un proxenitor contra o outro no nome dos fillos e fillas menores, f) os que versen sobre a necesidade de asentimento na adopción e g) os que teñan por obxecto a oposición ás resolucións administrativas en materia de protección de menores.

De forma xeral podemos concluír que coñecerán dos asuntos civís en materia de Dereito de Familia sempre que “estes deriven ou sexan o desencadeante dun feito de violencia” (López Picó, 2020, p.533).

### *1.2.2. Competencia exclusiva e excluínente na orde civil*

Para que estes xulgados teñan competencia exclusiva e excluínente nas materias que acabamos de enumerar, indica o art. 87 ter 3. da LOPX que se deben de cumprir varios requisitos (López Picó, 2020, pp. 536 e ss.):

O primeiro deles é un requisito obxectivo: segundo o apartado 3.a). do art. 87 ter da LOPX, débese tratar dun proceso civil que teña por obxecto algunha das materias do 87 ter 2. da LOPX .

O segundo trátase dun dobre requisito subxectivo: En primeiro lugar, algunha das partes dese proceso civil (demandante ou demandado) debe ser a vítima do acto de violencia de xénero en relación cos suxeitos que se integran na redacción do art. 87 ter 1.a) LOPX, así se manifesta no artigo 87 ter 3.b) LOPX. E, en segundo lugar, requírenos o art. 87 ter 3. c) LOPX que ou o demandante ou o demandado do proceso civil debe

---

coincidir co Autor, indutor ou cooperador do delito de violencia de xénero do que está coñecendo ou vai a coñecer o XVM.

Por último tamén se esixe un requisito funcional: “que se tivesen iniciado ante o Xuíz de Violencia sobre a Muller actuacións penais por delito ou falta a consecuencia dun acto de violencia sobre a muller, ou se adoptara unha orde de protección a unha vítima de violencia de xénero” (art. 87 ter 3. d) LOPX). A falta de maior especificación do que se debe entender como “actuacións penais”, considera López Picó (2020, p. 538) que se poderán considerar como tales calquera das formas recollidas na LECrim para o inicio do proceso penal: atestado, denuncia ou querela; isto sempre que o XVM ditara Auto de incoación do procedemento penal tras ter estudados primeiramente os requisitos que vimos enumerando, é dicir, que os actos postos no seu coñecemento constitúan unha expresión de violencia de xénero, e que xustificarian a súa competencia penal. Doutra forma non tería nin competencia civil nin penal para coñecer do asunto (López Picó, 2020, p. 538 e art. 87 ter 4. LOPX).

Así o expresan, entre moitos outros, a SAP de Valladolid 4 de febreiro de 2009 (JUR 2009\285698) no seu Segundo FD; o Auto do TS de 22 de marzo de 2017 (JUR 2017\75864) tamén no Segundo FD e o Auto do TS de 18 de marzo de 2014 (JUR 2014\125351) no FD número tres, facendo referencia aos presupostos de carácter persoal do 87 ter 3. b) e c), aos requisitos de carácter material do 87 ter 2., e á concorrencia do criterio de actividade (ao que nós lle chamamos “requisito funcional”) do 87 ter 3.d) da LOPX, como requisitos para a atribución da competencia exclusiva e excluínte dos XVM nas materias civís do apartado 2 do referido artigo.

En conclusión, se se cumpren todos os requisitos legais anteriores, os Xuíces de Violencia sobre a Muller estenderán a súa competencia ao coñecemento dos asuntos civís do art. 87 ter 2. LOPX que estean conectados a un delito de violencia de xénero, e farano a través dos procedementos e recursos que se prevén na Lei de Axuizamento Civil (no que sigue, LEC). Polo tanto, os XVM aplicarán os preceptos da LECrim ao ilícito penal, e os da LEC ao proceso civil relacionado coa violencia de xénero (Cerrato Guri, 2019, p.171). Neste sentido, déixase moi claro no Terceiro FD da STS de 2 de marzo de 2020 (RJ 2020\902), que “non se trata de resolver cuestións civís dentro de procesos penais ou con normas procesuais penais, senón de procesos civís autónomos que seguen os mesmos cauces procesuais que debe seguir o Xulgado de Primeira Instancia ou, alí onde exista, o Xulgado de Familia. Nótese, ademais, o paralelismo entre o art. 87 ter.2 LOPX e o art. 748 LEC”.

### **I.3. Aplicación práctica**

O que nos abrangue neste apartado é analizar a orde de protección que interpón a xuíza, así como a demanda de divorcio presentada por Clara o 2 de outubro de 2021.

Como se extrae do anteriormente exposto neste traballo, o primeiro que necesitamos para que os Xulgados de Violencia sobre a Muller sexan competentes é que se tiveran iniciado actuacións penais ou pola contra que se tivese adoptado unha orde de protección á vítima [art. 87 ter 3. d) LOPX]. No suposto que aquí nos ocupa, cúmprense ambas circunstancias, iniciáronse actuacións penais e existe unha orde de protección. Esta última ven xustificada polas medidas cautelares que lle impuxo a xuíza a Jorge (prohibición de aproximación e comunicación con Clara e seus pais por calquera medio).

A orde de protección das vítimas de violencia de xénero ven regulada polo art. 544 ter da LECrim, dándolle a posibilidade ao Xuíz de Violencia sobre a Muller (ou, no seu caso, ao xuíz en funcións de garda) de adoptar nun auto medidas cautelares de natureza penal, civil e incluso de protección social e asistencial co obxectivo de ofrecer un



---

“estatuto integral de protección” que evite a reiteración deses actos de violencia de xénero, independentemente do momento procesual no que se encontren e incluso antes de que este se inicie (Cerrato Guri, 2019, p.175).

O Auto da Audiencia Provincial de Madrid de 25 de xuño de 2018 (JUR 2018\222709), facéndose eco do disposto no art. 544 ter.1 da LECrim, recolle no seu Terceiro FD que se deben cumprir dous requisitos para que se poida adoptar esta orde. O primeiro deles é que “existan indicios fundados da comisión dun delito ou falta contra a vida, a integridade física ou moral, a liberdade sexual, a liberdade ou seguridade de algunha das persoas mencionadas no artigo 173.2 CP pola persoa respecto á que se solicita protección”, e, o segundo requirimento é que se presente unha “situación obxectiva de risco para a vítima” e que esta sexa creada “polo proceder da persoa da que se pretende ser protexida”, é dicir, polo autor de delitos susceptibles de ser cualificados como violencia de xénero.

No referente a se o XVM é competente en materia penal neste caso, debemos comprobar os requisitos tanto para a súa competencia obxectiva e funcional como para a territorial.

En canto á obxectiva e funcional, os delitos cometidos por Jorge si estarían integrados no art. 87 ter 1 a) e b) LOPX, e por tanto cúmprese o requisito *ratione materiae*.

No relativo ao criterio *ratione personae*, a vítima destes delitos, Clara, é a cónxuxe de Jorge, o Autor, polo que se integrarían nos suxeitos activo e pasivo que esixe o art. 87 ter 1 a) LOPX e 14.5 da LECrim.

A competencia territorial teríaa o XVM do lugar no que se encontrara o domicilio da vítima no momento de comisión dos feitos, e, como o matrimonio vivía nun inmovible situado na localidade da Coruña, será competente o XVM coruñés, que é un XVM exclusivo (Acordo do 23 de novembro de 2011, do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial, polo que se atribúe ao Xulgado do Penal nº 6 de A Coruña o coñecemento, con carácter exclusivo, da materia relativa á violencia sobre a muller<sup>2</sup>).

Cómpre agora analizar se a demanda de divorcio, que é propia dun proceso civil, está conectada aos feitos de violencia de xénero e pode así ser obxecto de coñecemento polo XVM. Parece inequívoco que si, dado que se encontra claramente integrado nos supostos recollidos polo art. 87 ter 2.b) LOPX, e véñse cumpridos tanto o dobre requisito subxectivo (demandado e demandante son autor e vítima do proceso penal) como o funcional (orde de protección previa) dos art. 87 ter 3. b), c) e d) LOPX respectivamente. Así sucede no caso analizado polo Auto da Audiencia Provincial de Guipúscoa de 2 de xullo de 2021 (JUR 2022\15963), na que a muller interpón a demanda de divorcio ante o Xulgado de Primeira Instancia e Instrución nº 1 de Tolosa, e este rexeita a súa competencia obxectiva ao amparo do disposto no art. 49 bis LEC ao coñecer que, con carácter previo ao inicio da fase oral do procedemento, no Xulgado de Violencia sobre a Muller de San Sebastián se estaba tramitando o proceso penal sobre feitos susceptibles de ser cualificados como violencia de xénero, e polo tanto é este o que é competente para coñecer tamén do proceso civil [Primeiro FD do Auto citado].

## II. ADMISIÓN COMO PROBA DA FOTO AO WHATSAPP DE JORGE

Na resolución da primeira cuestión deste traballo xa indicamos que o feito de que Clara accedese ao teléfono móbil do seu marido, o cal estaba protexido por contrasinal, e fotografiara unha mensaxe de WhatsApp vulneraba a intimidade persoal de Jorge. E,

---

<sup>2</sup> Enlace ao Acordo do 23 de novembro de 2011, do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial, polo que se atribúe ao Xulgado do Penal nº 6 de A Coruña o coñecemento, con carácter exclusivo, da materia relativa á violencia sobre a muller: [https://www.boe.es/eli/es/a/2011/11/23/\(6\)](https://www.boe.es/eli/es/a/2011/11/23/(6))

---

debemos recordar, que a intimidade persoal está configurada na Constitución Española coma un dereito fundamental, así o recolle o seu artigo 18.1.

Por outra parte, se acudimos agora á Lei Orgánica do Poder Xudicial veremos que establece que non producirán efecto as probas que se aporten ao proceso xudicial obtidas “violentando os dereitos ou liberdades fundamentais” (art. 11.1 LOPX). E reiterada xurisprudencia fai referencia a este feito, como por exemplo a SAP de Barcelona de 9 de decembro de 2019 (JUR 2020\39269), que define, no seu Segundo FD, á proba ilícita como “aquela que conleva unha actividade prohibida pola lei (art. 283.3 ) ou na que a súa obtención ou orixe se vulneraran dereitos fundamentais (art. 287.1 LEC)”.

O fundamento desta ilicitude recae na posición preferente que ocupan os dereitos fundamentais no noso ordenamento xurídico e na preservación da súa esencia, así o indica Arrabal Platero (2021, p.5).

Sen embargo, dedúcese do artigo 287 da Lei de Xuizamento Civil que estas probas ilícitas si se admiten inicialmente no proceso, e que lle corresponde á outra parte “alegal de inmediato”, aínda que tamén pode ser suscitada de oficio polo tribunal. Así o indica a SAP de Cádiz de 14 de decembro de 2018 (JUR 2019\124354) no seu Primeiro FD: “respecto das probas ilícitas non se contempla a falta de admisión inicial. Do tenor do art. 287 LEC despréndese inequivocamente que a cuestión debe de ser suscitada necesariamente a instancia de parte. [...] E se o Xuíz, sen instancia de parte albergase algunha incerteza acerca de se algunha proba pode ter ou non esta calidade, debe promover de oficio a cuestión oportuna, formal e intempestivamente”.

Tamén manifesta a mencionada sentenza que esta imposibilidade de inadmisión *ab initio* das probas obtidas de forma ilícita se deriva de tres circunstancias: 1) o órgano xurisdiccional pode non coñecer desta circunstancia na introdución do proceso, 2) a Lei non sempre habilita un trámite específico de inadmisión de certos medios de proba e 3) o art. 287 da LEC xa expresa o modo e o momento para alegar esta circunstancia e determina o procedemento para ver se nos encontramos dentro da prohibición do art. 11.1 LOPX.

### **II.1. Aplicación práctica**

En coherencia co ata agora exposto, hai que concluír que a proba que quere aportar Clara é ilícita, que inicialmente si será admitida no proceso e que corresponderá a Jorge alegar a ilicitude da mesma, e se este non se pronuncia, poderá ser o xuíz o que promova de oficio a cuestión oportuna.

No caso hipotético de que Clara formase parte desa conversa de WhatsApp non se estaría vulnerando ningún ben xurídico protexido e, polo tanto, sería plenamente lícito aportar a foto como proba ao proceso, así se expresa en numerosas sentenzas: SSTS de 31 de maio (RJ 2019\2188), e a 793/2016, de 20 de outubro (RJ 2016\5166), ou a STSX de Galicia de 25 de abril de 2014 (AS 2014\2364), entre moitas outras.

### **III. MODO DE APORTACIÓN DA PROBA**

Neste apartado analizaremos o modo de aportación das probas tecnolóxicas lícitas, entre as que encontramos as conversas de WhatsApp.

Aínda que existen sentenzas que as definen como probas documentais, dado que se poden imprimir as fotos ou “pantallazos” que se lles fagan [Segundo FD da STS de 19 de maio de 2015 (RJ 2015\1920), ou o Primeiro FD da SAP de Alacante de 9 de decembro de 2015 (JUR 2016\132447)] o máis común é que as mensaxes de WhatsApp se integren dentro do apartado 2 do artigo 299 da LEC: “tamén se admitirán [...] os medios de reprodución da palabra, o son e a imaxe, así como os instrumentos que permiten arquivar e coñecer ou reproducir palabras”.

---

No relativo á forma na que se deben presentar, García Mescua (2018, pp. 40-42) expón o seguinte:

En primeiro lugar pódense presentar as capturas de pantalla en formato papel como documentos privados. E se a parte contraria non as impugna, estas producirán os mesmos efectos que a orixinal, tal e como se extrae do art. 268.2 da LEC. Se a outra parte as impugna (art. 268.1 da LEC), a parte que a propuxo deberá practicar unha proba pericial que identifique de forma clara e inequívoca a orixe da conversa, aos seus interlocutores e o seu contido [Cuarto FD das STSS de 27 de xuño de 2019 (RJ 2019\2792) e de 19 de maio de 2015 (RJ 2015\1920)].

En segundo lugar, a outra forma válida para a súa aportación, e que se extrae do propio artigo 268.1 da LEC, é a aportación do propio teléfono móbil (ou calquera outro soporte electrónico como por exemplo un CD, DVD, USB...) para deixar constancia do seu contido e podendo solicitar a súa devolución posteriormente. Se se opta por esta opción, o soporte material terase que acompañar dunha transcripción escrita das palabras contidas nesas conversas e que teñan relevancia para o caso, de acordo coas esixencias impostas polo art. 382 da LEC no referente aos medios de proba tecnolóxicos.

En terceiro lugar, tamén se pode acudir a un Notario, coa presenza dun perito informático, para que levante acta e aportar o documento público como copia simple (art. 267 da LEC), sen que se requira a aportación do orixinal. No caso de que se impugne esta copia simple, “poderá aportarse a autos o orixinal, copia ou certificación do documento cos requisitos necesarios para que produza os seus efectos probatorios” (García Mescua, 2018, p.42).

Todas estas formas de aportación resúmense no Cuarto FD da STS de 27 de xuño de 2019 (RJ 2019\2792) que expón que estas probas dixitais se poden aportar “mediante acta notarial ou adveración de teléfonos móbiles e os seus contidos ante o Letrado da Administración de Xustiza, ou meros “pantallazos” como fotografías dun “fio” de mensaxes de WhatsApp”.

Pasando agora ao momento de aportación, establécese legalmente que deberán ser aportadas polas partes nos seus escritos de alegacións iniciais (coa demanda e a contestación á mesma, art. 265.1.2º LEC) se fundan as súas pretensións nesas medios de proba. Se non fundan as súas pretensións na proba tecnolóxica esta deberá aportarse no momento legalmente previsto para propoñer a actividade probatoria, é dicir, na audiencia previa ou na vista (arts. 429.1 e 443.3 LEC), así o expresa Sigüenza López (2021, p.14).

Por último, debemos referirnos á admisión da proba, e aquí cobran especial relevancia os artigos 297 e 298 da LEC no relativo ao aseguramento da proba antes e durante o proceso, e é que as particularidades deste medio probatorio fan que sexan especialmente manipulables. Tal e como se establece na xa citada STS de 19 de maio de 2015 (RJ 2015\1920) no seu Cuarto FD: “a posibilidade dunha manipulación dos arquivos dixitais mediante os que se materializa ese intercambio de ideas forma parte da realidade das cousas. O anonimato que autorizan tales sistemas e a libre creación de contas cunha finalidade finxida, fan perfectamente posible aparentar unha comunicación na que un único usuario se relacione consigo mesmo”.

En conclusión, a non ser que os WhatsApp se aporten mediante acta notarial, na que o Notario se valera dun perito informática, ou ben as partes ou o Xuíz se serviran da opinión dun perito das citadas características, non existirá unha garantía total de que a proba non foi manipulada (García Mescua, 2018, p.43).

Sen perxuízo de todo o que acabamos de expoñer, engaden Abella Rubio e Loriente Manzanares (2019, p. 85) que o xuíz deberá valorar esta proba dixital en conxunto co resto de probas que se practiquen “aplicando as regras legais ou da sa crítica”.

---

## CUARTA CUESTIÓN

### I. GARDA E CUSTODIA DOS FILLOS MENORES

O réxime de garda e custodia é a potestade que concede o dereito de convivir habitualmente cos menores, sexa permanente ou alternativamente, e que comprende todas as obrigas diarias da vida ordinaria (Giménez Costa e Villó Trave, 2019, p.197).

Recóllese no Real Decreto de 24 de xullo de 1889 polo que se publica o Código Civil (de agora en diante CC) que este sistema se pode atribuír de forma unilateral a só un dos cónxuxes (art. 159 CC), tendo dereito o cónxuxe non gardador a un réxime de comunicación e estancia cos fillos, ou de maneira conxunta a ambos deles (art. 92.5 CC). Isto acordarase mediante sentenza (apartados 2 e 6 do art. 92 CC) ou convenio regulador aprobado polo xuíz, letrado da administración de xustiza ou notario (arts. 90.1.a) e 92.5 do CC), debendo outorgarlle a garda e custodia a aquel dos pais que ofrezca mellores garantías materiais e morais aos fillos, tendo en conta as circunstancias “económicas familiares, culturais e ambientais” (Bercovitz *et al.*, 2021, p.113).

Á hora de adoptar un ou outro réxime, o xuíz terá en conta os seguintes criterios: “a práctica anterior dos proxenitores nas súas relacións co menor e as súas aptitudes persoais; os desexos manifestados polos menores competentes; o número de fillos; o cumprimento por parte dos proxenitores dos seus deberes en relación cos fillos e o respecto mutuo nas súas relacións persoais e con outras persoas que convivan no fogar familiar; os acordos adoptados polos proxenitores; a localización dos seus respectivos domicilios, horarios e actividades duns e outros; o resultado dos informes esixidos legalmente, e, en definitiva, calquera outro que permita aos menores unha vida axeitada nunha convivencia que forzosamente deberá ser máis complexa que a que se leva a cabo cando os proxenitores conviven” [Quinto FD da STS de 17 de xullo de 2015 (RJ 2015\2784), Segundo FD da STS de 16 de febreiro de 2015 (RJ 2015\553) e Quinto FD da STS de 8 de outubro de 2009 (RJ 2009\4606), entre outras].

Estes criterios interpretaranse tendo en conta que o sistema prioritario e desexable sempre será a garda e custodia compartida, así se reflexa na xurisprudencia do TS: “a redacción do artigo 92 CC non permite concluír que se trate dunha medida excepcional, senón que ao contrario, haberá de considerarse normal e incluso desexable, porque permite que sexa efectivo o dereito que os fillos teñen a relacionarse con ambos proxenitores, aínda en situacións de crisis, sempre que elo sexa posible e en tanto en canto o sexa” [Cuarto FD das STSS de 16 de xuño de 2020 (RJ\2020\2294) e de 26 de outubro de 2020 (RJ\2020\4166) e Segundo FD da STS de 6 abril de 2018 (RJ\2018\1430)].

Para finalizar coa garda e custodia compartida debemos mencionar que esta só será posible cando exista respecto entre ambos pais [Segundo FD das STSS de 24 abril de 2018 (RJ\2018\1598) e de 25 outubro de 2017 (RJ\2017\4677) e Sexto FD da STS 30 de outubro de 2014 (RJ\2014\5268)] e que polo menos un deles así o solicitara, non podendo ser aplicada de oficio polo xuíz [Terceiro FD da STS de 15 xuño de 2016 (RJ\2016\2780), Segundo FD da STS de 29 abril de 2013 (RJ\2013\3269) e Quinto FD da STS de 19 abril de 2012 (RJ\2012\5909)].

Sen embargo, indica o artigo 92.7 do Código Civil que non procederá a garda conxunta cando “calquera dos pais estea incurso nun proceso penal iniciado por intentar atentar contra a vida, a integridade física, a liberdade, a integridade moral ou a liberdade e indemnidade sexual do outro cónxuxe ou dos fillos que convivan con ambos”. E, engade que tampouco procederá se o xuíz advirte “a existencia de indicios fundados de violencia doméstica ou de xénero”. Indican Bercovitz *et al.* (2021, p.115) que existirá violencia doméstica cando concorran as circunstancias do art. 544 ter.1.da LECrim, é dicir, que existan indicios fundados da comisión dos delitos que acabamos de enumerar. Esta

---

situación ponse de manifesto en numerosas sentenzas [Terceiro FD das STSS de 31 de maio de 2021 (RJ\2021\2616) e de 29 de marzo de 2021 (RJ\2021\1427) e Sétimo FD da STS de 27 de outubro de 2021 (RJ\2021\4972)], nas que xustifican que a situación de humillación, desprezo e dominación do pai sobre a nai imposibilita que se poida levar a cabo a custodia compartida, dado que esta require respecto entre os proxenitores, actitude colaborativa e intercambio de información nas cuestións que afectan aos fillos. Ao non cumprirse estes requisitos, a garda conxunta sería contraria ao interese do menor, quen require “un sistema de convivencia pacífico e estable emocionalmente”.

En todo caso, esta suspensión da garda e custodia compartida, ou o non outorgamento se é que non existía previamente, é totalmente revogable cando o pai é absolto dos delitos de violencia de xénero que se lle imputaban [Primeiro FD da STS de 7 de xuño de 2018 (RJ\2018\2417)].

## II. RÉXIME DE VISITAS FILLOS MENORES

Ao proxenitor que non ten a garda e custodia dos fillos concédeselle o dereito a visitalos, así o establece o artigo 94 do Código Civil, que foi modificado pola Lei 8/2021, de 2 de xuño, pola que se reforma a lexislación civil e procesual para o apoio ás persoas con discapacidade no exercicio da súa capacidade xurídica.

Desta maneira, o cónxuxe non custodio pode cumprir co seu deber velar polos fillos (arts. 110 e 111.IV CC) e de relacionarse con eles (art. 161 CC). Hai que puntualizar que a visita e comunicación cos fillos trátase tanto dun dereito coma dun deber, dado que o seu establecemento faise fundamentalmente en beneficio dos menores (art. 160.1 CC), e non dos pais Bercovitz *et al.* (2021, p.118).

Este réxime determínano os cónxuxes no convenio regulador, ou en defecto deste, virá determinado polo xuíz, debéndose fixar, en todo caso: “o tempo, o modo e o lugar de exercicio deste dereito” (art. 94. I CC). E, ao igual que o réxime de garda e custodia, o dereito de visitas e comunicación débese configurar de acordo co principio *favor fili* ou o “interese do menor”, entendéndose como tal “a suma de varios factores que teñen que ver non solo coas circunstancias persoais dos seus proxenitores e as necesidades afectivas dos fillos tras a ruptura, senón con outras circunstancias persoais, familiares, materiais, sociais e culturais, que deben ser obxecto de valoración para evitar no posible un factor de risco para a estabilidade do menor” [Terceiro FD dos Autos do TS de 24 de novembro (RJ\2021\5246) e de 13 de xaneiro de 2021 (JUR\2021\30807)].

Cando o proxenitor non custodio estea “incurso nun proceso penal iniciado por atentar contra a vida, a integridade física, a liberdade, a integridade moral ou a liberdade e indemnidade sexual do outro cónxuxe ou os seus fillos” ou ben existan indicios fundados de violencia doméstica ou de xénero (definidos no art. 544 ter.1 LECrim e xa expostos no apartado anterior) indica o art. 94. IV do CC que non procederá o establecemento do réxime de visitas (e se existise suspenderase). Sen embargo, manifestan tanto o art. 66 da LIVG como o propio art. 94.IV do CC que o xuíz igualmente o poderá establecer, sempre que previamente avaliara a situación paterno-filial, que pronuncie esta decisión nunha resolución motivada no interese do menor e adopte as medidas necesarias para a protección da nai e garantir a seguridade e integridade do menor. Ademais o XVM terá que realizar un seguimento periódico da evolución do caso. Vemos polo tanto que non se trata dunha suspensión automática, senón que previamente se deberán valorar todas as circunstancias de cada caso, poñendo especial atención no perigo particular que se xere para o menor (Bello Janeiro, 2021, p.22; Giménez Costa e Villó Trave, 2019, pp.198 e 199). Así se deduce do Segundo FD da SAP de Barcelona de 15 de maio de 2019 (JUR 2019\184262) e do Segundo FD da STS núm. 720/2002 de 9

---

de xullo de 2002 (RJ 2002\5905), que poñen de manifesto que este dereito de visitas se debe interpretar de forma restritiva, pero que pode verse suspendido ou restrinxido cando exista “un perigo concreto e real da saúde psíquica ou moral dos menores”.

Especial atención requiren os casos nos que o réxime de visitas non se suspenda e exista unha prohibición de aproximación ou comunicación coa vítima. Nestes supostos o dereito exercerase a través de terceiras persoas ou dun punto de encontro familiar [Primeiro FD da STS de 27 de outubro de 2015 (RJ\2015\5043) e Cuarto da STS núm. 416/2012 de 29 xuño de 2012 (RJ\2012\8190)].

Podemos ver algúns exemplos de suspensión do réxime de visitas no Cuarto FD da STS de 11 de febreiro de 2011 (RJ\2011\2311) e no Segundo FD da STS de 26 de novembro de 2015 (RJ\2015\5624).

### III. APLICACIÓN PRÁCTICA

No presente suposto non procederá a garda conxunta dos fillos menores debido a que Jorge está incurso nun proceso penal iniciado por atentarse contra a vida, a integridade física, e a integridade moral da súa cónxuxe. É por esta razón pola que o Xuíz de Violencia sobre a Muller debe atribuír a garda e custodia dos fillos en exclusiva a Clara, que é a cónxuxe vítima.

Pola mesma razón, pode que a Jorge non lle outorguen o réxime de visitas cos fillos, pero a diferenza da garda e custodia, isto non da de forma automática ou obrigatoria en todos os casos. Facéndonos eco do exposto por Giménez Costa e Villó Trave (2019, p.199), na práctica, este réxime unicamente non se aplica en casos excepcionalmente graves nos que se entende incompatible que o pai que intenta acabar coa vida da muller sexa apto para educar ao seu fillo. No que a nós nos respecta, ante a gravidade dos feitos cometidos por Jorge, consideramos que sería totalmente contrario ao interese superior do menor manter o contacto coa persoa que atenta contra a vida, a saúde e a integridade moral de súa nai, posto que o risco (non solo físico, tamén respecto aos problemas psicolóxicos que se lle poidan ocasionar no futuro) superará ao beneficio que o menor podería obter. Pero, se o xuíz, unha vez analizadas todas as circunstancias do caso igualmente o concede deberá pronunciar esta decisión nunha resolución motivada no interese do menor.

#### III.1. **Caso hipotético: prisión provisional do pai**

Nos casos nos que o proxenitor se encontre en prisión, tanto se esta é provisional como se é por sentenza firme, “non procederá en ningún caso o establecemento dun réxime de visitas”, así o recolle o art. 94.V do CC tras a reforma introducida pola Lei 8/2021, de 2 de xuño, pola que se reforma a lexislación civil e procesual para o apoio ás persoas con discapacidade no exercicio da súa capacidade xurídica, sempre que esta sexa consecuencia dun proceso penal iniciado por atentarse contra a vida, a integridade física, a liberdade, a integridade moral ou a liberdade e indemnidade sexual do outro cónxuxe ou dos seus fillos menores de idade ou con discapacidade (Sospedra Navas, 2021, p.14).

Polo tanto, se a xuíza decretara para Jorge prisión provisional, automaticamente se suspendería o réxime de visitas cos seus fillos ao estar procesado por delitos contra a vida e a liberdade cometidos sobre Clara, a súa cónxuxe.

#### III.2. **Relevancia das manifestacións do fillo sobre o pai**

O dereito dos menores a ser oídos regúlase en diversas leis:

En primeiro lugar, no artigo 9 da Lei Orgánica 1/1996, de 15 de xaneiro, de Protección Xurídica do Menor, de modificación parcial do Código Civil e da Lei de Enxuízamento Civil (no que segue LOPXM) indica que “o menor ten dereito a ser oído e escoitado sen discriminación algunha por idade, discapacidade ou calquera outra

---

circunstancia, tanto no ámbito familiar como en calquera procedemento administrativo, xudicial ou de mediación no que estea afectado e que conduza a unha decisión que incida na súa esfera persoal, familiar ou social, téndose debidamente en conta as súas opinións, en función da súa idade e madurez”. A avaliación da madurez parece algo bastante relativo, por iso o art. 9 da LOPXM engade que se “avaliará por persoal especializado, tendo en conta tanto o desenvolvemento evolutivo do menor como a súa capacidade para comprender e avaliar o asunto concreto a tratar en cada caso”, e considerarase, “en todo caso”, que aos doce anos xa se terá a madurez suficiente.

En segundo lugar, no artigo 12 do Instrumento de Ratificación da Convención sobre os Dereitos do Neno, adoptada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas o 20 de novembro de 1989, establécese que se debe garantir que o neno exprese libremente a súa opinión en todos os asuntos que lle afecten, “téndose debidamente en conta as opinións do neno, en función da idade e madurez do neno”, polo que “se lle dará a oportunidade de ser escoitado en todo procedemento xudicial ou administrativo” que lle afecte.

En terceiro lugar, e xa máis concretamente co tema que aquí nos ocupa (a garda e custodia dos menores e o réxime de visitas), tamén se fai referencia a este dereito que ten o neno no Código Civil e na Lei de Axuizamento Civil. Por unha parte, no artigo 92.6 CCponse de manifesto que “en todo caso, antes de acordar o réxime de garda e custodia dos fillos, o xuíz deberá [...] oír aos menores que teñan suficiente xuízo cando se estime necesario de oficio ou a petición do fiscal”. Por último, o art. 770.1.4ª LEC lexisla na mesma liña que “se o procedemento fose contencioso e se estimare necesario de oficio ou a petición do fiscal [...] poderán ser oídos cando teñan menos de doce anos” e, deberán ser oídos “en todo caso se alcanzaran dita idade”.

Con respecto ao pronunciamento dos tribunais sobre este tema queremos destacar varias sentenzas. Na primeira delas, a STS de 20 de outubro de 2014 (RJ\2014\5613), concretamente no seu Quinto FD, refléxase que “cando a idade e a madurez do menor fagan presumir que ten suficiente xuízo e, en todo caso, os maiores de 12 anos, haberán de ser oídos nos procedementos xudiciais nos que se resolva sobre a súa garda e custodia, sen que a parte poida renunciar á proposición de dita proba, debendo acordala, no seu caso, o xuíz de oficio”. A obrigatoriedade de oír aos menores nestes procesos tamén se extrae doutras dúas sentenzas: a STS de 27 de xullo de 2021 (RJ\2021\4023) que refire no Segundo FD que para que o tribunal poida prescindir da audición do menor é necesario que o resolva de forma motivada. A necesidade de ser oído o menor nos procedementos que lle afectan directamente tamén se expresa no Segundo FD da STS de 7 de marzo de 2017 (RJ\2017\703) e no Primeiro da STS de 25 de outubro de 2017 (RJ\2017\4676).

E, por se aínda non quedara suficientemente clara a especial relevancia que gardan as declaracións que poidan verter os menores, así como o seu dereito a facelo, despréndese do Segundo FD da STS de 30 de novembro de 2020 (RJ\2020\4795) que se o xuíz non xustifica de forma motivada o porqué non practica esa proba suporá a nulidade da sentenza na que se resolva a garda e custodia do menor.

No noso suposto, Martín, o fillo maior da parella, ten tan só oito anos, polo que a madurez non se pode considerar de forma “automática”. Será necesario que sexa avaliado por persoal autorizado para poder ser oído polo xuíz, e que este ou o fiscal estimen necesaria a súa audiencia. E, no caso de que non consideren apropiada a práctica desta proba, deberano resolver de forma motivada, senón a sentenza devirá nula. No referente aos restantes requisitos, non habería problema, posto que o procedemento xudicial que se está a tratar (a garda e custodia e o réxime de visitas) lle afectan directamente na súa esfera persoal e familiar, polo que se deberían ter en conta as súas opinións, se ben estas non teñen por que ser determinantes para o xuíz á hora de tomar a súa decisión. Como

---

mencionamos no apartado anterior, entre os criterios que o xuíz terá que considerar encóntranse os desexos manifestados polos menores competentes, pero tamén moitos outros (o cumprimento por parte dos proxenitores dos seus deberes en relación cos fillos, o respecto mutuo nas súas relacións persoais e con outras persoas que convivan no fogar familiar etc.). Polo que a decisión do xuíz será consecuenta coa ponderación que faga respecto de todos estes feitos.

## **QUINTA CUESTIÓN**

### **I. QUEBRANTAMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES POLOS FEITOS COMETIDOS POR JORGE OS DÍAS 7 E 12 DE OUTUBRO**

As medidas cautelares son todas aquelas “resolucións motivadas do órgano xurisdiccional que se poden adoptar no curso dun procedemento penal contra o imputado por un delito de tal gravidade que faga presumir o seu risco de fuga ou a súa ocultación persoal ou patrimonial, polas que se limita provisionalmente a súa liberdade ou a libre disposición dos seus bens co fin de garantir os efectos, penais ou civís, da sentenza” (Díaz Martínez, 2021, p. 352).

Segundo a estrutura marcada por (Díaz Martínez, 2021, p. 352) hai que destacar como presupostos das medidas cautelares os seguintes:

O *fumus boni iuris* (aparencia e xustificación do dereito subxectivo no proceso penal), que se refire a que debe haber un imputado para que se poidan adoptar as medidas cautelares. Trátase do presuposto material, requírese a “razoada atribución do feito punible a unha persoa determinada”.

E en segundo lugar, o *periculum in mora* (dano xurídico derivado do retardo do procedemento): a necesidade da medida cautelar ven determinada polo perigo de fuga ou de ocultación persoal ou patrimonial do imputado.

Así mesmo, tamén debemos mencionar que as medidas cautelares constan de catro elementos” (Díaz Martínez, 2021, p. 352):

O primeiro sería a xurisdiccionalidade: as medidas cautelares tan só poden ser adoptadas polo órgano xurisdiccional competente.

O segundo, a instrumentalidade: estas medidas deben estar supeditadas un proceso penal en curso, e finalizarán con dito proceso.

O terceiro, a provisionalidade: como máximo durarán o tempo que permaneza pendente o proceso principal.

E o último, a homoxeneidade: como a medida ten como finalidade garantir os futuros efectos da sentenza, esta debe ser homoxénea (que non idéntica) coas medidas executivas ás que tenden a preordear.

#### **I.1. Prohibicións de comunicación e aproximación**

Estas medidas encádranse na Lei Orgánica, 14/1999, de 9 de xuño, de modificación do Código Penal de 1995, en materia de protección ás vítimas de malos tratos e da Lei de Axuízamento Criminal. Máis concretamente é o art. 544 bis da LECrim o que introduce as medidas de carácter persoal consistentes na “prohibición de residir ou acudir a determinados lugares”, ou a de “aproximarse ou comunicarse con determinadas persoas” (Moreno Catena e Cortés Domínguez, 2021, p. 376), será esta última o obxecto da nosa exposición por ser a medida imposta ao suxeito activo do noso caso práctico.

Estas medidas cautelares teñen o obxectivo de protexer á vítima de futuras e probables agresións. Vemos por tanto que se cumpre o presuposto do *fumus boni iuris* (dado que existe unha “imputación indiciaria a quen está amparado pola presunción de inocencia”), pero non o *periculum in mora* (neste caso o que existe é *periculum in*



---

*damnum*, e dicir o perigo á repetición da acción delituosa), tal e como sinalan Moreno Catena e Cortés Domínguez (2021, p. 377), e que, polo tanto, sería máis correcto denominala “instrumento de protección” e non medida cautelar.

Por unha banda, a prohibición de aproximarse a determinadas persoas (víctima, familiares, ou outras persoas determinadas polo xuíz) defínese no artigo 48.2 do CP como aquela que “impide ao penado acercarse a eles, en calquera lugar onde se encontren, así como acercarse ao seu domicilio, aos seus lugares de traballo e a calquera outro que sexa frecuentado por eles, quedando en suspenso, respecto dos fillos, o réxime de visitas, comunicación e estancia que, no seu caso, se tivese recoñecido en sentenza civil ata o total cumprimento desta pena”.

Pola outra banda, a prohibición de comunicarse con determinadas persoas (víctima, familiares, ou outras persoas determinadas polo xuíz), defínea o CP no seu artigo 48.3 como o impedimento ao penado de “establecer con elas, por calquera medio de comunicación ou medio informático ou telemático, contacto escrito, verbal ou visual”.

### **I.2. Delito de quebrantamento de condena**

O tipo básico deste delito é o artigo 468.1 do Código Penal, que castiga aos que “quebrantaren a súa condena, medida de seguridade, prisión, medida cautelar, condución ou custodia” (tipo obxectivo) con dolo (tipo subxectivo), sendo o ben xurídico protexido a Administración de Xustiza (Muñoz Conde, 2019, p. 873 e 874).

No noso caso concreto, non se aplica o tipo básico, senón que entra en xogo o apartado 2. do artigo 468 do CP . Isto débese a que se infrinxe unha medida cautelar imposta en procesos criminais nos que os ofendidos son algunhas das persoas ás que se refire o artigo 173.2 CP, neste suposto a ofendida é a cónxuxe do Autor. Este segundo apartado impón unha pena especialmente grave, indica a Audiencia Provincial de Madrid no Primeiro FD da súa Sentenza de 18 de xaneiro de 2016 (JUR 2016\39944), que a razón disto é que se trata dun delito pluriofensivo no que “o **ben xurídico protexido** non é só a Administración de Xustiza, senón tamén “a indemnidade da muller e doutras vítimas de delitos de violencia de xénero”.

### **I.3. Aplicación práctica**

Antes de comezar co noso estudo sobre se efectivamente existe ou non quebrantamento de condena respecto ás medidas cautelares que lle foron impostas a Jorge, debemos puntualizar que estes supostos referidos ás redes sociais son tan novidosos que aínda non existen moitos pronunciamentos xurisprudenciais. Para fundamentar a nosa exposición aportaremos algunha sentenza que encontremos similar ao caso e trataremos de interpretala con respecto aos feitos que aquí nos ocupan.

#### *I.3.1. Visualización da “historia” de Instagram*

Non encontramos pronunciamento xurisprudencial algún respecto deste tema, o máis similar sería o envío de solicitudes de seguimento, ou os “me gustas” dados en redes sociais, se ben estes parecen métodos de comunicación máis directos que a simple visualización da “historia”. Considerámoslos máis directos porque tanto os “me gustas” coma as solicitudes de seguimento se lle notifican individualmente á titular da conta (no caso das historias, pódese ver o listado de persoas que as visualizaron, pero non chega unha mensaxe avisando de forma individual por cada visualización, ten que ser a propia titular dese perfil de Instagram a que acceda ao listado e o mire).

Con respecto aos “me gustas” en redes sociais, indica a SAP de Madrid de 20 de novembro de 2017 (JUR 2017\290874) no seu Primeiro FD, que “expresións tales como un “me gusta” a unha foto ou comentario do titular dun perfil subida a Facebook polo denunciante, suporía un acto de comunicación ao selo entre afectado/condenado pola orde

---

de prohibición de comunicación “por calquera medio” e o prexudicado, xa que ese é o que se pretende que non ocorra coa pena, isto é que o condenado non se comunique de ningunha maneira coa vítima”.

Sinala a STS de 17 de decembro de 2018 (RJ 2018\5670) no seu Segundo FD que para apreciar o dolo (elemento subxectivo do tipo) no delito de quebrantamento do artigo 468.2 do CP “bastará con acreditar o coñecemento da vixencia da medida ou pena que pesa sobre o acusado e que se produce a súa vulneración mediante calquera comunicación coa vítima ou o acercamento a ela máis alá dos límites espaciais fixados”. E, en consecuencia, a SAP de Granada de 9 de febreiro de 2021 (JUR 2021\190403) no seu Terceiro FD considera que o feito de enviar unha solicitude de amizade en Instagram era unha forma de iniciar unha comunicación, “polo que se encontraba comprendida nas conductas que lle estaban vetadas”.

Na nosa opinión, Jorge si estaría cometendo un delito de quebrantamento de condena dado que é el voluntariamente o que decide “pulsar” no perfil de Clara para ver o contido que subiu ás redes sociais, e sendo consciente de que Clara pode saber que el viu esa imaxe. Ademais, o investigado é plenamente consciente da medida cautelar que ten imposta e que calquera acto de comunicación a vulnerará e, aínda así, accede ao perfil de Clara vendo o que esta publica, podendo ser súa vontade que a vítima reciba ese aviso de visualización (forma de contacto alternativa), o que poderíamos equiparar ao envío dunha mensaxe dicindo “vin a túa historia”.

### *1.3.2. Mensaxe ao grupo de WhatsApp*

O día 12 de outubro de 2021, Jorge enviou unha mensaxe que dicía “Feliz día da Hispanidade” a un grupo de WhatsApp no que están incluídos dez antigos amigos da parella, e tamén Clara.

En coherencia co expresado pola xa mencionada STS de 17 de decembro de 2018 (RJ 2018\5670) no seu Segundo FD, respecto ao elemento subxectivo do tipo de quebrantamento de condena as mensaxes enviadas aos grupos de WhatsApp dos que é membro a vítima, tamén se deberían considerar como medio de comunicación con ela, posto que o investigado coñecía da vixencia da prohibición e da súa vulneración mediante calquera comunicación coa vítima. Sen embargo, varias sentenzas de Audiencias Provinciais (mencionámolas a continuación) aprecian que se o mensaxe non está especificamente dirixido á vítima este non terá porqué entenderse como vulneración da medida cautelar que ten imposta.

Neste sentido, aínda que Jorge tivese prohibido comunicarse coa vítima e soubese que nese grupo de WhatsApp tamén estaba Clara como membro, a mensaxe “Feliz día da Hispanidade” non estaba directamente dirixida á súa muller, “polo que non existiría plena constancia de que poida ser considerado coma un acto de comunicación directo entre o investigado e a denunciante, e polo tanto, constitutivo da vulneración desa orde de protección”. Isto extraémolo do Cuarto FD da SAP de Madrid de 21 de novembro de 2019 (JUR 2020\76570), na que o investigado enviou varias mensaxes ao grupo de WhatsApp do colexio da filla, preguntando por actividades que ía facer esta.

Distinto sería, como se indica no Terceiro FD da SAP de Madrid de 10 de decembro de 2020 (JUR 2021\91324), se o mensaxe enviado a través do grupo de WhatsApp estivese expresamente dirixido a Clara (ou a seus pais, posto que o investigado tamén ten prohibido comunicarse con eles), dado que neste caso si se estaría constituíndo o delito de quebrantamento de medida cautelar previsto no artigo 468.2 do CP, pois concorrerían os elementos normativo, obxectivo e subxectivo do mesmo: “A) O normativo, representado pola esixencia de que a condena ou medida cautelar fora imposta polo xuíz

---

competente e sexa executiva; B) O obxectivo, constituído polo acto material de incumprir a pena ou medida cautelar imposta; C) O subxectivo, integrado non por un dolo ou tendencia, senón por un simple dolo natural limitado ao coñecemento e vontade dos elementos do tipo obxectivo”.

## CONCLUSIÓNS FINAIS

PRIMEIRA. Dende que o matrimonio inicia a convivencia ata setembro de 2021, Jorge comete tres delitos en calidade de autor: o delito de maltrato habitual (art. 173.2.II do CP), o delito de lesións (art. 148.4 do CP) e o delito de homicidio en grao de tentativa acabada (art. 138.1 do CP). Producíndose un concurso real entre todos eles.

Unicamente concorren circunstancias modificativas da responsabilidade criminal na tentativa de homicidio, e son as seguintes: a agravante de discriminación por razóns de xénero do art. 22.4 do CP e a circunstancia mixta de parentesco do art. 23 do CP. Estas non se poden aplicar nin ás lesións agravadas do 148.4 CP nin ao maltrato habitual do 173.2.II CP porque o xénero e o parentesco xa son elementos descritivos dos tipos delituosos e a súa apreciación vulneraría o principio *non bis in idem*.

O feito cometido por Clara a mañá do 26 de setembro de 2021 si ten relevancia penal. É constitutivo dun delito de descubrimento e revelación de secretos (art. 197.1 do CP).

Por último, enumeramos a continuación as penas que lle correspondería a cada un dos cónxuxes, se ben se indican co seu límite mínimo e máximo (calculado por nós), pois é ao xuíz ao que lle corresponde determinar a pena concreta dentro dos límites marcados pola lei (incluímos un exemplo no apartado no que desenvolvemos esta cuestión):

A Jorge, polo delito de homicidio intentado correspóndelle a pena de prisión de 7 anos, 6 meses e 1 día a 10 anos menos 1 día. Posteriormente a pena de prisión de 2 a 5 anos polo delito de lesións. E, polo delito de maltrato habitual: pena de prisión de 1 ano, 9 meses máis 1 día a 3 anos; a privación do dereito á tenencia e ao porte de armas de 4 anos máis un día a 5 anos e, por último, a inhabilitación especial pola que pode optar o xuíz iría de 3 anos máis 1 día a 5 anos. Ademais, como a pena total de prisión supera os 10 anos deberase impoñer á súa vez a inhabilitación absoluta durante o tempo de condena (art. 55 CP), e se o xuíz o considera, tamén poderá aplicar algunha do art. 57 do CP.

A Clara corresponderíalle unha pena de prisión de 1 a 4 anos, multa de 12 a 24 meses e algunha das penas accesorias do art. 56 do CP que será determinada polo xuíz. Se ben é certo que, se finalmente se lle decreta unha pena de prisión inferior aos dous anos, esta poderá suspenderse e non tería que ir ao cárcere, e dado que é a primeira vez que delinque, será o máis probable.

SEGUNDA. O despido de Clara en xuño de 2017 non reúne os requisitos dun despido procedente posto que non queda acreditado que a traballadora incumpra as súas obrigas de forma grave e culpable (art. 55.4 ET).

Por unha parte, o descenso no seu rendemento é ocasional e non se debe á vontade, dolosa ou negligente, de Clara, así que non pode ser motivo de despido disciplinario.

E con respecto ás faltas de puntualidade e ausencias non xustificadas, o Convenio colectivo que rexía esta relación laboral (o Convenio colectivo xeral de ámbito estatal para o sector de entidades de seguros, reaseguros e mutuas colaboradoras coa Seguridade Social para os anos 2016 a 2019) indica que ambas son faltas leves (art. 64 do Convenio), e non graves. E que, ao pasaren máis de dez días desde a súa comisión ata o momento no que se lle notifica o despido (15 de xuño de 2017), xa estarían prescritos todos os abandonos do posto de traballo (que foran cometidos os días 18, 25 e 27 de maio de 2017) así como a primeira falta de puntualidade cometida o 3 de xuño de 2017 (art. 67 do

---

Convenio). Ao estar prescrita unha das faltas de puntualidade xa solo nos restarían dúas (as dos días 5 e 6 de xuño) e o Convenio colectivo regula que se os retrasos se cometen en menos de tres ocasións non constitúen falta leve [art. 64.1.a) do Convenio], e por tanto non son sancionables.

Por todo o apuntado, o xuíz debería cualificar este despido como improcedente, e o empresario terá o dereito a decidir se readmite a Clara ou se a indemniza polos danos e perxuízos ocasionados (art. 56.1 ET). No caso de que a readmita, poderá cobrar os salarios de tramitación pero non a indemnización. Se pola contra opta por indemnizala e manter o despido, a contía desta indemnización terase que corresponder cos trinta e tres días de salario por ano de servizo, rateándose por meses os períodos inferiores a un ano, tal e como se establece por lei.

TERCEIRA. Os Xulgados de Violencia sobre a Muller serán os competentes para coñecer tanto do proceso penal como da demanda de divorcio.

No referente á xustificación das súas competencias penais, cúmprense tanto o requisito *ratione materiae* [os delitos cometidos por Jorge están incluídos no art. 87 ter 1 a) e b) LOPX] como o *ratione personae* (os cónxuxes son autor e vítima).

En canto ás súas competencias civís, concorren neste caso porque a demanda de divorcio está conectada aos feitos de violencia de xénero [art. 87 ter 2.b) LOPX], demandado e demandante son autor e vítima do proceso penal e existe unha orde de protección previa.

A foto que sacou Clara ao WhatsApp de Jorge é ilícita, pero inicialmente si será admitida ao proceso (art. 287 LEC). A razón disto é que a quen lle corresponde alegar a ilicitude da mesma é a Jorge. Se este non se pronuncia, poderá ser o xuíz o que promova de oficio a cuestión oportuna.

No caso de que a proba fose lícita podería aportarse ao xuízo de varias formas: mediante capturas de pantalla en papel, como documentos privados; nun soporte material (móbil, USB, CD...) acompañado dunha transcripción escrita das palabras contidas nese soporte e que teñan relevancia para o caso; ou pódese acudir a un Notario, asistido dun perito informático, e presentar a acta notarial como documento público. En canto ao momento, aportarase coa demanda ou a contestación á mesma se fundan as súas pretensións neses medios de proba (art. 265.1.2º LEC) e se non o fan, na audiencia previa ou na vista (arts. 429.1 e 443.3 LEC).

CUARTA. A garda e custodia dos fillos menores correspóndelle a Clara por estar Jorge incurso nun proceso penal relativo á violencia de xénero (art. 92.7 do CC). A humillación, o desprezo e a dominación que o pai exerce sobre a nai dos rapaces imposibilita que se poida levar a cabo a garda e custodia conxunta, pois sería contraria ao interese do menor.

Con respecto ao réxime de visitas, será o xuíz o que decida se se lle outorga ou non este dereito ao pai maltratador (arts. 94.IV CC e 66 LIVG). En principio, este réxime non procede por estar Jorge incurso nun proceso penal iniciado por atentarse contra a vida, a integridade psíquica e a integridade moral de Clara. Pero poderao establecer se considera que é o máis beneficioso para os menores, sempre que así o motive nunha resolución e tome medidas para a protección de Clara e a seguridade destes.

No caso de que a xuíza decretase para Jorge prisión provisional, o réxime de visitas, de forma automática, non se outorgaría e se xa se lle concedera, suspenderíase (art. 94.V CC).

As declaracións que faga o fillo maior da parella, de 8 anos de idade, sobre seu pai, si que son relevantes aínda que, ao ser menor de doce anos, non se considera de forma

---

automática que teña a suficiente madurez para poder ser oído no proceso (arts. 92.6 CC e 770.1.4ª LEC). Para que se poida realizar esta audiencia terá que ser avaliado por persoal autorizado previamente e o xuíz ou o fiscal deben estimala necesaria. Se finalmente se declara que ten a suficiente madurez e se estima necesaria a súa audiencia, o xuíz deberá ter en conta as súas opinións á hora de decretar a o réxime de visitas, pero estas non teñen por que ser determinantes á hora de tomar a decisión xudicial, que será o resultado da valoración conxunta de moitos outros criterios.

QUINTA. A visualización da “historia de Instagram” (feito cometido o 7 de outubro de 2021) si constitúe un delito de quebrantamento de condena (art. 468.1 CP) porque Jorge, sendo plenamente consciente da medida cautelar de non aproximarse nin comunicarse coa vítima, pulsa especificamente no perfil de Clara para ver o que esta publica e sabendo que ela pode ver quen visualizou ese contido. Este feito poderíamos dicir que equivale a enviar unha mensaxe á vítima dicindo “vin a túa historia de Instagram” o que se trataría dun acto de comunicación directo coa vítima.

No relativo á mensaxe que dicía “Feliz día da Hispanidade” e que foi enviada por Jorge a un grupo de WhatsApp do que Clara é membro (feito realizado día 12 de outubro de 2021) non vulneraría a súa orde de protección e, por tanto, non estaría cometendo un delito de quebrantamento de condena. As razóns que o xustifican son que a mensaxe non estaba directamente dirixida a Clara, e polo tanto, non se pode considerar que se trate dun acto de comunicación directo entre o investigado (Jorge) e a denunciante (Clara).

## BIBLIOGRAFÍA

ABELLA RUBIO, J.M. e LORIENTE MANZANARES, L., 2019. WhatsApp y otras nuevas tecnologías como medio de prueba. *Economist & Jurist*. Vol. 27, no. 236, pp. 80-85. ISSN: 2444-3166

ARRABAL PLATERO, P., 2021. Licitud y práctica de la prueba tecnológica. *Revista Aranzadi Doctrinal* no.1. ISSN: 1889-4380

BELLO JANEIRO, D., 2021. El acceso a la justicia del niño, niña y adolescente. *Persona y Familia: Revista del Instituto de la Familia*, no. 10, pp. 15-44. ISSN: 2310-3345

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), ÁLVAREZ LATA, N., ÁLVAREZ OLALLA, P., BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., COSTAS RODAL, L., MARÍN LÓPEZ, M.J., MORALEJO IMBERNÓN, N., QUICIOS MOLINA, S. e ROVIRA SUEIRO, M., 2021. *Manual de Derecho Civil. Derechos de Familia*. 6ª ed. Madrid: Bercal. ISBN: 978-84-89118-35-5

CERRATO GURI, E., 2019. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la protección de las víctimas de violencia de género. En: GIMÉNEZ COSTA, A. (Dir.). *Las respuestas del Derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar*. 1ª ed. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 167-187. ISBN: 978-84-1346-516-6

CRUZ VILLALÓN, J., 2019. *Compendio de Derecho del Trabajo*. 12ª ed. Madrid: Tecnos. ISBN: 978-84-309-7751-2

CUCHI DENIA, J.M., 2003. La dicotomía animus necandi-animus laedendi: los criterios de inferencia y su estudio jurisprudencial. *Revista del poder judicial*, no.71, pp. 297-330. ISSN 1139-2819

DÍAZ MARTÍNEZ, M., 2021. Lección 18ª, Medidas cautelares penales y resoluciones provisionales. La detención. La orden europea de detención y entrega. En: GIMENO

- 
- SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M. e CALAZA LÓPEZ, S. *Derecho procesal penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN: 978-84-1397-687-7
- GARCÍA MESCUA, D., 2018. *Aportación de mensajes de WhatsApp a los procesos judiciales. Tratamiento procesal*. 1ª ed. Granada: Comares. ISBN: 978-84-9045-539-5
- GIMÉNEZ COSTA, A. e VILLÓ TRAVÉ, C., 2019. Medidas civiles para la protección de la víctima de la violencia de género. En: GIMÉNEZ COSTA, A. (Dir.). *Las respuestas del Derecho ante la violencia de género desde un enfoque multidisciplinar*. 1ª ed. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 189-214. ISBN: 978-84-1346-516-6
- LAGUNA PONTANILLA, G., 2016. *Claves Prácticas de los Procesos por Violencia de Género*. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters. ISBN: 978-84-9135-631-8
- LÓPEZ PICÓ, R., 2020. Las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. En: CASTILLEJO MANZANARES, R. E ALONSO SALGADO, C. (Dir.) e VALIÑO CES, A. e RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (Coord.). *El género y el sistema de (in)justicia*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 531-542. ISBN: 978-84-1336-015-7
- MARTÍN SÁNCHEZ, M., 2018. *Estudio integral de la violencia de género*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN: 978-84-9169-730-5
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., MARTÍN LORENZO, M. e VALLE MARISCAL DE GANTE, M., 2020. *Derecho penal: Parte general. Con materiales prácticos para su docencia y aprendizaje*. 1ª ed. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. ISBN: 978-84-848-1223-4
- MORENO CATENA, V. e CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., 2021. *Derecho procesal penal*. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN: 978-84-1113-048-6
- MUÑOZ CONDE, F. e GARCÍA ARÁN, M., 2019. *Derecho penal. Parte general*. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN: 978-84-1313-939-5
- MUÑOZ CONDE, F., 2019. *Derecho penal. Parte especial*. 22ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN: 978-84-1336-201-4
- MUÑOZ CONDE, F., 2021. *Derecho penal. Parte especial*. 23ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN: 978-84-1397-907-6
- ORTS BERENGUER, E. E GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., 2019. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN: 978-84-1336-228-1
- PÉREZ RIVAS, N., 2017. Propostas de modernización do dereito. En: GARCÍA GOLDAR (Ddir.) e AMMERMAN YEBRA, J. *Propostas de modernización do dereito*. 1ª ed. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, pp. 65-81. ISBN: 978-84-697-8777-9
- PÉREZ RIVAS, N., DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, M. e RODRÍGUEZ CALVO, M.S., 2016. El delito de maltrato habitual: características sociodemográficas, penales y criminológicas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, no. 16, pp. 441-474. ISSN 1132-9955
- RUBIO LARA, P.A., 2017. *Manual teórico de derecho penal II [Recurso electrónico] : parte especial de Derecho Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN: 978-84-914-3762-8
- SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., 2017. *El delito de maltrato habitual*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN: 978-84-9143-990-5

---

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., 2020. La agravante de discriminación por razones de género en la jurisprudencia del TS. En: CARRASCO ANDRINO, M. (dir.) e MOYA FUENTES, M. *Víctimas de delitos : modelos de actuación integral*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 380-392. ISBN: 978-84-1355-009-1

SÁNCHEZ BARRIOS, M.I., 2019. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Algunos aspectos problemáticos sobre su atribución de competencias penales. En: FIGUERUELO BURRIEZA, A., del POZO PÉREZ, M. (Dir.) e RAMOS HERNÁNDEZ, P. (Coord.). *La erradicación de la desigualdad y la violencia de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 279-296. ISBN: 978-84-1313-140-5

SIGÜENZA LÓPEZ, J., 2021. Tres problemas que suscita la llamada «prueba electrónica»: la obtención de la información, su incorporación o aportación a una causa civil y su posterior valoración. *Revista Aranzadi Doctrinal*, no. 4, pp. 1-32. ISSN: 1889-4380. [En línea]. (Consulta: 20 de xaneiro). Disponible con suscripción en Westlaw Aranzadi: [http://aranzadi\\_aranzadidigital.es](http://aranzadi_aranzadidigital.es)

SOSPEDRA NAVAS, F.J., 2021. Comentario a las reformas procesales y sustantivas introducidas por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. *Revista Aranzadi digital*, no.1/2021, pp.1-14. [En línea]. (Consulta: 20 de xaneiro). Disponible con suscripción en Westlaw Aranzadi: [http://aranzadi\\_aranzadidigital.es](http://aranzadi_aranzadidigital.es)

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A. e PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., 2020. A). *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. [En línea]. 8ª ed. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters. [Consulta: 15 de xaneiro] ISBN: 978-84-9197-813-8. Disponible en: <https://kmelot.biblioteca.udc.es/>

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A. e PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., 2020 b). *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*. 8ª ed. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters. ISBN: 978-84-9197-815-2

## WEBGRAFÍA

MINISTERIO DE IGUALDADE, 2022. *Ficha estadística de víctimas mortales por Violencia de Género. Año 2022*. [en línea]. [Consulta: 9 febreiro 2022]. Disponible en: [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/pdf/Vmortales\\_2022\\_02\\_09.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/pdf/Vmortales_2022_02_09.pdf)

## APÉNDICE LEXISLATIVO

- Real Decreto de 14 de setembro de 1882 polo que se aproba a Lei de Enxuízamento Criminal. Boletín Oficial do Estado, de 17 de setembro de 1882, núm. 260. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con))
- Real Decreto de 24 de xullo de 1889 polo que se publica o Código Civil. Boletín Oficial do Estado, de 25 de xullo de 1889, núm. 206. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con))
- Constitución Española. Boletín Oficial do Estado, de 29 de decembro de 1978, núm. 311. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con))
- Instrumento de Ratificación da Convención sobre os Dereitos do Neno, adoptada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas o 20 de novembro de 1989. Boletín Oficial do Estado, de 31 de decembro de 1990, núm. 313, p. 38897 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1989/11/20/(1)))
- Lei Orgánica 6/1985, de 1 de xullo, do Poder Xudicial. Boletín Oficial do Estado, de 2 de xullo de 1985, núm. 157. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>)

- Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal. Boletín Oficial do Estado, de 24 de novembro de 1995, núm. 281. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>)
- Lei Orgánica 1/1996, de 15 de xaneiro, de Protección Xurídica do Menor, de modificación parcial do Código Civil e da Lei de Enxuízamento Civil. Boletín Oficial do Estado, de 17 de xaneiro de 1996, núm. 15. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>)
- Lei Orgánica 14/1999, de 9 de xuño, de modificación do Código Penal de 1995, en materia de protección ás vítimas de malos tratos e da Lei de Enxuízamento Criminal. Boletín Oficial do Estado, de 10 de xuño de 1999, núm. 138, p. 22251. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1999/06/09/14>)
- Lei 1/2000, de 7 de xaneiro, de Enxuízamento Civil. Boletín Oficial do Estado, de 8 de xaneiro do 2000, núm. 7. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>)
- Lei Orgánica 1/2004, de 28 de decembro, de Medidas de Protección Integral contra a Violencia de Xénero. Boletín Oficial do Estado, de 28 de xaneiro de 2005, núm. 313. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con>)
- Lei 36/2011, de 10 de outubro, reguladora da xurisdición social. Boletín oficial do Estado, de 11 de outubro de 2011, núm. 245. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/36/con>)
- Real Decreto Lexislativo 2/2015, de 23 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores. Boletín Oficial do Estado, de 24 de outubro de 2015, núm. 255. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>)
- Real Decreto Lexislativo 8/2015, de 30 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei Xeral da Seguridade Social. Boletín Oficial do Estado, de 31 de outubro de 2015, núm. 261. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>)
- Resolución de 18 de maio de 2017, da Dirección Xeral de Emprego, pola que se rexistra e publica o Convenio colectivo xeral de ámbito estatal para o sector de entidades de seguros, reaseguros e mutuas colaboradoras coa Seguridade Social. Boletín Oficial do Estado, de 1 de xuño de 2017, núm. 130, p. 44836. [ELI: <https://www.boe.es/eli/es/res/2017/05/18/4>]
- Lei 8/2021, de 2 de xuño, pola que se reforma a lexislación civil e procesal para o apoio ás persoas con discapacidade no exercicio da súa capacidade xurídica. Boletín Oficial do Estado, de 3 de xuño de 2021, núm. 132, p. 67789 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/2021/06/02/8>)

## **APÉNDICE XURISPRUDENCIAL**

### **España. Tribunal Constitucional (Pleno)**

- Sentencia núm. 115/2013 de 9 de maio de 2013 (RTC 2013\115)

### **España. Tribunal Supremo (Sala do Penal)**

- Sentencia núm.1161/2000 de 26 de xuño do 2000 (RJ 2000\5801)
- Sentencia núm.694/2003 de 20 de xuño de 2003 (RJ 2003\4359)
- Sentencia núm.1152/2005 de 5 outubro de 2005 (RJ\2005\8228)
- Auto de 3 marzo de 2006 (JUR 2006\103649)
- Sentencia núm.580/2006 de 23 de maio de 2006 (RJ 2006\3339),
- Sentencia núm.896/2006 de 14 de setembro de 2006 (RJ\2006\6543)
- Auto núm. 2083/2006 de 5 de outubro de 2006 (JUR 2006\250828)
- Sentencia núm.468/2008 de 9 de xullo de 2008 (RJ\2008\4503)
- Sentencia núm.629/2008 de 10 de outubro de 2008 (RJ 2008\5711)
- Sentencia núm.82/2009 de 2 de febreiro de 2009 (RJ\2009\332)



- Sentencia núm.79/2009, de 10 febreiro de 2009 (RJ 2009\1541)
- Sentencia núm.192/2011 de 18 de marzo de 2011 (RJ 2011\2799)
- Sentencia núm.16/2012 de 20 de xaneiro de 2012 (RJ 2012\2058)
- Sentencia núm.683/2013 de 23 de xullo de 2013 (RJ 2013\6788)
- Sentencia núm.34/2014 de 6 febreiro de 2014 (RJ 2014\1617)
- Auto do TS de 18 de marzo de 2014 (JUR 2014\125351)
- Sentencia núm.764/2014 de 19 novembro de 2014 (RJ 2014\5961)
- Sentencia núm.300/2015 de 19 de maio de 2015 (RJ 2015\1920)
- Sentencia núm.721/2015 de 22 de outubro de 2015 (RJ 2015\4970)
- Sentencia núm.461/2016 de 31 de maio de 2016 (RJ 2016\2720)
- Sentencia núm.544/2016 de 21 de xuño de 2016 (RJ 2016\2834)
- Sentencia 793/2016, de 20 de outubro de 2016 (RJ 2016\5166)
- Auto do TS de 22 de marzo de 2017 (JUR 2017\75864)
- Sentencia núm.671/2017 de 11 outubro de 2017 (RJ 2017\4618)
- Sentencia núm.188/2018 de 18 abril de 2018 (RJ 2018\1455)
- Sentencia núm.282/2018 de 13 de xuño de 2018 (RJ 2018\3021)
- Sentencia núm.420/2018 de 25 de setembro de 2018 (RJ 2018\4156)
- Sentencia núm.565/2018, de 19 de novembro de 2018 (RJ 2018\4957)
- Sentencia núm.664/2018 de 17 de decembro de 2018 (RJ 2018\5670)
- Sentencia núm.99/2019 de 26 de 48 febreiro de 2019 (RJ 2019\826)
- Sentencia núm.149/2019 de 19 marzo de 2019 (RJ 2019\1159)
- Sentencia núm.291/2019 de 31 de maio de 2019 (RJ 2019\2188)
- Sentencia núm.332/2019 de 27 de xuño de 2019 (RJ 2019\2792)
- Sentencia núm. 297/2020, de 2 de marzo de 2020 (RJ 2020\902)
- Sentencia núm.257/2020 de 28 de maio de 2020 (RJ 2020\2039)
- Sentencia núm. 412/2020, de 20 de xullo de 2020 (RJ 2020\2523)
- Auto núm.706/2020 de 24 de setembro de 2020 (JUR 2020\293453)
- Sentencia núm.488/2020 de 1 de outubro de 2020 (RJ 2020\3539)
- Sentencia núm.609/2020 de 13 novembro de 2020 (RJ 2020\4284)
- Auto núm.887/2020 de 10 de decembro de 2020 (JUR 2021\1083)
- Sentencia núm.66/2021 de 28 de xaneiro de 2021 (RJ 2021\178)
- Sentencia núm. 81/2021 de 2 febreiro de 2021 (RJ\2021\317)
- Sentencia núm.351/2021 de 28 abril de 2021 (RJ 2021\2298)
- Sentencia núm.662/2021 de 8 de setembro de 2021 (RJ\2021\4014)
- Auto do TS núm.886/2021 de 23 setembro de 2021 (RJ\2021\4852)

**España. Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo)**

- Sentencia núm.297/2020 de 2 de marzo de 2020 (RJ 2020\902)

**España. Tribunal Supremo (Sala do Social)**

- Sentencia de 7 de xullo de 1983 (RJ 1983\3732)
- Sentencia de 3 de outubro de 1984 (RJ 1984\5226)
- Sentencia núm. de 25 de xaneiro de 1988 (RJ 1988\43)
- Sentencia de 11 de outubro de 1999 (RJ 1993\9065)

**España. Tribunal Supremo (Sala do Civil)**

- Sentencia núm.720/2002 de 9 de xullo de 2002 (RJ 2002\5905)
- Sentencia núm.623/2009 de 8 de outubro de 2009 (RJ 2009\4606)
- Sentencia núm.54/2011 de 11 de febreiro de 2011 (RJ\2011\2311)
- Sentencia núm.229/2012 de 19 abril de 2012 (RJ\2012\5909)
- Sentencia núm.416/2012 de 29 xuño de 2012 (RJ\2012\8190).
- Sentencia núm.257/2013 de 29 abril de 2013 (RJ\2013\3269)

- Sentencia núm.413/2014 de 20 de outubro de 2014 (RJ\2014\5613)
- Sentencia núm. 619/2014 de 30 de outubro de 2014 (RJ\2014\5268)
- Sentencia núm.52/2015 de 16 de febreiro de 2015 (RJ 2015\553)
- Sentencia núm.409/2015 de 17 de xullo de 2015 (RJ 2015\2784)
- Sentencia núm.598/2015 de 27 de outubro de 2015 (RJ\2015\5043)
- Sentencia núm.685/2015 de 26 de novembro de 2015 (RJ\2015\5624)
- Sentencia núm.400/2016 de 15 xuño de 2016 (RJ\2016\2780)
- Sentencia núm.157/2017 de 7 de marzo de 2017 (RJ\2017\703)
- Sentencia núm.578/2017 de 25 de outubro de 2017 (RJ\2017\4676)
- Sentencia núm.579/2017 de 25 outubro de 2017 (RJ\2017\4677)
- Sentencia núm.194/2018 de 6 abril de 2018 (RJ\2018\1430)
- Sentencia núm.242/2018 de 24 abril de 2018 (RJ\2018\1598)
- Sentencia núm. 348/2018 de 7 de xuño de 2018 (RJ\2018\2417)
- Sentencia núm.311/2020 de 16 de xuño de 2020 (RJ\2020\2294)
- Sentencia núm.559/2020 de 26 de outubro de 2020 (RJ\2020\4166)
- Sentencia núm.648/2020 de 30 de novembro de 2020 (RJ\2020\4795)
- Auto de 13 de xaneiro de 2021 (JUR\2021\30807)
- Sentencia núm.175/2021 de 29 de marzo de 2021 (RJ\2021\1427)
- Sentencia núm.372/2021 de 31 de maio de 2021 (RJ\2021\2616)
- Sentencia núm.577/2021 de 27 de xullo de 2021 (RJ\2021\4023)
- Sentencia núm.729/2021 de 27 de outubro de 2021 (RJ\2021\4972)
- Auto de 24 de novembro de 2021 (RJ\2021\5246)

#### **España. Audiencia Provincial**

- Sentencia núm.111/2006 de 21 de febreiro de 2006, Alacante (JUR 2006\250017)
- Auto núm.28/2009 de 27 de xaneiro de 2009, Madrid (AC\2009\333)
- Auto núm.17/2009 de 4 de febreiro de 2009, Valladolid (JUR 2009\285698)
- Auto núm.15/2010 de 27 de xaneiro de 2010, Cádiz (AC 2010\385)
- Sentencia núm.753/2015 de 9 de decembro de 2015, Alacante (JUR 2016\132447)
- Sentencia núm. 9/2016 de 18 de xaneiro de 2016, Madrid (JUR 2016\39944)
- Sentencia núm.35/2016 de 1 de febreiro de 2016, León (JUR\2016\39608)
- Sentencia núm.291/2017 de 20 de novembro de 2017, Madrid (JUR 2017\290874)
- Auto núm.908/2018 de 25 de xuño de 2018, Madrid (JUR 2018\222709)
- Sentencia núm.131/2018 de 14 de decembro de 2018, Cádiz (JUR 2019\124354)
- Sentencia núm.324/2019 de 15 de maio de 2019, Barcelona (JUR 2019\184262)
- Sentencia núm.393/2019 de 7 de novembro de 2019, Almería (ARP 2020\1058)
- Sentencia núm.1978/2019, de 21 de novembro de 2019 (JUR 2020\76570)
- Sentencia núm. 636/2019 de 9 de decembro de 2019, Barcelona (JUR 2020\39269)
- Sentencia núm.571/2020, de 10 de decembro de 2020 (JUR 2021\91324)
- Sentencia núm.49/2021, de 9 de febreiro de 2021, Granada (JUR 2021\190403)
- Auto núm.102/2021 de 2 de xullo de 2021, Guipúscoa (JUR 2022\15963)

#### **España. Tribunal Superior de Xustiza (Sala do Social)**

- Sentencia núm.2906/1999 de 29 de setembro de 1999, Comunidade Valenciana (AS\1999\7202)
- Sentencia núm.2758/2002 de 8 de xullo de 2002 (AS 2002\4050)
- Sentencia de 18 de xaneiro de 2005, Cataluña (AS 2005\266)
- Sentencia núm.895/2011 de 16 de decembro de 2011, Aragón (AS 2012\143)
- Sentencia núm. 2432/2014 de 25 de abril de 2014, Galicia (AS 2014\2364)

#### **España. Tribunal Superior de Xustiza (Sala do Civil e Penal)**

- Sentencia núm.2/2020 de 25 de marzo de 2020, A Rioxa (ARP\2020\966)