



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO 2021/2022

**VIOLENCIA DE GÉNERO, DESPIDO DISCIPLINARIO Y
CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS DE LOS HIJOS MENORES**

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

**GENDER-BASED VIOLENCE, DISCIPLINARY DISMISSAL AND
CUSTODY AND VISITING ARRANGEMENTS OF MINOR
CHILDREN**

Alumna: Alicia Debasa Corral

Tutora: María Ángeles Fuentes Loureiro

ÍNDICE

I. LISTADO DE ABREVIATURAS	2
II. INTRODUCCIÓN	3
III. SUPUESTO DE HECHO	5
IV. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS	8
IV.1. PRIMERA CUESTIÓN.....	8
IV.1.1. Los delitos de lesiones y la tentativa de homicidio/asesinato. Apreciación del <i>animus necandi</i>	8
IV.1.2. El delito de maltrato habitual. Elementos de la conducta típica.....	16
IV.1.3. El delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 CP.....	19
IV.1.4. Determinación de las penas.	22
IV.2. SEGUNDA CUESTIÓN	24
IV.2.1. Normativa aplicable al caso concreto.	25
IV.2.2. Las ausencias o faltas de puntualidad. Referencia a las especialidades en materia de violencia de género.	26
IV.2.3. El descenso del rendimiento en el trabajo. El elemento de comparación.....	28
IV.2.4. Requisitos formales de la carta de despido.....	29
IV.2.5. La calificación del despido y sus consecuencias.	30
IV.3. TERCERA CUESTIÓN	31
IV.3.1. Jurisdicción y competencia: los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.....	32
IV.3.2. Admisibilidad y efectos de la conversación ajena de <i>Whatsapp</i> como prueba en un proceso.	33
IV.4. CUARTA CUESTIÓN.....	37
IV.4.1. Régimen de guarda y custodia.	37
IV.4.2. Régimen de visitas y derecho del menor a ser oído.....	39
IV.5. QUINTA CUESTIÓN.....	41
IV.5.1. Aspectos generales de la prohibición de comunicación.	41
IV.5.2. El quebrantamiento a través de nuevas formas de comunicación.	41
V. CONCLUSIONES FINALES	45
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	46
VII. APÉNDICE LEGISLATIVO	48
VIII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	49

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial.

AP: Audiencia Provincial.

Art(s): artículo(s).

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

Coord.: coordinador/a.

CP: Código Penal.

Dir.: director/a.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

FJ: Fundamento Jurídico.

Ibid.: *ibidem* ('en el mismo lugar').

JVM: Juzgado(s) de Violencia sobre la Mujer.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LO: Ley Orgánica.

LOPIVG: Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Ob. cit.: obra citada.

p(p): página(s).

RAE: Real Academia Española.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

V. gr.: *verbi gratia* ('por ejemplo').

Vid.: véase.

II. INTRODUCCIÓN

La violencia de género es, todavía hoy, uno de los grandes problemas pendientes de resolver alrededor del mundo entero, y, por supuesto, también en nuestro país, en el que cada año deja su huella arrebatando la vida de decenas de mujeres (y, en ocasiones, de niños y niñas).

La reacción social a lo largo de la historia ha estado marcada por el silencio y la pasividad ante lo que tradicionalmente se ha considerado un asunto privado, propio del hogar y de la intimidad de cada pareja, en el que no procedía intervenir. No obstante, la progresiva transformación del papel de la mujer en la sociedad a lo largo del último siglo ha contribuido a que este tipo de violencia deje de ser invisible: la mujer ya no está solo en el hogar, sino que desempeña un papel fuera del mismo, y, por tanto, el maltrato ha salido de esas cuatro paredes y se ha hecho mucho más perceptible para la sociedad en su conjunto, que, poco a poco, ha comenzado a despertar y a manifestar su rechazo y preocupación ante la existencia de un claro patrón de carácter sociocultural, fácilmente identificable, que se repite de manera generalizada en muchas relaciones¹.

Fruto de ese despertar social e institucional, se aprobó en España la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género² (en adelante, LOPIVG), que supone el reconocimiento de que la violencia de género, en tanto que representa una brutal manifestación de la desigualdad entre ciudadanos, compete también a los poderes públicos. La norma supone un abordaje multidisciplinar contra esta violencia y tiene su impacto en muchas otras normas de nuestro ordenamiento, como se verá en el desarrollo de las cuestiones del presente trabajo.

La propia LOPIVG recoge una definición clara y concisa de lo que se entiende por violencia de género en su art. 1.1: “*la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”. La discriminación y violencia contra las mujeres tiene muchas más manifestaciones: prostitución forzada, trata, agresiones sexuales y asesinatos a manos de hombres desconocidos, acoso sexual, etc. No obstante, es importante tener claro que el concepto de violencia de género abarca exclusivamente la violencia que se produce en el seno de las relaciones matrimoniales, de pareja o análogas.

Desde el año 2003, en el que el Gobierno comenzó a hacer un recuento oficial, y hasta el 9 de febrero de 2022 (última actualización de datos), en España, 1.129 hombres maridos, exmaridos, novios o exnovios han matado a su mujer, exmujer, novia o exnovia³. No hay un perfil de mujer maltratada y/o asesinada: el patrón que se repite es que todas han sido víctimas de su pareja hombre.

Ese recuento representa lo que se conoce como *la punta del iceberg*, es decir, los casos en los que el maltrato ha causado la muerte de la mujer. No obstante, por debajo de ese extremo se esconden muchas otras clases de violencia de género, en las que se emplean distintos

¹ SAN SEGUNDO MANUEL, T. *A vueltas con la violencia. Una aproximación multidisciplinar a la violencia de género*. Madrid: Tecnos, 2016, p. 19.

² ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con>

³ Vid. DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. *Ficha estadística de víctimas mortales por Violencia de Género. Año 2022*. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/home.htm> [consultado el 09/02/2022].

medios y se causan a la víctima daños de diversa índole, siempre con la finalidad de someterla a control: violencia física, psíquica, sexual, económica. Se trata de una conducta caracterizada en la inmensa mayoría de los casos por la habitualidad⁴. No son actos de agresión aislados, sino que se trata de una violencia continua que supone un estado de alerta permanente para la víctima, en muchas ocasiones, incluso, sin que su entorno se percate.

La manifestación más brutal de la violencia de género, aparte del asesinato de la mujer, es la conocida como violencia vicaria. A esta se refiere (aunque sin utilizar dicho término) la LOPIVG en su art. 1.4, que la incluye en su ámbito de aplicación. Este tipo de violencia se define con más detalle en la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género⁵, que en su art. 1.2.II señala: “*Se incluye dentro del concepto de violencia de género la violencia vicaria, entendida esta como el homicidio, asesinato o cualquier otra forma de violencia ejercida sobre las hijas o hijos de la mujer, así como sobre cualquier otra persona estrechamente unida a ella, con la finalidad de causarle mayor daño psicológico, por parte de quién sea o haya sido su cónyuge o por quien mantuvo con ella una relación análoga de afectividad aun sin convivencia*”. Desde 2013, y hasta el 31 de diciembre de 2021 (última actualización de datos), han sido 46 los menores asesinados por la pareja o expareja de su madre (en muchas ocasiones, su propio padre)⁶. Esta expresión de la violencia de género causa enorme rechazo y preocupación social, especialmente en los últimos años, en que se han vivido casos muy mediáticos en España. A raíz de ello, ha habido recientes modificaciones legales destinadas a prevenir el daño a los niños, como se verá en el análisis del caso concreto.

El presente trabajo de fin de grado desarrolla un caso de violencia de género en algunas de sus distintas manifestaciones, tanto en lo que se refiere a los aspectos penales como a los aspectos civiles relacionados con la custodia de los hijos menores de edad. Asimismo, plantea también cuestiones laborales en las que la normativa específica contra la violencia de género tiene su incidencia, así como algunas cuestiones procesales. Se expone en primer lugar, a continuación, el supuesto de hecho, para pasar posteriormente en el resto del trabajo a analizar cada una de las cuestiones que se plantean y cerrar el mismo con la exposición de una serie de conclusiones finales.

⁴ SAN SEGUNDO MANUEL, T. *A vueltas con...*, ob. cit., p. 27.

⁵ ELI: <https://www.boe.es/eli/es-ga/l/2007/07/27/11>

⁶ Vid. DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. *Ficha estadística de menores víctimas mortales por Violencia de Género. Año 2021*. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimiasMortales/fichaMenores/home.htm> [consultado el 09/02/2022].

III. SUPUESTO DE HECHO

Clara Suárez y Jorge Carballés, ambos españoles y mayores de edad, contrajeron matrimonio el día 20 de abril de 2013, e iniciaron entonces su convivencia en un inmueble situado en el centro de la ciudad de A Coruña. La pareja tiene dos hijos: Martín, nacido el 8 de diciembre de 2013; y Jimena, nacida el 28 de octubre de 2018.

A los pocos meses de casarse, Jorge empezó a abusar del consumo de alcohol, al tiempo que cambió su actitud hacia Clara. Inicialmente, se molestaba si su mujer salía con sus amigas, si hablaba con algún hombre o si se vestía de manera que él no considerase apropiada, provocando que ella perdiese el contacto con muchos amigos y conocidos. A medida que Clara se aislaba de su entorno social, esta actitud del marido se fue intensificando. Era frecuente que Jorge se enfureciese por cualquier nimiedad cotidiana e insultase a su mujer (llamándola “puta”, “loca”, “fea”, “inútil”), que rompiese objetos del hogar como platos o vasos, que pasase varios días sin dirigirle la palabra sin motivo, que tirase a la basura ropa que a Clara le gustaba y que realizase comentarios humillantes sobre ella en público. Estos hechos se producían muchas veces estando él en estado de embriaguez. Asimismo, en ocasiones realizaba conductas como ensuciar a propósito partes de la casa que Clara acababa de limpiar, esconder objetos personales de ella en lugares donde no pudiese encontrarlos o cortarle el suministro de agua caliente mientras se duchaba, negándolo todo ante ella posteriormente.

Clara trabajaba desde el 1 de septiembre de 2010 en el área de *marketing* de una entidad aseguradora. En este departamento, que se encargaba, entre otras cosas, de las campañas publicitarias, la comunicación y la gestión de redes sociales, no se atribuían funciones y objetivos concretos a cada trabajador, sino que el trabajo se llevaba a cabo en equipo, aportando cada uno de los cinco miembros su creatividad, ideas y conocimientos.

En abril de 2017, Jorge fue ascendido de puesto en la empresa en la que trabajaba, aumentando considerablemente su sueldo. Empezó entonces a instigar a Clara a dejar su trabajo, y, ante la negativa de la mujer, decidió imposibilitarle trabajar. Durante los meses de mayo y junio de 2017, realizó las siguientes conductas: el 18 de mayo a las 11 h la llamó al trabajo diciéndole falsamente que al niño le había pasado algo grave en el colegio (con lo que Clara abandonó su puesto de trabajo, al que regresó a las 12:30 h); el 25 y el 27 de mayo a las 10 y 10:30 h respectivamente, la llamó advirtiéndole de que si no iba a casa inmediatamente se suicidaría (en ambas ocasiones, Clara se ausentó del trabajo durante dos horas); y los días 3, 5 y 8 de junio le apagó el reloj despertador, con lo que la mujer se presentó en la oficina una hora tarde en las tres ocasiones. A estas ausencias se suma el hecho de que, por la situación que vivía, Clara llevaba varios meses mostrándose en ocasiones descentrada y distraída en el trabajo.

El 15 de junio de 2017, la empresa le notificó a Clara por escrito un despido disciplinario. La carta establecía que la decisión se amparaba en las causas de despido disciplinario del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores. Concretamente, venía motivada por dos: por un lado, las ausencias y faltas de puntualidad injustificadas (detallando los días y horas en que se habían producido, ya mencionados) y, por otro, un descenso del rendimiento en el trabajo, señalando al respecto únicamente que “Su rendimiento en los últimos meses ha sido inferior al esperado y ello se ha visto reflejado en las ventas”. La relación laboral se regía por el convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de las entidades de seguros vigente en aquel momento.

A raíz de la angustia provocada, Clara empezó a experimentar un alto nivel de nerviosismo, dolores de cabeza, inestabilidad en el sueño, dudas sobre su cordura e ideas suicidas. El 20 de junio de 2017 acudió a la consulta privada de un psiquiatra, que, tras evaluar sus síntomas, le diagnosticó que padecía un trastorno ansioso-depresivo severo, y le pautó un tratamiento de seis meses de duración consistente en la toma de fármacos antidepresivos.

A partir de entonces, la economía familiar pasó a depender exclusivamente de Jorge, que en los años siguientes continuó manteniendo la misma actitud hacia su mujer.

La mañana del 26 de septiembre de 2021, Jorge se marchó a trabajar olvidándose su teléfono móvil en el domicilio. Clara conocía la contraseña para desbloquear el dispositivo porque había visto a su marido introducirla en numerosas ocasiones y, aprovechando la ausencia de él, accedió al teléfono. Concretamente, entró en la aplicación *Whatsapp*, donde leyó que Jorge, la noche anterior, había enviado a un amigo el siguiente mensaje: “*Últimamente me estoy pasando bastante, pero es que no la aguanto. Cualquier día cojo a los niños y no nos vuelve a ver*”. Alarmada, Clara hizo una foto a ese mensaje con su propio teléfono móvil.

Esa misma tarde, Jorge volvió a casa ebrio, en un estado que le dificultaba hablar con claridad, caminar y mantener el equilibrio. Nada más entrar él por la puerta del piso, Clara le dijo que había visto mensajes en su teléfono móvil y que quería divorciarse, a lo que el hombre respondió gritando: “*Como te vayas, te mato*”. Clara cogió su bolso y salió del piso, y entonces él, de 1,75 metros de estatura y 75 kilos de peso, entró en estado de cólera y la empujó con fuerza hacia las escaleras del edificio. Ella, de 1,65 m de estatura y 55 kilos, impactó contra el pequeño muro que protegía el hueco de las escaleras y que le llegaba hasta la cintura, y, acto seguido, cayó por las escaleras hasta ocho escalones más abajo, donde quedó tendida en el suelo. Jorge entró en el piso, cerró la puerta y se sentó a ver la televisión.

Alertados por una vecina, los servicios de emergencia y la Guardia Civil llegaron al inmueble quince minutos más tarde. Clara fue trasladada al hospital, donde le diagnosticaron una fractura de tibia que requeriría inmovilización de la pierna durante dos meses y una herida en el pómulo que precisó cuatro puntos de sutura. Por su parte, Jorge fue detenido por la Guardia Civil dentro de la vivienda y al día siguiente pasó a disposición judicial. La jueza decretó para él libertad provisional con cargos y, entre otras, impuso como medidas cautelares la prohibición de aproximarse a Clara y a sus padres a menos de 500 metros y la prohibición de comunicarse con ellos por cualquier medio. El 2 de octubre de 2021, Clara interpuso una demanda de divorcio.

En todos estos años, Jorge nunca ha mostrado actitud violenta hacia los dos hijos de la pareja. Además, los niños no han presenciado la agresión física a su madre, ya que no se hallaban presentes en el domicilio en el momento de los hechos. Sin embargo, al preguntarle, el hijo mayor manifiesta abiertamente que muchas veces su padre se enfada e insulta a su madre y que una vez ella tuvo un moratón muy grande en el ojo.

El 7 de octubre de 2021, Clara compartió en la red social *Instagram*, donde tiene un perfil público, una “historia” (se trata de una imagen que se mantiene publicada durante solo veinticuatro horas, y quien la publica puede saber qué otros usuarios la han visto). A las pocas horas, vio que Jorge se encontraba entre las personas que habían visto la publicación. El 12 de octubre de 2021, Jorge envió un mensaje que decía “*Feliz día de la Hispanidad*” a un grupo de *Whatsapp* en el que están incluidos diez antiguos amigos de la pareja, y también Clara.

IV. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

IV.1. PRIMERA CUESTIÓN

Califique penalmente los hechos cometidos por Jorge en relación con Clara desde que iniciaron su convivencia hasta que él fue detenido en septiembre de 2021. ¿Concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal? ¿Tiene relevancia penal el hecho cometido por Clara la mañana del 26 de septiembre de 2021 con respecto al teléfono móvil de su marido? Determine las penas que correspondería imponer, en su caso, a cada uno de ellos.

IV.1.1. Los delitos de lesiones y la tentativa de homicidio/asesinato. Apreciación del *animus necandi*.

Para determinar la calificación penal de las conductas que tienen lugar en el caso concreto, es necesario, en primer lugar, analizar los delitos de lesiones, así como las circunstancias en que puede o no apreciarse un *animus necandi* o dolo de matar en el autor.

El art. 147.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁷ (en adelante, CP) castiga al que “*por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental (...) siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico*”. Este es el denominado tipo básico del delito de lesiones, mientras que en el art. 147.2 y 3 CP se castigan los delitos de lesiones leves (“*el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior*”, y “*el que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión*”, respectivamente). Estos delitos de lesiones leves (que no reúnen los requisitos para ser considerados lesiones de tipo básico, analizados a continuación), en caso de ejercerse contra determinadas personas del ámbito familiar del autor, son castigados por el art. 153 CP, que se tratará en el apartado siguiente.

La lesión puede ser causada por cualquier medio o procedimiento, lo cual incluye todo tipo de comportamientos, siendo este un delito de medios indeterminados. La jurisprudencia ha aclarado que no es necesario que se llegue a acometer físicamente a la víctima: por ejemplo, el TS considera que entra en este comportamiento el causar a la víctima una situación de pánico que hace que ella misma se arroje al vacío⁸, señalando en esa resolución que lo importante es que exista relación de causalidad entre el comportamiento del acusado y la lesión en la víctima.

Asimismo, el hecho de que el art. 147.1 CP diga “*por cualquier medio o procedimiento*” y la jurisprudencia haya aclarado que no se requiere un acometimiento físico, permite incluir en el tipo penal las lesiones psíquicas, siempre que exista la relación de causalidad entre la actuación del acusado y la lesión: “*cuando se trata de lesiones psíquicas es necesario que la conducta agresiva revista unas características que permitan relacionar íntimamente acción y resultado*”⁹, y se exige una acción directamente encaminada a conseguir ese resultado.

La mayor controversia en este punto se plantea a la hora de determinar qué se entiende por tratamiento médico o quirúrgico. La jurisprudencia ha venido delimitando este concepto: “*el tratamiento médico consiste en la planificación de un sistema de curación*

⁷ ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

⁸ STS de 7 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6793).

⁹ V. gr., STS de 3 de mayo de 2006, FJ 9º (ECLI:ES:TS:2006:2805).

o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa; el tratamiento quirúrgico es aquel que, por medio de la cirugía, tiene la finalidad de curar una enfermedad a través de operaciones de esta naturaleza” y “el seguimiento o vigilancia (que se excluye legalmente de la definición de tratamiento médico) incluye los supuestos de comprobación del éxito de la medicación prescrita, de simple observación de la evolución de la lesión”¹⁰.

Es aceptado de manera unívoca que los puntos de sutura suponen un tratamiento quirúrgico: así, el TS¹¹ ha señalado desde hace décadas que estos *“en cuanto que necesitan la intervención de un médico, ordinariamente un especialista en cirugía (...) han de considerarse siempre como tratamiento quirúrgico”*. Incluso la jurisprudencia ha aceptado, más recientemente¹², que las tiras de aproximación, mucho menos agresivas al no traspasar la piel del paciente, constituirían también tratamiento quirúrgico.

Asimismo, se ha considerado tradicionalmente que la inmovilización de partes del cuerpo en caso de fracturas supone también tratamiento médico¹³.

En cuanto a las lesiones psíquicas, la jurisprudencia ha entendido que el tratamiento psicológico no es tratamiento médico, puesto que no cumple el requisito de que haya sido pautado por un médico como necesario para la curación (los psicólogos no lo son). No obstante, la terapia psicológica sí será tratamiento médico si ha sido pautada como necesaria por un médico, psiquiatra o no¹⁴. El tratamiento psiquiátrico o farmacológico sí entra, en todo caso, en la definición (puesto que el psiquiatra es un médico especialista).

Teniendo en cuenta lo expuesto, puede establecerse ya que en el caso concreto estamos, en primer lugar, ante un delito de lesiones psíquicas cometido por Jorge, puesto que se cumplen todos los requisitos del tipo penal, tanto los definidos legalmente como los delimitados por la jurisprudencia.

Concurre, por una parte, una conducta del autor que directamente provoca un menoscabo en la salud mental de la víctima. Las acciones del hombre, mantenidas a lo largo de los años, son muy variadas, evidentemente idóneas para causar en Clara un daño psíquico, y claramente dirigidas a desestabilizarla mentalmente: la insulta, la desprecia, ejerce violencia sobre objetos importantes para ella, esconde o altera el estado de las cosas (por ejemplo, cortando el agua caliente o cambiando la hora del despertador), miente sobre algo tan importante como la salud del hijo común, interfiere negativamente en la vida laboral de ella, amenaza con quitarse la propia vida, etc. Este comportamiento de Jorge provoca en su mujer una lesión consistente en un trastorno ansioso-depresivo severo, diagnosticado por un médico psiquiatra (es irrelevante que se trate de una consulta privada, puesto que es igualmente un licenciado en Medicina). Concurren, por tanto, una conducta y un resultado lesivo, con una evidente relación causal entre ambos, y la conducta es idónea y encaminada a producir tal resultado.

En segundo lugar, la lesión (el trastorno ansioso-depresivo) requiere objetivamente para su sanidad una primera asistencia facultativa (es decir, la consulta de Clara con el médico psiquiatra) y un tratamiento médico (consistente en la toma de fármacos antidepresivos

¹⁰ STS de 22 de octubre de 2015, FJ 15º (ECLI:ES:TS:2015:4705).

¹¹ V. gr., STS de 21 de julio de 2003, FJ Único (ECLI:ES:TS:2003:5255).

¹² V. gr., STS 12 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3251).

¹³ STS de 9 de octubre de 2004 (ES:TS:2004:7943) y, más recientemente, STS de 24 de abril de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1490).

¹⁴ STS de 22 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4705).

durante seis meses, lo cual, como se señalaba anteriormente, ha sido calificado expresamente por la jurisprudencia como tratamiento médico).

Una vez determinado que concurre un delito de lesiones psíquicas, es preciso señalar que el art. 148.4 CP agrava el tipo básico de lesiones del art. 147.1 CP “*si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*”.

Por tanto, puede concluirse que el delito de lesiones en el caso concreto no se encuadra en el tipo básico del art. 147.1 CP, sino en el tipo agravado del art. 148.4 CP, a causa de la relación matrimonial que une a la víctima con el agresor.

El segundo suceso que se debe analizar en el caso es el daño físico que sufre Clara la tarde del 26 de septiembre de 2021, al ser empujada por las escaleras por su marido. También aquí hay un menoscabo de la salud -en este caso, física- provocado directamente por una conducta del marido, una primera asistencia facultativa (por parte de los efectivos del servicio de emergencias) y dos tipos de tratamiento: médico (inmovilización de la pierna) y quirúrgico (puntos de sutura en la cara). No obstante, en este caso no está tan clara la calificación de los hechos como delito de lesiones, debido a que estos podrían encajar también en el tipo penal del homicidio -o, en su caso, asesinato-, en grado de tentativa, por los motivos que se exponen a continuación.

Como se ha podido apreciar, los elementos constitutivos del delito de lesiones están definidos de manera bastante clara por la jurisprudencia, a causa de la gran incidencia que tienen las lesiones en la práctica jurisprudencial. Lo que se plantea más complicado para los tribunales, en los casos que suscitan duda, es identificar si en la conducta del autor concurría un *animus laedendi*, esto es, la mera intención de lesionar, o si, por el contrario, había un *animus necandi* o dolo de matar. Es decir, si estamos ante un delito de lesiones consumado, o ante un delito de homicidio/asesinato en grado de tentativa (o consumado en caso de que se produzca la muerte). El *animus necandi* incluye, según la jurisprudencia, tanto el dolo directo como el eventual: este último se produce cuando no puede afirmarse en el autor la intención directa de matar, pero este conoce el peligro que su actuación conlleva para la vida de la víctima y aun así actúa, ya sea porque acepta que se produzca esa muerte o porque le resulta indiferente que así sea¹⁵. Por tanto, la calificación de los hechos en el caso concreto va a depender de si se considera que la intención de Jorge era causar a Clara una lesión, o si, por el contrario, pretendía acabar con la vida de ella (o bien, aunque no buscara esto directamente, conocía que con su conducta podía matarla y aceptó tal posibilidad).

La distinción entre la intención de lesionar y la de matar ha sido objeto de numerosas sentencias del TS, que ha venido conformando un conjunto de criterios de inferencia¹⁶ a partir de los cuales podría determinarse o no una intención de matar a la víctima. Estos parámetros de interpretación seguidos por el TS son, esencialmente: relaciones previas entre el autor y la víctima y sus personalidades; manifestaciones y conductas del autor antes, durante y después de la agresión (especialmente la existencia de amenazas); condiciones de tiempo y espacio; clase de arma o instrumento utilizado e idoneidad del

¹⁵ GÓMEZ TOMILLO, M (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 69.

¹⁶ MARZABAL MANRESA, I. “El *animus necandi* y factores de riesgo en el delito de asesinato de pareja o ex pareja. Predicción de la violencia”. *Revista de Derecho UNED*. 2013, núm. 12, p. 441.

mismo para matar; zona del cuerpo afectada¹⁷. No se trata de un *numerus clausus*, y pueden incluirse otros distintos: los tribunales tienen libertad para valorar el caso concreto, pero han de procurar basarse en varios criterios, puesto que se trata de una prueba indiciaria y de un delito muy grave. A continuación, se aplican los criterios más importantes y utilizados al caso concreto.

La relación previa entre los sujetos suele ser un criterio muy utilizado, especialmente en los casos de violencia de género, en que la víctima ya ha vivido un clima amenazante que incluso puede haber denunciado, y existe un resentimiento del maltratador hacia ella. En relación con ello, destaca la valoración de la actitud previa y coetánea a la agresión: la jurisprudencia tiene en cuenta especialmente las expresiones amenazantes hacia la víctima, que son un indicio del dolo de matarla¹⁸. En el caso existe, efectivamente, un previo clima de maltrato, concretamente de violencia de género, y una actitud hostil de Jorge hacia Clara. Además, en el momento previo a la agresión, el hombre profiere una expresión claramente amenazante hacia la víctima (“*Como te vayas, te mato*”), que supone un indicio muy importante para considerar un dolo de acabar con su vida.

En cuanto a las condiciones de tiempo y lugar, suele ser un indicio de la intención de matar el actuar en un lugar apartado en el que no nadie que pueda auxiliar a la víctima, mientras que hacerlo en un lugar público o con gente parece inferir una intención de lesionar. Y también se tiene en cuenta la posición de los sujetos: por ejemplo, si la víctima estaba de espaldas¹⁹. Jorge actuó por la tarde y en el interior de un edificio en el que vivía más gente (de hecho, una vecina se percata de lo sucedido y da la voz de alarma), lo cual parece contrario a un *animus necandi*. No obstante, el espacio concreto en que el hombre decidió cometer la agresión, al borde de unas escaleras cuyo muro era tan bajo que le llegaba a la víctima por la cintura, sí indicaría un dolo de matar, al menos eventual: es evidente que Clara podía haber caído perfectamente por el hueco de las escaleras, y su marido, o bien así lo pretendía, o bien aceptó tal posibilidad y actuó igualmente.

Por otra parte, se valora especialmente la idoneidad para matar del instrumento empleado, así como la zona del cuerpo afectada: el ataque a una zona vital (cabeza, cuello, corazón, abdomen) o a una zona no vital (extremidades) son criterios para inferir un dolo de matar o de lesionar, respectivamente. En este caso, Jorge no utiliza ningún instrumento más allá de su propio cuerpo y fuerza, pero, teniendo en cuenta la diferencia de peso y estatura entre ambos sujetos, la dirección en que la empujó y la fuerza utilizada (así lo dice expresamente el supuesto, de modo que no se trata de un empujón leve), ello habría bastado para que Clara cayese al vacío, siendo esa la intención de Jorge. Las partes del cuerpo afectadas (pómulo y pierna, una vital y otra no, según la jurisprudencia) no dicen demasiado en este caso, debido a que el autor no atacó directamente esas zonas, sino que empujó el cuerpo de la víctima directamente, produciéndose la lesión en esas partes del cuerpo como podía haberse producido en cualquier otra.

Asimismo, importa la perseverancia en la agresión: la repetición de varios actos agresivos suele mostrar un ánimo de matar²⁰. Es cierto que Jorge no continuó en su ataque una vez que Clara sufrió la caída, lo cual inclinaría la balanza hacia un mero *animus laedendi*.

¹⁷ Las sentencias en que así se determina son numerosísimas y mantienen el mismo criterio desde hace muchos años: v. gr., STS de 17 de abril de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:3242), y, más recientemente, STS de 3 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:288).

¹⁸ Entre otras, STS de 23 de febrero de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1216).

¹⁹ STS de 10 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3301).

²⁰ MARZABAL MANRESA, I. El *animus necandi*..., *ob. cit.*, p. 450.

Por último, son importantes las actitudes del autor posteriores al ataque: por ejemplo, conductas que muestren que el autor piensa que la víctima ha fallecido (como confesar el acto o manifestar que la ha matado), así como actos que demuestren que la vida de ella no le importa: por ejemplo, desatenderla o abandonarla tras la agresión. Producido el ataque, Jorge deja a Clara herida y tendida en las escaleras y se introduce en la vivienda, donde tranquilamente se sienta a ver la televisión. La tranquilidad que muestra el agresor tras el ataque podría revelar, por una parte, que era consciente de que solamente había provocado una lesión. No obstante, bajo mi criterio y atendiendo a las demás circunstancias del caso, esa excesiva pasividad revela lo contrario: el hecho de ni siquiera comprobar el estado de salud de la mujer, tirada en el suelo tras haberla agredido, ni tratar de auxiliarla, es más indicativo de la existencia de (al menos) un dolo eventual (es decir, que a Jorge le era indiferente que Clara falleciese o no).

Ninguno de estos indicios es automático para determinar una concreta intención, y es habitual que, en un caso concreto, unos criterios apunten a una dirección y otros a la contraria, como ocurre en este supuesto. Por ello, es el órgano jurisdiccional el que ha de decidir cuál tiene un mayor peso en atención a todas las circunstancias.

A pesar de que, tras la evaluación de los distintos criterios, puedan extraerse conclusiones contradictorias, considero que en este caso tienen mayor peso los indicios que revelan en Jorge un dolo de matar. Él mismo dice a un amigo que no la soporta, amenaza a la mujer con matarla si se marcha, a continuación (conocedor de su superioridad física y de la estructura del edificio) la empuja directamente y con fuerza hacia el hueco de las escaleras (por tanto, con la intención de que cayese en él), y finalmente la abandona herida en el suelo. Considero que todos estos indicios son suficientes para determinar que no estamos ante un delito de lesiones, sino ante un delito de homicidio/asesinato en grado de tentativa.

Cabe señalar, además, que se trata de una tentativa acabada²¹, a la que se refiere el art. 16.1 CP, puesto que Jorge llevó a cabo todos los actos que debían haber producido el resultado de muerte (empujó a Clara hacia el hueco de las escaleras y la dejó caer). El hecho de que la mujer no haya fallecido como consecuencia de su caída no se debe a la voluntad de Jorge, sino a que el muro de protección fue suficiente para retenerla y su consiguiente caída por las escaleras no afectó a las partes más vitales de su cuerpo.

Determinado el dolo de matar de Jorge, los hechos podrían calificarse como tentativa de homicidio o de asesinato. Mientras que el art. 138 CP castiga al que “*matarse a otro*” (homicidio), el art. 139 CP castiga como reo de asesinato al que lo hiciese mediando alguna de las circunstancias que recoge el precepto²².

La única circunstancia del art. 139 CP que puede encajar en el caso es la alevosía, definida en el art. 22.1 CP: “*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan*

²¹ Señala la STS de 15 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6608), en su FJ 5º: “*Para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada se han manejado doctrinalmente dos teorías: una subjetiva, que pone el acento en el plan del autor (...) conforme a la cual, si lo que el sujeto quería llevar a cabo era la total consumación del hecho, estaremos en presencia ya de una tentativa acabada; y otra teoría, de características objetivas, que pone el punto de vista en la secuencia de actos verificada antes de la interrupción forzada del hecho, de modo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito, y este no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, estamos en presencia de la tentativa acabada. La inacabada, sin embargo, admite aún el desistimiento voluntario del autor*”.

²² Tales circunstancias consisten en que se cometa el hecho: 1) con alevosía, 2) por precio, recompensa o promesa, 3) con ensañamiento, o 4) para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido". La jurisprudencia ha diferenciado tradicionalmente tres tipos de alevosía: proditoria o de traición, súbita o sorpresiva, y de desvalimiento²³. La forma de alevosía que encajaría en la agresión del caso concreto es la sorpresiva o súbita, puesto que estamos ante un ataque realizado por sorpresa, de manera imprevista y repentina. Si bien entre Clara y Jorge hubo un enfrentamiento verbal previo al ataque físico (motivado por la voluntad de ella de abandonar el domicilio), que podía hacerla esperarse la agresión, la jurisprudencia ha matizado que, si ese enfrentamiento ya ha terminado y la agresión se produce después y súbitamente, puede apreciarse la alevosía sorpresiva²⁴. Así, *"dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, se distinguen los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros en los que la alevosía se tilda de sobrevenida por aparecer en una segunda fase (...) cuando, habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias alevosas, se produce un cambio cualitativo, de modo que esa última fase de la agresión no podía ser esperada por la víctima"*²⁵.

Efectivamente, el supuesto de hecho dice que, tras la inicial discusión verbal, Clara cogió su bolso y salió del piso -se entiende que dando por zanjado el asunto-, y es entonces cuando Jorge entra en estado de cólera y la tira por las escaleras. El ataque comienza de verbalmente, pero, de manera repentina, se vuelve físico, sin que Clara pueda prever, por una expresión amenazante proferida en un contexto de discusión, que inmediatamente su marido vaya a tirarla por las escaleras.

Puede concluirse, entonces, que Jorge actuó con alevosía, lo que califica su conducta como una tentativa de asesinato (art. 139.1. 1º CP) y no de homicidio (art. 138 CP).

Hasta ahora se han identificado dos delitos cometidos por Jorge, cada uno de los cuales tiene su agravante específica²⁶ (el de lesiones la agravante específica de género, que encuadra los hechos en el art. 148.4 CP, y el de asesinato la alevosía, que es precisamente la que lo distingue un mero homicidio). Resta, ahora, para concluir este apartado, analizar si concurre alguna circunstancia genérica²⁷ modificativa de la responsabilidad criminal que deba aplicarse a alguno o a ambos de los dos delitos aquí identificados.

²³ Entre otras, la STS de 24 de abril de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:3439), que señala en su FJ 4º: *"esta Sala viene retiradamente deduciendo tres formas diferentes de agresiones alevosas: (...) la proditoria o aleve, cuando se actúa en emboscada o al acecho a través de una actuación preparada para que la víctima no pueda apercibirse de la presencia del atacante; la que se produce de forma súbita o por sorpresa cuando el agredido no espera el comportamiento de su agresor, y la que existe cuando la víctima es una persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.) o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, anonadada, etc.)"*.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ STS de 20 de junio de 2012, FJ 3º (ECLI:ES:TS:2012:4691). En esta resolución, el matrimonio regresaba de una cena, cuando, ya dentro del edificio, se entabló una discusión entre ambos en la que se produjeron empujones y un forcejeo. A continuación, ya en la entrada de la vivienda, el acusado se dirigió a la víctima y la golpeó con un objeto contundente en la cabeza. El TS apreció alevosía sorpresiva y también la llamada alevosía convivencial o doméstica, por la larga convivencia entre ambos y por haberse producido el ataque en la entrada de la casa. Este caso presenta mucha similitud con el presente, de manera que podría apreciarse alevosía convivencial, que reforzaría a la sorpresiva.

²⁶ Definida por la RAE como *"circunstancia agravante de aplicación concreta a un delito, expresamente tipificada para ese hecho y que tiene la función de agravar la pena correspondiente al tipo básico de dicho delito"*.

²⁷ Definida por la RAE como *"circunstancia agravante o atenuante de aplicación general a cualquier delito, a salvo de la restricción que pueda derivarse de la propia naturaleza de la circunstancia"*.

El art. 23 CP recoge la denominada circunstancia mixta de parentesco: “*Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad*” (entre otros sujetos). Por tanto, se trata de una circunstancia que puede operar como atenuante o como agravante, siendo los órganos jurisdiccionales quienes han de decidir en cada caso. No obstante, existe un criterio jurisprudencial muy asentado según el cual se aplica como agravante en delitos contra las personas y como atenuante en delitos patrimoniales y contra el honor²⁸. Además, se trata de una circunstancia con un fundamento objetivo, de modo que basta con que exista alguno de los tipos de parentesco a que se refiere el art. 23 CP para que se aplique: el TS ha señalado que “*la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco*”²⁹. Por último, es importante tener en cuenta que esta agravante no se puede aplicar respecto de los delitos que ya contemplan esa relación de parentesco o afectividad como uno de sus elementos³⁰.

Por todo ello, cabe aplicar la agravante de parentesco al delito de tentativa de asesinato cometido el 26 de septiembre de 2021, pero no al delito de lesiones psíquicas del art. 148.4 CP, puesto que ese precepto ya impone como requisito la relación conyugal entre ambos, de modo que la aplicación del art. 23 CP supondría incurrir en *bis in idem*.

Por su parte, el art. 22. 4º CP recoge, entre otras, la agravante genérica de discriminación por razones de género³¹. Lógicamente, la aplicación de esta agravante se plantea muy frecuentemente en supuestos en los que cabría también la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco que se acaba de analizar, y, por ello, la duda acerca de la compatibilidad entre ambas ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por los tribunales. Tanto las Audiencias Provinciales como el Tribunal Supremo³² han confirmado, en reiterada jurisprudencia, que ambas agravantes son plenamente compatibles³³. Esta compatibilidad descansa en el hecho de que cada una de ellas tiene distinto fundamento. La circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP se funda en la existencia de un vínculo familiar y/o de afectividad (cónyuge, excónyuge, pareja o expareja), y en la vulneración de los lazos que dicha relación genera³⁴. En cambio, la agravante de discriminación del art. 22. 4º CP se basaría en el reproche penal adicional que merece el hecho de que el autor cometa el delito motivado por sentirse superior o dominante sobre alguno de los colectivos que en ella se citan, es decir, la intención de discriminación y dominio sobre la mujer, en este caso. En sentencias posteriores³⁵, el TS

²⁸ V. gr., STS de 18 de junio de 2007, FJ 4º (ECLI:ES:TS:2007:4456).

²⁹ V. gr., STS de 7 de julio de 2016, FJ 3º (ECLI:ES:TS:2016:3621).

³⁰ STS de 19 de noviembre de 2018, FJ 8º (ECLI:ES:TS:2018:3757). Hace referencia al art. 148.4 CP.

³¹ Dice el precepto: “*Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*”.

³² Respectivamente, y entre muchas otras, SAP de Madrid de 9 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:5302) y STS de 28 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1664).

³³ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. (2019). “Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género”. *Estudios Penales y Criminológicos*. 2019, vol. 39, p. 308.

³⁴ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA B. “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22. 4º CP)”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2018, núm. 20-27, p. 16.

³⁵ STS de 26 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:591).

ha establecido que el fundamento de la agravante de género radica en la mayor gravedad del hecho cuando este es manifestación de una grave y arraigada desigualdad.

En cualquiera de los casos, se trata de fundamentos distintos al de la circunstancia mixta de parentesco, y así lo confirma el hecho de que la aplicación de la agravante genérica de género no se limite al ámbito de las relaciones sentimentales, sino que puede aplicarse en otros casos en que un hombre delinque sobre cualquier mujer por el hecho de serlo³⁶.

Aclarada la compatibilidad de esta agravante con la anterior, considero que resulta aplicable también el art. 22. 4º CP al supuesto concreto, respecto de la tentativa de asesinato cometida por Jorge, en tanto que el hombre actuó en el marco de una relación marcada por la dominación, el maltrato y el sentimiento de superioridad sobre su mujer, y que obviamente promueve un tipo de violencia y discriminación muy arraigado en nuestro país. En cuanto a las lesiones psíquicas, la jurisprudencia ha entendido que el desvalor que recoge esta agravante ya se ha observado también como fundamento (además de la existencia del vínculo familiar) en la creación del delito del art. 148.4º CP, de modo que, de igual manera que la circunstancia mixta de parentesco, la agravante genérica de discriminación por razón de género es incompatible con aquel tipo penal.

Por último, es preciso analizar la relevancia que puede tener el consumo de alcohol por parte de Jorge a efectos penales. Aunque el alcohol no es la causa de la aparición de la violencia de género ni transforma en maltratador a quien no lo es³⁷, su consumo actúa en muchas ocasiones como detonante de episodios de violencia, siendo frecuentes las resoluciones judiciales en que se aborda esta cuestión³⁸.

El art. 20. 2º CP exime de responsabilidad criminal a quien “*al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas (...) siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión*”. La aplicación de la eximente se descarta aquí porque el relato de hechos no señala que Jorge se encontrase nunca en un estado de intoxicación plena³⁹, sino simplemente “ebrio” o “en estado de embriaguez”.

Pasando a las atenuantes, el art. 21. 2º CP recoge como tal el actuar el culpable a causa de su grave adicción al alcohol. Tampoco se aprecia que Jorge sufra ninguna adicción grave: el hombre abusaba del alcohol, pero ello no equivale a un alcoholismo grave diagnosticado. Por tanto, también esta circunstancia se descarta.

En cambio, el art. 21. 1º CP establece como atenuantes las circunstancias del art. 20 CP cuando no concurren todos los elementos necesarios para ser eximentes (las llamadas eximentes incompletas). La jurisprudencia entiende que se incluye aquí el caso de una intoxicación etílica que no llegue a ser plena (art. 20. 2º CP) pero sí fuerte o importante⁴⁰, es decir, una merma de las facultades volitivas, intelectivas y/o de decisión, que no llegue a anularlas. Los casos de consumo de alcohol en que se aprecie una afectación leve de las

³⁶ Así lo ha reconocido el TS desde su Sentencia de 19 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3757).

³⁷ BAREA PAYUETA, C. *Manual para mujeres maltratadas (que quieran dejar de serlo). Detectar y prevenir la violencia de género*. Barcelona: Océano, 2004, p. 92.

³⁸ CASTRO PÉREZ, X. Embriaguez y violencia de género. *Semata: Ciencias Sociais e Humanidades*. 2008, núm. 20, p. 280.

³⁹ Entre otras, la STS de 15 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:7331) aclara que tal intoxicación plena se produce cuando el sujeto tiene anuladas por completo las capacidades cognoscitivas, volitivas, de comprensión de la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión.

⁴⁰ STS de 15 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:4588), SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APTF:2020:570).

capacidades del sujeto (es decir, una embriaguez de menor intensidad en la que simplemente está más desinhibido de lo normal) se incluirían en la atenuante analógica del art. 21. 7º CP⁴¹ (“*cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*”). Para aplicar cualquiera de estas circunstancias, se exige que afecten a la imputabilidad del sujeto, de modo que debe haber una relación causal entre la embriaguez y la comisión del delito, y esa embriaguez debe afectar a la consciencia y voluntad de actuar: no basta con probar simplemente una intoxicación etílica⁴². Y, además, como señala el precepto, es necesario que esa alcoholización no fuese buscada para delinquir.

En lo que respecta al delito de lesiones psíquicas cometido por Jorge, no se puede concluir que haya una relación causal entre su consumo de alcohol y el maltrato a su pareja. De hecho, las conductas que se describen son complejas, en ocasiones muy sutiles, para desestabilizar a la víctima, conductas que requieren de premeditación -por ejemplo, el dificultar a la víctima llegar a tiempo a su trabajo- y que se realizan de manera totalmente consciente. Los hechos señalan que a veces él estaba ebrio cuando la insultaba, manipulaba o despreciaba, pero en otras ocasiones no lo estaba y aun así ejercía igualmente el maltrato. Por tanto, no debe aplicarse aquí ninguna atenuante.

En cuanto a la tarde 26 de septiembre de 2021, sí se dice que el hombre se encontraba en un estado que le dificultaba hablar bien, caminar e incluso mantenerse en pie. Por tanto, se entiende que estamos ante una intoxicación etílica importante. Teniendo en cuenta que nunca antes había realizado ningún intento de quitar la vida a Clara, y que su acción fue repentina e inesperada, sí podría entenderse que hubo una relación causal entre el estado de Jorge y la decisión de tirar a su mujer por las escaleras, así como una menor consciencia de lo que hacía. Además, la embriaguez no fue buscada para delinquir, puesto que el hombre bebía alcohol de manera frecuente. Por tanto, considero pertinente aplicar la atenuante del art. 21. 1º CP en relación con el art. 20. 2º CP.

IV.1.2. El delito de maltrato habitual. Elementos de la conducta típica.

A la luz de su especial desvalor, existen varios tipos delictivos destinados a perseguir concretamente la violencia en el ámbito de las relaciones familiares y sentimentales.

El primero de ellos es el llamado delito de violencia en el ámbito familiar, tipificado en el art. 153 CP e incluido en el Título dedicado a los delitos de lesiones. Este precepto castiga al que “*por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión*”.

La especialidad del art. 153 CP con respecto al art. 147.2 y 3 CP es que, en el primer caso, la víctima ha de ser la esposa o exesposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (art. 153.1 CP); o bien otros sujetos del entorno familiar del autor, incluido el cónyuge o pareja (o ex) que no se incluya en el primer apartado (art. 152.2 CP). En el primer supuesto del art. 153 CP, es decir, si la agresión la comete un hombre sobre una mujer en el seno de una relación sentimental (o si el delito es contra una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, supuesto menos frecuente), la pena que prevé el artículo es superior a los demás supuestos de víctimas. En el primer caso, va de 6 meses a 1 año, y en el segundo, de 3 meses a 1 año.

⁴¹ STS de 4 de marzo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:1001).

⁴² SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APTF:2020:570).

En todo caso, el art. 153 CP parte de una lesión leve, que, como se ha aclarado en el apartado anterior, es aquella que no reúne los requisitos para ser considerada lesión de tipo básico (es decir, la lesión que no requiere una primera asistencia facultativa y un tratamiento médico o quirúrgico, o bien la mera conducta consistente en golpear o maltratar de obra sin causar lesión). Debido a que en el supuesto concreto no se producen lesiones de tipo leve, el art. 153 CP no resultará aplicable.

Muy relacionado con este art. 153 CP, e incluido en el Título dedicado a los delitos de torturas y contra la integridad moral, se encuentra el art. 173.2 CP, que castiga al que “*habitualmente ejerza violencia física o psíquica*” sobre una serie de sujetos vinculados al autor⁴³, que son los mismos que se prevén para el art. 153 CP. Ahora bien, en este precepto no se establece diferenciación de gravedad según quién sea la víctima. Cabe señalar que, al final del primer párrafo, el art. 173.2 CP dice que las penas previstas en el mismo se impondrán “*sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*”. Esto último es de gran relevancia para el caso concreto, pues deja clara la compatibilidad de este tipo penal con los otros dos delitos -lesiones y tentativa de asesinato- en que se han concretado los actos de violencia física y psíquica de Jorge sobre Clara.

La conducta típica consiste en ejercer violencia física o psíquica de manera habitual. Respecto a lo primero, la inclusión de la violencia física no presenta dificultad: se incluye cualquier agresión realizada sobre el cuerpo del sujeto⁴⁴. Más controvertido es que el delito incluya, desde la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal⁴⁵, el ejercicio de violencia psíquica.

Los medios a través de los que puede ejercerse violencia psíquica son numerosísimos, y la delimitación de qué conductas se incluyen tampoco es pacífica. Se admite, con carácter general, que los actos intimidantes se incluyen en el tipo penal, siendo aquellos idóneos para causar o infundir miedo a una persona⁴⁶, así como también los actos de violencia en las cosas (*vis in rebus*). Estos últimos se producen, por ejemplo, cuando se rompen objetos personales, se cambia una cerradura o se pinchan las ruedas de un coche, entre muchos otros, y constituyen violencia psíquica⁴⁷. Esta *vis in rebus* concurre en el caso concreto, pues se dice que Jorge realizaba de manera frecuente conductas como romper, tirar o esconder objetos del hogar o personales de la mujer. Pero, además de los actos intimidatorios, forman parte también de la violencia psíquica aquellos que, aunque no intimidatorios, sí son humillantes para la víctima: insultos, ridiculizaciones, desprecios y conductas análogas que supongan degradar, denigrar o cosificar al sujeto pasivo⁴⁸.

⁴³ Dice el precepto: “*quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*”.

⁴⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 47.

⁴⁵ ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1999/04/30/11>

⁴⁶ SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. *El delito de maltrato habitual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p.95.

⁴⁷ SAP de Castellón de 11 de junio de 2015 (ECLI:ES:APCS:2015:620), entre otras.

⁴⁸ CASTELLÓ NICÁS, N. “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173.2 CP”. En: CARBONELL MATEU, J.C. (Coord.), DEL ROSAL BLASCO, B., MORILAS

También este tipo de actos se dan en nuestro supuesto: el marido insulta frecuentemente a Clara, le grita, realiza comentarios humillantes, desprecia la limpieza del hogar que ella hace y su trabajo fuera de casa, trata de aislarla del mundo laboral, etc. Todas estas conductas atacan la integridad moral y son violencia psíquica incluida en el art. 173.2 CP, y, particularmente, muy características y habituales en los contextos de violencia de género.

El segundo elemento de la conducta típica del art. 173.2 CP, y el más característico, es la habitualidad. El apartado 3 del art. 173.2 CP establece hoy en día los criterios que han de tomarse en cuenta para apreciar esa habitualidad: *“se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”*. A pesar de esta previsión legal, y como se expone a continuación, los criterios son no son suficientemente precisos.

En cuanto al número de actos de violencia (física o psíquica) que resulten acreditados, no se determina cuántos son necesarios. Una primera corriente doctrinal abogaba por asociar el concepto de habitualidad con un mínimo de tres actos violentos⁴⁹, por analogía con el art. 94 CP⁵⁰. Esta postura fue en un principio adoptada por la jurisprudencia⁵¹, e incluso por el legislador, que la incluyó inicialmente en el Proyecto de Código Penal de 1992⁵². No obstante, parte de la doctrina se mostró desde el principio crítica, entendiendo que lo realmente importante es que el órgano judicial llegue al convencimiento de que la víctima vive en un estado de agresión permanente⁵³. Núñez Castaño⁵⁴ resumía esta posición doctrinal de la siguiente manera: *“el comportamiento realmente prohibido es aquel que sea idóneo para vulnerar el bien jurídico que se protege, la integridad moral, y este bien jurídico no se lesiona por la mera suma de actos violentos concretos, sino por la creación de un clima de violencia y angustia provocado por esa reiteración, que desemboca en un sentimiento de miedo, humillación e inferioridad de la o las víctimas del mismo”*.

Este último es el criterio que hoy en día sigue la jurisprudencia. Es muy ilustrativa la reciente resolución del TS en la que enumera 27 reglas a las que denomina el *abecedario del maltrato habitual*, y en las que adopta la posición comentada: *“(l) la apreciación de ese elemento de habitualidad no depende de la acreditación de un número específico de actos violentos. Lo determinante es crear una atmósfera general de esa naturaleza, que trasluzca un afianzado instrumento de superioridad y de dominio hacia la víctima, lo que sería producto de una reiteración de actos de violencia psíquica o física de diversa entidad, a veces nimia, pero cuya repetición provoca esa situación que permite hablar de habitualidad”*⁵⁵.

CUEVA, L., ORTS BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 217.

⁴⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E. *El delito de malos tratos familiares*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 19.

⁵⁰ Este califica como reos habituales *“los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello”*.

⁵¹ V. gr., STS de 7 de junio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:3906).

⁵² En su art. 161 establecía que la habitualidad se apreciaría cuando el culpable hubiese sido condenado por tres o más delitos o faltas de lesiones.

⁵³ CUELLO CONTRERAS, J. “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y de otras relaciones análogas de afectividad”. *Revista del Poder Judicial*. 1993, núm. 32, p. 10.

⁵⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, E. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar: aspectos fundamentales de la tipicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 121.

⁵⁵ STS de 15 de septiembre de 2021, FJ 3º (ECLI:ES:TS:2021:3374).

Respecto a la proximidad temporal de los actos violentos, no suele apreciarse habitualidad cuando estos están separados por un periodo superior a tres años⁵⁶.

En este caso, aunque no se diga expresamente cuántas conductas violentas ocurren ni cuándo, del relato de los hechos se deduce claramente la existencia de habitualidad. Del segundo párrafo se extraen ya, como mínimo, ocho episodios que constituyen violencia psíquica; pero, y lo que es realmente relevante según el criterio seguido hoy en día, Clara vivía en un clima o atmósfera de violencia y dominio sobre ella por parte de su marido, que la colocaba permanentemente en una posición de inferioridad y humillación y que le impedía vivir su vida con normalidad (de hecho, llegó a perder su puesto de trabajo): se trata, efectivamente, del estado de agresión permanente a que se refieren doctrina y jurisprudencia. Por tanto, no cabe ninguna duda de que Jorge comete un delito de maltrato habitual del art. 173.2 CP contra su mujer.

En definitiva, este delito castiga el especial desvalor que tiene una conducta de violencia reiterada sobre Clara, víctima especialmente unida a Jorge. Así, se protege la integridad moral de ella. Al tiempo, los concretos actos de violencia que se producen con esa nota de habitualidad serán juzgados, en este caso, como lesiones psíquicas, con el objeto de proteger la salud de la víctima. Se trata de tipos penales claramente diferenciados que tienen distinto objeto y que se complementan (como aclara el propio art. 173.2 CP) a la hora de proteger a las víctimas de la lacra que suponen los malos tratos familiares.

El reproche penal al maltrato habitual se intensifica “*cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores (...) o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima*”, puesto que, en tales casos, el segundo inciso del art. 173.2 CP obliga a imponer las penas por el maltrato habitual en su mitad superior. No hay duda de que corresponde aplicarlo en el caso concreto.

Por lo demás, la circunstancia mixta de parentesco no es aplicable a este delito, porque la relación conyugal entre Jorge y Clara ya forma parte de los elementos del art. 173.2 CP, y, del mismo modo que se explicaba en el apartado anterior respecto a las lesiones psíquicas del art. 148.4º CP, se incurriría en *bis in idem*. De igual modo, y por el mismo motivo que con el art. 148.4º CP, tampoco puede aplicarse al art. 173.2º CP la agravante genérica por razón de género, puesto que el tipo penal incluye ya el fundamento de la agravante: señala el TS que “*las circunstancias que integran la tipicidad misma del delito del art. 173 CP parten de la creación de un ambiente de dominación y sometimiento permanentes*”⁵⁷. Es decir, en la configuración de ambos delitos -arts. 148.4º CP y 173.2 CP- se ha tenido en cuenta tanto la relación de parentesco (que impide la aplicación de la circunstancia de parentesco del art. 23 CP) como la discriminación por razón de ser mujer (que impide la aplicación de la circunstancia de género del art. 22. 4º CP).

Tampoco procede aplicar ninguna circunstancia relacionada con el consumo de alcohol de Jorge, puesto que cometía igualmente el maltrato habitual estando sobrio.

IV.1.3. El delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 CP.

Lo siguiente que procede analizar es la relevancia penal de la intromisión de Clara en el teléfono móvil de su marido la mañana del 26 de septiembre de 2021.

⁵⁶ PÉREZ RIVAS, N. “La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)”. *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*. 2016, vol. 15, núm. 30, p. 180.

⁵⁷ STS de 13 de mayo de 2014, FJ 7º (ECLI:ES:TS:2014:3465).

Dentro del Título dedicado a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, nuestro CP castiga en los arts. 197 CP y siguientes los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. En lo que respecta a este caso, interesa el art. 197.1 CP, que sanciona al que “*para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación*”.

En el caso de este precepto, hay consenso a la hora de considerar que el bien jurídico protegido es, en general, la intimidad personal del sujeto pasivo, reconocida en el art. 18.1 de la Constitución Española⁵⁸ (en adelante, CE)⁵⁹ y, más concretamente, el derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE⁶⁰. Por tanto, mientras que el delito puede ser cometido por cualquiera, el sujeto pasivo será el titular de ese derecho a la intimidad personal que se vulnera, que, a su vez, ha de ser el titular del objeto del que se apodera el sujeto activo o de la comunicación que intercepta. Y, obviamente, ha de faltar el consentimiento. En este supuesto, el titular de la intimidad vulnerada es Jorge, que también es el titular de las conversaciones que Clara intercepta y de las cuales se apodera. Estos hechos se realizan por la mujer sin el consentimiento de su marido: el hecho de que pudiese recordar la contraseña, al haber visto a su marido introducirla en el teléfono en su presencia, no supone de ninguna manera un consentimiento tácito de él a que ella acceda a sus conversaciones privadas y se apodere de las mismas.

La primera conducta típica que castiga el precepto es el apoderamiento de documentos o efectos personales del sujeto pasivo, y ello ha de hacerse necesariamente con la finalidad de descubrir sus secretos o vulnerar su intimidad. Por apoderarse, la doctrina y la jurisprudencia entienden el concepto como análogo a la apropiación que se da en los delitos patrimoniales, es decir, como sinónimo de arrebatar o retener⁶¹. Si se produce ese apoderamiento con esa finalidad, el delito se consuma con independencia de que no se lleguen a conocer los secretos. La segunda conducta, y también siempre que concorra esa finalidad de descubrir los secretos, es la de interceptar las comunicaciones de la víctima, que consiste en acceder a una conversación ajena sin interrumpirla ni obstruirla, sosteniendo la jurisprudencia desde hace ya décadas que esta incluye tanto las conversaciones telefónicas por cable como las de telefonía móvil⁶². En el caso concreto, se producirían ambas conductas: Clara intercepta las comunicaciones de Jorge en el momento en que, sin consentimiento, accede al teléfono ajeno y visualiza la conversación del hombre con su amigo; y, posteriormente, se apodera de esos mensajes de *Whatsapp* sacando una fotografía a la pantalla con su propio teléfono móvil. En ambos casos lo hace con la finalidad de conocer los mensajes privados que Jorge intercambia.

Aunque el precepto no lo diga expresamente, el objeto de las conductas tipificadas en el art. 197.1 CP abarca mucho más hoy en día que en el momento de su redacción, por ni siquiera existir entonces formas de comunicación actuales como las conversaciones de

⁵⁸ 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)

⁵⁹ OBISPO TRIANA, C. (2017). “Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2017, núm. 10, p. 183.

⁶⁰ JORGE BARREIRO, A. “El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el código penal de 1995: un análisis del artículo 197 del CP”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*. 2016, núm. 6, p. 101.

⁶¹ *Ibid*, p. 102.

⁶² STC de 11 de marzo de 1996 (ECLI:ES:TC:1996:34).

Whatsapp. Así, por ejemplo, recientemente⁶³ fue condenada una mujer por este art. 197.1 CP por acceder, en un descuido de su amiga, al teléfono de esta y a varias conversaciones de *Whatsapp*, y enviar el contenido de las mismas a una cuenta de correo electrónico de la que ella misma era titular, con el objeto de poder analizarlas mejor posteriormente⁶⁴.

Estos casos reales, tan similares al del presente trabajo, refuerzan la determinación de que Clara cometió el delito de descubrimiento de secretos tipificado en el art. 197.1 CP, puesto que concurren todos los elementos del tipo penal.

En lo que respecta a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, conviene analizar aquí la posible aplicación de la agravante de abuso de confianza del art. 22. 6º CP y/o de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP.

En cuanto a la primera, el art. 22. 6º CP agrava la pena de quien, en su actuación criminal, haya obrado con abuso de confianza. Según el TS, la aplicación de esta agravante requiere de dos elementos: la existencia de una especial relación entre autor y víctima del delito que origina un específico deber de lealtad entre ambos, y un aprovechamiento de esa relación que facilita la comisión del delito, con la consiguiente infracción del deber de lealtad o fidelidad⁶⁵. Ahora bien, la jurisprudencia impone una interpretación restrictiva de esta agravante, señalando que la confianza y lealtad de las que supuestamente se abusa han de estar probadas: no se da por hecho la existencia de una situación de confianza solo porque haya una relación entre autor y víctima (es decir, no se constituye por un elemento objetivo), sino que la apreciación de la agravante se reserva para los casos en los que, además de relación o vínculo entre las partes, hay *“una firme esperanza entre ambas de una lealtad, fidelidad y tranquilidad que fortalezca esa relación personal”*⁶⁶.

En el caso que nos ocupa, existe un vínculo matrimonial entre Jorge y Clara, de manera que el elemento objetivo se da por cumplido. En cambio, en cuanto a la existencia de esa especial lealtad, y a la confianza de Jorge en que su mujer no revisaría su teléfono, considero que no puede sostenerse, teniendo en cuenta las características de la relación que unía a ambos en el momento de cometerse los hechos. La pareja vivía en un clima de violencia y desprecio por parte de uno, y de sometimiento por parte de la otra, situación que se venía arrastrando desde hacía años, de manera que, de esa relación, en la que se producían graves y frecuentes enfrentamientos, no cabría esperar una especial fidelidad en lo que se refiere a la conducta de acceder por parte de uno al teléfono móvil del otro. El especial deber de lealtad y confianza al que se refiere la jurisprudencia estaría, en el caso de esta relación, roto desde hace años. Por ese motivo, considero que no se debe aplicar aquí la agravante de abuso de confianza.

En lo que respecta a la agravante de parentesco del art. 23 CP, ya analizada en el apartado anterior, conviene señalar que esta sería incompatible con la eventual aplicación del abuso de confianza, en tanto que ambas agravantes incluyen el mismo fundamento -sin perjuicio de que el art. 22. 6º exija adicionalmente el otro requisito explicado-, consistente en la existencia de una *“relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco (...)*

⁶³ SAP de A Coruña, de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:APC:2019:1477).

⁶⁴ Asimismo, se ha apreciado interceptación y apoderamiento de conversaciones en el caso de una mujer que, utilizando a su hija menor, obtuvo clandestinamente, accediendo a su ordenador, copias de conversaciones del servicio de mensajería *Messenger* que había mantenido su expareja con otra mujer, y las transfirió a un pendrive (STSJ de Islas Canarias, de 24 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TSJICAN:2020:2323).

⁶⁵ STS de 18 de junio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4247), entre otras.

⁶⁶ STS de 19 de junio de 2008, FJ 7º (ECLI:ES:TS:2008:3563).

y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando solo ese dato y no exigiéndose cariño o afecto”⁶⁷.

Precisamente, por poseer un contenido de carácter más objetivo, y no exigir que la relación entre los sujetos implique expectativas de afecto o lealtad, considero que esta agravante sí puede aplicarse al supuesto concreto sin mayor controversia. Clara y Jorge mantenían objetivamente una relación matrimonial, y, por tanto, la conducta de Clara merecería un mayor reproche en tanto que supone un desprecio a la misma. Muchas sentencias aplican esta agravante, con la justificación expuesta, a delitos de descubrimiento de secretos cometidos en el seno de la pareja⁶⁸.

Por todo ello, al delito de descubrimiento de secretos del art. 197.1º CP cometido por clara el día 26 de septiembre de 2021, procedería aplicar la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP en su modalidad de agravante.

IV.1.4. Determinación de las penas.

Una vez calificados penalmente todos los hechos delictivos cometidos por los sujetos del caso, corresponde ahora la determinación de las penas que se han imponer a cada uno de ellos. En primer lugar, se realiza el cálculo de los límites mínimo y máximo -en atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, al grado de ejecución y al grado de participación⁶⁹- para proceder posteriormente a la exacta concreción de la pena dentro de esos límites. Esto último implica “*un ejercicio de discrecionalidad del juzgador, sin sujeción a una regla normativa, sino a las circunstancias del hecho y del culpable*”⁷⁰.

- Por el delito de lesiones psíquicas agravadas del art. 148.4 CP, cometido por Jorge.

La pena prevista en el art. 148 CP (aunque potestativamente, “*atendiendo al resultado causado o riesgo producido*”) para este tipo penal es la de prisión de dos a cinco años. Teniendo en cuenta el resultado causado (trastorno depresivo severo) y el riesgo que implica en la salud y estabilidad mental de la víctima, considero adecuado hacer uso de la agravación potestativa.

Y, atendiendo a la persistencia en su conducta a lo largo de los años y a la especial maquinación e intencionalidad lesiva de su actuación, considero que, dentro del límite señalado, procede imponer a Jorge la pena en su máxima extensión: cinco años de prisión.

- Por el delito de asesinato en grado de tentativa del art. 139.1. 1º CP, cometido por Jorge.

La pena prevista para el tipo penal en el art. 139 CP es la de prisión de quince a veinticinco años.

⁶⁷ SAP de Barcelona de 12 de marzo de 2007, FJ 6º (ECLI:ES:APB:2007:14579), STS de 6 de febrero de 2004, FJ 2º (ECLI:ES:TS:2004:697), entre otras.

⁶⁸ Por ejemplo, el TSJ de Galicia (en Sentencia de 13 de octubre de 2020, ECLI:ES:TSJGAL:2020:4517) confirmó la correcta aplicación de la misma a un guardia civil que había accedido, a través de las bases de datos de su trabajo, a datos personales de su expareja. En otro ejemplo, la AP de Madrid (en Sentencia de 30 de junio de 2009, ECLI:ES:APM:2009:8681) la aplicó a un hombre que, utilizando su clave de acceso al ordenador, examinó los mensajes y llamadas del teléfono móvil de su mujer e instaló un aparato grabador, con el fin de acceder a las conversaciones que ella pudiese mantener.

⁶⁹ En este supuesto, el grado de participación no implica ningún cambio en las penas, pues, en todos los delitos, los sujetos participan como autores.

⁷⁰ STS de 14 de abril de 2020, FJ 18º (ECLI:ES:APB:2020:1507).

Al tratarse de un delito en grado de tentativa (acabada), el art. 62 CP obliga a imponer la pena inferior en uno o dos grados “*en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado*”. Teniendo en cuenta la peligrosidad que el intento ha tenido para la vida de la mujer, y a la calificación de la tentativa como acabada, considero pertinente bajar la pena en solo un grado: la pena inferior en grado es la de prisión de siete años y seis meses a quince años menos un día.

Además, concurren dos circunstancias agravantes (mixta de parentesco del art. 23 CP y discriminación por razón de género del art. 22. 4º CP) y una eximente incompleta (art. 21. 1º CP en relación con la intoxicación por bebidas alcohólicas del art. 20. 2º CP).

Por concurrir una eximente incompleta, el art. 68 CP ordena (sin perjuicio de la aplicación del art. 66 CP) la imposición de la pena inferior en uno o dos grados. Considero adecuada la aplicación de la pena inferior en un grado, que sería la de prisión de tres años y nueve meses a siete años y seis meses menos un día.

Por la concurrencia de las dos agravantes corresponde, según el art. 66.1. 3º CP, la imposición de la pena en su mitad superior: es decir, prisión de cinco años, siete meses y quince días a siete años y seis meses menos un día.

Dentro del límite señalado, bajo mi discrecionalidad y en atención a todas las circunstancias del caso, impongo por este delito la pena de siete años de prisión.

- Por el delito de maltrato habitual del art. 173.2 CP, cometido por Jorge.

Se establece en el art. 173.2 la pena de prisión de seis meses a tres años y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años.

Como se ha indicado en el apartado correspondiente, corresponde imponer la pena en su mitad superior por haber cometido el maltrato en presencia de los hijos menores y en el domicilio común. Por tanto, la pena de prisión de un año y nueve meses a tres años, y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de cuatro a cinco años.

Por las mismas causas expresadas respecto a las lesiones psíquicas, impongo la pena en su máxima extensión: tres años de prisión y cinco años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

- Por el delito de descubrimiento de secretos del art. 197.1 CP, cometido por Clara.

En primer lugar, cabe recordar que del relato de los hechos no se deriva que la comisión de este delito haya sido denunciada ni exista ninguna causa penal abierta al respecto. Por tanto, estas penas son las que correspondería imponer si Clara llegase a ser juzgada por el descubrimiento de secretos.

Para este delito se prevé en el art. 197.1 CP una pena de prisión de uno a cuatro años y una pena de multa de doce a veinticuatro meses.

Concorre una circunstancia agravante (mixta de parentesco del art. 23 CP), de manera que, según el art. 66.1. 3º CP, corresponde imponer la pena en su mitad superior: prisión de dos años y seis meses a cuatro años, y multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Habiendo actuado de manera puntual y (aparentemente) sin la intención de causar un daño, sino más bien de hallar algo que le ayudase a exteriorizar su situación de víctima y huir de ella, considero que la pena que le corresponde a la mujer reviste tal gravedad que es suficiente reproche imponerla en su extensión mínima: pena de prisión de dos años y seis meses y multa de dieciocho meses.

Recapitulando, Jorge ha cometido tres delitos, que, de acuerdo con el art. 17.3 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷¹ (en adelante, LECrim), serán enjuiciados en una misma causa penal.

Nos encontramos ante un concurso real de delitos, en el que varias acciones del sujeto activo han dado lugar a varios tipos delictivos. Recuérdese la cláusula concursal que, en este sentido, establecía el art. 173.2 CP al final de su primer párrafo, y que se reitera y refuerza posteriormente en el art. 177 CP⁷².

El art. 73 CP establece, para el concurso real, la acumulación de todas las penas: sumando la pena de cada delito cometido, a Jorge se le impondría la pena de prisión de quince años, y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de cinco años. La pena resultante no supera los límites previstos en el art. 76.1 CP, así que no procede limitarla.

En cuanto a Clara, la mujer ha cometido un solo delito, de manera que la pena final que le corresponde es la ya señalada prisión de dos años y seis meses y multa de dieciocho meses.

Para concluir este apartado, resta hacer referencia a las penas accesorias.

En virtud del art. 55 CP, a Jorge le corresponderá -por ser su pena de prisión superior a diez años- la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y, además, considero que procedería imponerle la privación de la patria potestad, al guardar ese derecho relación con los delitos cometidos (cometió actos violentos en el domicilio familiar, contra la madre de sus hijos y, en ocasiones, en presencia de ellos).

Por su parte, el art. 57 CP (contemplado para un *numerus clausus* de delitos, entre los que se encuentran el homicidio y las lesiones), en un caso de violencia de género como el presente, obliga en su apartado 2 a aplicar la prohibición del art. 48.2 CP -prohibición de aproximación-, y permite la imposición de las otras prohibiciones del art. 48 CP. Impondría, por tanto, la prohibición de aproximación a la víctima a menos de 500 metros durante diez años y, además, la prohibición de comunicarse con la víctima por cualquier medio, también por diez años.

Finalmente, a Clara -con pena de prisión inferior a diez años- habría que imponerle necesariamente alguna de las penas del art. 56 CP. Optaría por la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

IV.2. SEGUNDA CUESTIÓN

Analice si el despido de Clara en febrero⁷³ de 2017 reunió los requisitos de un despido procedente. De no ser así, ¿cómo podría haber sido calificado por un juez? ¿Tendría Clara derecho a indemnización por despido?

⁷¹ 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)

⁷² “Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley”.

⁷³ La referencia al mes de febrero se trata de una errata en la pregunta, pues el supuesto de hecho deja claro que el despido tuvo lugar en el mes de junio de 2017. Por ende, resuelvo la cuestión haciendo referencia al mes de junio.

IV.2.1. Normativa aplicable al caso concreto.

Conviene comenzar esta cuestión haciendo referencia a la normativa que resulta aplicable a la relación laboral objeto de análisis.

De acuerdo con lo previsto al respecto en nuestra CE, el marco de regulación del trabajo asalariado se basa fundamentalmente en dos pilares: la intervención normativa del Estado (art. 35 CE, que en su apartado segundo dispone que “*la ley regulará un estatuto de los trabajadores*”), y la negociación colectiva laboral (art. 37 CE). Ulteriormente, dentro de esos ámbitos, se desarrolla la negociación laboral individual (los contratos de trabajo)⁷⁴.

El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁷⁵ (en adelante, ET) es la norma clave y esencial del sistema laboral español. Tiene carácter general, pues se aplica (con alguna excepción) “*a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*” (art. 1.1 ET). En su art. 3, el ET recoge las ya mencionadas fuentes de la relación laboral⁷⁶.

El despido disciplinario lo regula el ET en sus arts. 54 y ss., estableciendo en el art. 54.1 que “*el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador*”. Seguidamente, en el segundo apartado, enumera los supuestos que se consideran incumplimientos contractuales (algunos de los cuales se expondrán en los apartados siguientes).

El segundo gran instrumento de regulación de la relación laboral es el convenio colectivo aplicable. Los convenios se aplican a una actividad en concreto y regulan la relación laboral de manera más específica. En virtud del principio de jerarquía normativa, no pueden ser contrarios al ET y demás leyes⁷⁷, pero, dentro del respeto a ese principio, en caso de conflicto se aplicará lo más favorable al trabajador (art. 3.3 ET).

Según dice el propio supuesto de hecho, a la relación laboral de Clara y su empresa era aplicable el convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de las entidades de seguros vigente en aquel momento (es decir, a 15 de junio de 2017). Por tanto, la Resolución de 18 de mayo de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social⁷⁸ (en lo sucesivo, el Convenio).

Obviamente, también resultaría de aplicación lo dispuesto en el contrato laboral entre Clara y la empresa, pero, al no revelar el supuesto de hecho nada relativo a su contenido,

⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. y VILA TIerno, F. *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Comares, 2021, p. 95.

⁷⁵ ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>

⁷⁶ Dice el precepto, en su apartado primero: “*Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado. b) Por los convenios colectivos. c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados. d) Por los usos y costumbres locales y profesionales*”.

⁷⁷ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. y VILA TIerno, F. *Manual de Derecho...*, *ob. cit.*, p. 204.

⁷⁸ ELI: <https://www.boe.es/eli/es/res/2017/05/18/4>

se entiende que el contrato no contenía ninguna especialidad relativa a las causas de despido que alega la empresa ni, en general, a un eventual despido disciplinario.

Por tanto, el análisis de la procedencia o no del despido en el caso concreto se sustentará en lo establecido al respecto en el ET y en el Convenio (atendiendo también, obviamente, a la jurisprudencia que pueda ser aplicable).

IV.2.2. Las ausencias o faltas de puntualidad. Referencia a las especialidades en materia de violencia de género.

El primero de los incumplimientos contractuales a que se refiere el mencionado art. 54.1 ET (letra a) son “*las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo*”, siendo también el primer motivo que esgrime la empresa en su carta de despido para justificar la extinción de la relación laboral con Clara.

Como se aprecia, el ET no señala cuántas faltas han de producirse para que proceda efectuar un despido disciplinario. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que debe acudirse en cada caso a lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable, y, en defecto de este, exige un mínimo de tres faltas de asistencia⁷⁹.

En el caso concreto, el Convenio sí establece, y de manera muy detallada, cuántas faltas y de qué tipo deben concurrir para despedir a un trabajador, definiendo además qué se entiende por falta de asistencia y por falta de puntualidad.

Según el art. 65 del Convenio, cuando no exista horario flexible -se entiende que aquí no existe, puesto que nada dice el supuesto de hecho- se considerará falta de puntualidad “*el retraso injustificado en la hora de entrada superior a los 10 minutos*”. Por tanto, según se desprende de los hechos, Clara cometió tres faltas de puntualidad injustificadas a la empresa, los días 3, 5 y 8 de junio de 2017, al haberse retrasado una hora en la entrada a su puesto de trabajo.

En lo que respecta a las conductas de Clara de los días 18, 25 y 27 de mayo de 2017, consistentes en ausentarse por un intervalo de tiempo (aproximadamente 2 horas) del puesto de trabajo durante la jornada laboral, estas no encajan en la definición que da el Convenio de falta de puntualidad, pero tampoco en la de falta de asistencia⁸⁰. En cambio, se subsumen más en el abandono injustificado del puesto de trabajo previsto en el art. 64.1.b) del Convenio, que se prevé también en otros convenios colectivos⁸¹. Clara incurrió, entonces, en tres abandonos del puesto de trabajo, sin haber justificado su causa, los días 18, 25 y 27 de mayo.

Una vez identificados los tipos de faltas en que incurrió Clara, procede ahora comprobar si, de acuerdo con el Convenio, estas revisten gravedad suficiente para justificar un despido, en atención al art. 64 del Convenio, que se dedica a la graduación de las faltas.

⁷⁹ Entre otras, STSJ de Extremadura de 14 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TSJEXT:2019:289).

⁸⁰ El art. 64.1.d) del Convenio dispone que a los efectos de graduación de las faltas se considerará falta de asistencia (obviamente, además de la ausencia total al puesto) “*la incorporación al trabajo después de transcurrido desde su inicio un 40 % de la jornada diaria de que se trate*”. Considero que la conducta del caso, consistente en ausentarse un intervalo de tiempo en medio de la jornada, no encaja en esta definición, y más teniendo en cuenta que no se conoce la duración de la jornada diaria de Clara y, por tanto, no puede saberse si ha transcurrido el porcentaje de tiempo indicado.

⁸¹ Por ejemplo, la STSJ de Murcia de 9 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TSJMU:2019:2135) asimila el hecho de dormirse un trabajador durante el tiempo de trabajo al abandono del puesto, previsto en el Convenio Colectivo de Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera (convenio aplicable en ese supuesto).

El art. 64.1.a) del Convenio califica como falta leve el cometer “*de tres a cinco faltas de puntualidad injustificadas en el periodo de un mes*”. Por tanto, las conductas de los días 3, 5 y 8 de junio de 2017 constituyen conjuntamente una sola falta leve.

Por su parte, el apartado b) del mismo precepto otorga la consideración de falta leve al “*abandono del puesto de trabajo sin causa justificada, aun cuando sea por un breve periodo de tiempo, siempre que el mismo no origine un perjuicio grave para la empresa*”. Al no decirse lo contrario, los abandonos en que ha incurrido Clara no han originado un perjuicio grave para la empresa. Por tanto, las conductas de los días 18, 25 y 27 de mayo de 2017 constituyen tres faltas leves de la misma naturaleza.

Se producen, por tanto, cuatro faltas leves. Como es lógico, el Convenio sanciona la reiteración, calificando como falta grave (art. 64.2.o) “*la reincidencia en la comisión de dos o más faltas leves de la misma naturaleza, o tres o más de distinta naturaleza, siempre que tengan lugar dentro de un periodo de dos meses a contar desde la comisión de la primera y hubiera mediado advertencia escrita o sanción sobre las mismas*”. Se cumple la reincidencia que exige el precepto (hay dos o más faltas leves de la misma naturaleza: abandono injustificado del puesto de trabajo), así como su ubicación en un periodo inferior a dos meses. En cambio, no parece que hubiese mediado advertencia ni sanción a Clara por parte de la empresa a causa de sus ausencias y retrasos, de modo que no sería posible aplicar el art. 64.2.o) del Convenio, que le atribuye una falta grave.

Pero, aún si hubiese mediado esa advertencia o sanción y se pudiese imputar a Clara una falta grave, las sanciones máximas que cabría imponerle, a tenor del art. 68 del Convenio, serían la amonestación por escrito y la suspensión de empleo y sueldo de 3 a 15 días.

El despido disciplinario se reserva, según el mismo precepto, para los casos de faltas muy graves, que no concurren aquí. Por tanto, con independencia de que quepa duda acerca de si puede atribuírsele a Clara una falta grave o no, en función de si ha mediado o no advertencia, aquella seguiría sin tener entidad suficiente para justificar el despido.

Aparte de lo expuesto, y una vez descartada la procedencia del despido disciplinario de Clara por esta causa, conviene hacer referencia a las especialidades que se derivan en este ámbito del hecho de que la mujer sea víctima de violencia de género.

Como se adelantaba en la introducción del trabajo, la promulgación de la LOPIVG tuvo su impacto en muchas normas españolas, lo cual incluye la normativa laboral. En esta última ha venido a introducir especialidades con el fin de adaptar la situación laboral de la mujer a su especial situación, así como paliar, en la medida de lo posible, los efectos perjudiciales que tal condición pueda tener en el mantenimiento de su trabajo. Todo ello teniendo en cuenta que, en muchos casos, el empleo es el único medio de autonomía personal y valoración social para la mujer en situación de violencia de género⁸².

Entre otras importantes medidas⁸³, el art. 21.4 LOPIVG establece que “*las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los*

⁸² GÓMEZ GARCÍA, F.X. “¿Despido procedente de víctima de violencia de género o vulneración de su derecho a la indemnidad?”. *Revista Jurídica de la Universidad de León*. 2018, núm. 5, p. 138.

⁸³ Por ejemplo, el reconocimiento del derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo (art. 21.1 LOPIVG, arts. 37.8, 40.4, 45.1.n) y 49.1.m) ET y art. 90.1, 2 y 3 del Convenio); así como la nulidad del despido de la mujer víctima de violencia de género que tenga como causa el ejercicio de tales derechos (art. 55.5.b ET).

servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad". El contenido de este precepto es reproducido por el art. 90.4 del Convenio.

Las faltas y ausencias de Clara estuvieron motivadas por la situación psicológica derivada de la violencia de género (concretamente, actuó engañada por su marido). No obstante, en el momento en que se produjeron y dieron lugar al despido, la condición de víctima no era conocida por la empresa, ni por los servicios sociales ni de salud, de modo que las faltas no fueron comunicadas a la empresa y se consideraron, lógicamente, injustificadas.

La pregunta que se plantea es si esa justificación podría subsanarse *a posteriori*, es decir, en una eventual demanda por despido presentada en plazo por parte de Clara. Apenas existe jurisprudencia al respecto, pero, teniendo en cuenta la finalidad de la norma (impedir que la mujer pierda su empleo a causa de la violencia que sufre) y las especiales características de este tipo de violencia, que a menudo es sufrida en silencio y sin que la víctima sea capaz de admitirla ni denunciarla, sostengo que la respuesta ha de ser positiva. De lo contrario, quedarían desprotegidas todas las ausencias y faltas de puntualidad previas al reconocimiento o denuncia de la situación de maltrato⁸⁴.

Por tanto, considero que, de haber querido hacerlo (si bien ello pasaría por reconocer y exteriorizar su situación), Clara podría haber logrado que sus ausencias e impuntualidades se declarasen justificadas, presentando en plazo la correspondiente demanda por despido en la que acreditase su condición de víctima de violencia de género (por alguno de los medios previstos a tal efecto en el art. 23 LOPIVG) y justificase que sus ausencias se debieron a la situación psicológica que le causaba esa condición, en los términos del art. 90.4 del Convenio.

En todo caso, como se aclaraba antes, el despido disciplinario en este caso no puede sostenerse en las ausencias e impuntualidades de Clara (con independencia de que estas puedan considerarse o no justificadas por su condición de víctima) porque la cantidad de las mismas es insuficiente para despedirla, a tenor del Convenio.

IV.2.3. El descenso del rendimiento en el trabajo. El elemento de comparación.

Otro supuesto de incumplimiento contractual del art 54.1 ET que puede sustentar un despido disciplinario es "*la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal o pactado*" (letra e), que es alegado por la empresa, junto con las ausencias y faltas de puntualidad, para despedir a Clara.

El Convenio no desarrolla esta causa de despido, pero existe una amplia y consolidada jurisprudencia que fija los requisitos que han de darse para que el despido disciplinario pueda ampararse en ella.

En primer lugar, y eso se desprende ya del art. 54.1 ET, el descenso del rendimiento ha de ser grave -es decir, importante o de entidad considerable-, continuado -por tanto, no puntual- y voluntario -entendiéndose tal voluntariedad como imputabilidad⁸⁵, de modo que la bajada del rendimiento no se deba a causas totalmente ajenas y externas al trabajador, como una crisis de la economía o del sector-.

⁸⁴ ROMERO BURILLO, A.M. "Las medidas laborales de protección de la trabajadora víctima de violencia de género". En: ROMERO BURILLO, A.M (Dir. y Coord.) y RODRÍGUEZ ORGAZ, C. (Coord.). *La protección de la víctima de violencia de género*. Navarra: Aranzadi, 2016, p. 232.

⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. y VILA TIerno, F. *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 609.

Y, en segundo lugar, reiterada jurisprudencia⁸⁶ ha establecido que es necesaria la existencia de un elemento de comparación para llegar a la conclusión de que se ha producido un descenso del rendimiento: *“Con independencia de otras circunstancias como la gravedad, voluntariedad y continuidad (...) la consideración del bajo rendimiento como incumplimiento contractual a efectos de justificar la extinción del contrato de trabajo, requiere, ineludiblemente, la existencia de un elemento de comparación para llegar a la conclusión del bajo rendimiento, ya sea atendiendo a un criterio subjetivo tomando como medida el conseguido por el propio trabajador con anterioridad, ya sea atendiendo a un criterio objetivo, remitiéndose al rendimiento marcado por otros trabajadores que realicen la misma actividad”*⁸⁷.

Si el rendimiento exigible no se ha pactado y tampoco existe un elemento de comparación válido que permita acreditar el descenso del rendimiento, esta causa no puede amparar un despido disciplinario. En este sentido, señala la STS de 23 de junio de 2014 que *“no puede aceptarse tal causa del cese (...) al no existir el elemento comparativo que permita hablar de disminución continuada y voluntaria, del rendimiento de trabajo normal o pactado. (...) No hay ninguna base para la apreciación de tal causa de despido pues no hay un sistema objetivo y conocido por los trabajadores de medición del trabajo ordinario exigible, ni un método de valoración del rendimiento individual”*⁸⁸.

Del relato de hechos del supuesto no se desprende la existencia de ningún sistema de medición o valoración del rendimiento de los trabajadores que permita comparar el rendimiento de Clara en el momento del despido con el de sus compañeros, ni con el que ella misma alcanzaba en épocas anteriores. De hecho, el trabajo desempeñado por la despedida se realizaba conjuntamente por un equipo de cinco personas, en el que no se atribuían objetivos concretos a cada uno de sus miembros, de modo que resultaría realmente complicada, si no imposible, la individualización y cuantificación del rendimiento que aportaba esta concreta persona al equipo.

Si no hay medición del rendimiento de ella ni de sus compañeros, no puede acreditarse que el rendimiento de Clara haya descendido de manera grave y continuada. Por tanto, en el caso concreto no podría prosperar el despido disciplinario basado en la causa del art. 54.1.e) ET, puesto que falta absolutamente la acreditación del descenso del rendimiento mediante el elemento comparativo que en todo caso exige la jurisprudencia.

IV.2.4. Requisitos formales de la carta de despido.

En cuanto a la formalización del despido, el art. 55.1 ET establece que este debe ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos, sin perjuicio de que por convenio colectivo puedan fijarse otras exigencias formales. El art. 108 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social⁸⁹ (en adelante, LRJS), en su primer apartado, declara que el incumplimiento de estos requisitos formales determinará la calificación del despido como improcedente.

Efectivamente, el despido fue notificado por escrito a Clara, así que no cabe duda sobre el cumplimiento de este requisito de forma.

⁸⁶ Entre muchas otras, STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:13840).

⁸⁷ STS de 1 de julio de 2020, FJ 3º (ECLI:ES:TS:2020:2783).

⁸⁸ STSJ de Madrid de 23 de junio de 2014, FJ 8º (ECLI:ES:TSJM:2014:8908).

⁸⁹ ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/36/con>

En cuanto a la necesidad de que en esa comunicación escrita figuren los hechos que motivan el despido, la finalidad y alcance del mismo han quedado aclarados desde hace décadas por una firme doctrina jurisprudencial. Esta viene a decir que la carta de despido ha de “*proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba (...) y esa finalidad no se cumple cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa*”⁹⁰. Sin perjuicio de que haya otras circunstancias concretas que valorar en cada caso, el principal criterio de suficiencia radica en que el contenido de la carta permita objetivamente al trabajador/a elaborar su defensa judicial frente al despido⁹¹.

Según los hechos, en la comunicación por la que se le notificó a Clara su despido sí se indicaban los días y horas en los que se había retrasado o ausentado en su puesto de trabajo, de manera que, en relación con esta causa, sí se cumpliría el requisito de suficiencia (se especifica de manera clara el detalle de las ausencias e impuntualidades, de modo que Clara podría defenderse justificándolas o negándolas si fuese el caso).

Cuestión distinta es lo que la carta establece sobre el descenso del rendimiento en el trabajo. Al respecto, la comunicación se limitaba a decir que el rendimiento de la mujer había sido inferior al esperado y que ello había repercutido en las ventas. No especifica qué rendimiento era el esperado, qué concretas actitudes o comportamientos de Clara han llevado a la empresa a tomar esa decisión, a partir de qué fechas se produjo ese supuesto descenso del rendimiento, en qué manera y cuantía repercutió en las ventas, etc. Es decir, la carta no proporciona en absoluto una descripción clara y concisa de los hechos que motivan el despido, sino que se trata de una imputación genérica e indeterminada, que, como señalan las sentencias citadas, perturba sus posibilidades de defensa. Por tanto, la insuficiencia de la carta de despido en este sentido determinaría la calificación del mismo como improcedente, al menos en lo relativo a la causa de despido a la que afecta.

Por último, se exige que con el despido se comunique al trabajador la fecha en la que tendrá efectos. Los hechos no dicen nada al respecto, de manera que entiendo que tal fecha no se incluía, y que Clara simplemente se dio por despedida desde la fecha de notificación. Igual que ocurre con los demás requisitos formales del art. 55.1 ET, la omisión de esa fecha de efectos tiene como consecuencia la calificación del despido como improcedente⁹², en tanto que sitúa al trabajador en indefensión por tratarse del *dies a quo* para la presentación de la eventual demanda por despido (art. 103.1 LRJS).

IV.2.5. La calificación del despido y sus consecuencias.

En coherencia con todo lo expuesto, al despido de Clara le habría correspondido la calificación de improcedente.

La posibilidad de impugnar el despido se recoge en el art. 103.1 LRJS, que contempla la presentación de la demanda en el plazo de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido (es decir, a la fecha de sus efectos). Obviamente, Clara estaría en la actualidad (año 2022) totalmente fuera de plazo para ello, puesto que estamos refiriéndonos a una situación producida en junio del año 2017, de manera que todo lo

⁹⁰ STS de 3 de octubre de 1988, FJ Único (ECLI:ES:TS:1988:6732).

⁹¹ Así, entre otras posteriores, STS de 22 de febrero de 1993 (ECLI: ES:TS:1993:12879).

⁹² STS de 23 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1808).

expuesto acerca de la calificación del despido se refiere al supuesto de que la mujer hubiese demandado a la empresa en el plazo y forma previstos legalmente.

El juez que resuelve una demanda por despido puede calificarlo como procedente, improcedente o nulo (art. 55.3 ET y art. 108.1 LRJS).

Para que se calificase el despido de Clara como procedente (arts. 55.1 ET y 108.1 LRJS), debería quedar acreditado por la empresa el incumplimiento alegado inicialmente, en los términos que se han expuesto en los apartados anteriores -y, obviamente, tratarse de un incumplimiento que llevase aparejado como sanción el despido disciplinario-. Y, además, la carta de despido debería cumplir los requisitos formales del art. 55.1 ET. Esta calificación ha quedado descartada por numerosos motivos: las ausencias de Clara no revisten gravedad suficiente para dar lugar a un despido (además de que podrían considerarse justificadas por venir motivadas por la situación psicológica derivada de la violencia de género); la empresa no tiene manera de acreditar el supuesto descenso del rendimiento en el trabajo en los términos que exige la jurisprudencia; y la carta de despido adolece de defectos formales (insuficiente explicación de los hechos que motivan el despido y ausencia de la fecha de efectos).

La nulidad se descarta también en el caso que nos ocupa, ya que se reserva a los despidos que tengan un motivo discriminatorio o vulneren derechos fundamentales, además de algunos supuestos concretos mencionados en los arts. 55.5 ET y 108.2 ET. Entre estos últimos se encuentra el despido de víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos que, por su especial condición, les reconoce la ley. Clara no estaba ejerciendo ningún derecho laboral como víctima de violencia de género, e incluso su situación era desconocida para la empresa, de manera que el despido no pudo haberse debido a una discriminación por tal condición, ni consta que se debiese a ninguna otra.

El despido improcedente se declara cuando no quedan acreditados los incumplimientos inicialmente comunicados por la empresa -o estos no revisten gravedad suficiente- y cuando fallan los requisitos formales obligatorios en la carta de despido (art. 55.4 ET). Aquí concurren ambos motivos, de modo que, si Clara hubiese presentado una demanda por despido, este debería haberse calificado, sin duda, como improcedente.

La primera consecuencia que de ello se derivaría para la trabajadora es la posibilidad de que el juez autorizase a la empresa para imponerle las sanciones correspondientes por las faltas que no tuvieron gravedad suficiente para sostener el despido, siempre que no hubiesen prescrito, pues así lo prevé el art. 108.1 LRJS en su tercer inciso.

Y, en segundo lugar (y en base a los arts. 56.1 y 2 ET y 110.1 LRJS) la empresa sería condenada a elegir entre readmitir Clara en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que ostentaba anteriormente (en cuyo caso tendría que abonarle los salarios que dejó de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia); o bien indemnizarla en la cuantía equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año -el año 2010, ya que comenzó a trabajar en septiembre, y el año 2017, pues fue despedida en junio-. Para la indemnización se prevé un límite máximo de veinticuatro mensualidades de salario.

IV.3. TERCERA CUESTIÓN

¿Qué órgano judicial ostenta la jurisdicción y la competencia para conocer del proceso penal? ¿Y de la demanda de divorcio? ¿Podría la foto que sacó Clara con su teléfono móvil al *Whatsapp* de Jorge admitirse como prueba en un proceso? En caso afirmativo, ¿cómo se debería aportar tal medio de prueba?

IV.3.1. Jurisdicción y competencia: los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

En lo que respecta a la jurisdicción, el art. 23.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁹³ (en adelante, LOPJ) establece que “*En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español*”. Habiéndose producido todos los hechos del supuesto en territorio español, concretamente en la ciudad de A Coruña, no cabe duda de que el conocimiento del proceso penal corresponderá a la jurisdicción española.

En cuanto al proceso civil de divorcio, el conocimiento del mismo corresponderá también, como es lógico, a la jurisdicción española. Así se extrae del foro especial referido a los procesos de divorcio del art. 22 quáter c) LOPJ⁹⁴, por ser ambos cónyuges residentes habituales en territorio español al tiempo de interposición de la demanda; y, en todo caso, y como foro general, del art. 22 ter 1 LOPJ⁹⁵, por tener el marido su domicilio en España.

En cuanto a la competencia, tanto en el proceso penal por los delitos cometidos por Jorge como en el proceso civil de divorcio existen especialidades por tratarse de un caso de violencia de género.

La ya conocida LOPIVG de 2004, en su propósito de erradicar la violencia de género, creó los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (en adelante, JVM). Se trata de órganos unipersonales, que actúan como juzgados de primera instancia e instrucción especializados en las materias de violencia de género y en los procedimientos civiles relacionados con ella. Pertenecen al orden jurisdiccional civil cuando conocen procesos civiles, y al orden penal cuando las materias que conocen son penales: por ello, se les denomina juzgados mixtos. Además, son juzgados ordinarios, en el sentido de que no pertenecen a ningún orden jurisdiccional nuevo ni especial⁹⁶.

En lo que respecta al proceso penal contra Jorge, la competencia objetiva de los JVM viene atribuida por el art. 87 ter 1.a) LOPJ, que establece que “*Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal (...) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones (...) siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*”. La competencia territorial es de A Coruña, por ser el lugar del domicilio de la víctima, de acuerdo con el art. 15 bis LECrim.

Por tanto, la instrucción de la causa penal contra Jorge corresponderá al JVM de A Coruña, mientras que la competencia para su enjuiciamiento y fallo viene atribuida a la Audiencia Provincial de A Coruña (art. 14.4 LECrim), por ser superior a cinco años la pena privativa de libertad correspondiente a los delitos que se le imputan

⁹³ ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>

⁹⁴ “*En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda*”.

⁹⁵ “*En materias distintas a las contempladas en los artículos 22, 22 sexies y 22 septies y si no mediare sumisión a los Tribunales españoles de conformidad con el artículo 22 bis, éstos resultarán competentes cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando así venga determinado por cualquiera de los foros establecidos en los artículos 22 quáter y 22 quinquies*”.

⁹⁶ BILBAO BERSET, J. *La vis atractiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*. Barcelona: Atelier, 2014, p. 25.

Por su parte, por el delito de revelación de secretos cometido por Clara, tendrá competencia para la instrucción el Juzgado de Instrucción de A Coruña (art. 14.2 LECrim) y para el enjuiciamiento y fallo el Juzgado de lo Penal de A Coruña (art. 14.3 LECrim).

El conocimiento del proceso civil de divorcio corresponde, de manera exclusiva y excluyente, a los JVM (como juzgados de primera instancia) en virtud del art. 87 ter 3 LOPJ, por cumplirse, de manera cumulativa, los cuatro requisitos que enuncia el precepto: se trata de un proceso civil que tiene por objeto un divorcio (materia prevista en el apartado 2 del artículo); una de las partes del proceso es víctima de los actos de violencia de género que enumera el apartado 1.a) del precepto; otra de las partes es imputada como autor de esos actos de violencia de género; y, por último, se han iniciado ante el JVM actuaciones penales por delito a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer.

Cabe hacer una breve referencia a qué ocurriría en caso de que Clara hubiese interpuesto su demanda de divorcio con carácter previo al inicio de las actuaciones penales contra Jorge. En tal caso, entraría en juego lo que se conoce como la vis atractiva de los JVM⁹⁷. Esta se regula en el art. 49 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁹⁸ (en adelante, LEC), y consiste básicamente en que, en el momento en que se iniciasen ante el JVM las actuaciones penales por los actos de violencia de género de Jorge sobre Clara, el juez de primera instancia que estuviese conociendo del proceso civil de divorcio entre ambos, tras verificar la concurrencia de los requisitos del art. 87 ter 3 LOPJ, debería inhibirse en favor del JVM competente.

En este caso, la demanda de divorcio de Clara es posterior al inicio de las acciones penales contra Jorge ante el JVM, de manera que la acción civil de divorcio deberá interponerse, desde el primer momento, ante ese órgano judicial: el JVM de A Coruña. Ambos procesos, pertenecientes a órdenes jurisdiccionales distintos, se van a tramitar en el mismo juzgado, pero de manera independiente.

IV.3.2. Admisibilidad y efectos de la conversación ajena de *Whatsapp* como prueba en un proceso.

Lo primero que se ha de analizar en este sentido, en relación con la fotografía que tiene Clara de la conversación de Jorge con su amigo, es el hecho de que la haya obtenido mediante la comisión de un delito que vulnera el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (derechos fundamentales recogidos en el Título I, art. 18, de la CE).

El TC, ante la falta de disposiciones legales que regulasen la prohibición o inadmisión de pruebas ilícitamente obtenidas, introdujo en 1984⁹⁹ en el sistema español la prohibición de utilizar pruebas con cuya obtención se hubiesen vulnerado derechos fundamentales, entendiendo que la admisión de una prueba así obtenida suponía una ignorancia de las garantías procesales del art. 24.2 CE y una desigualdad procesal de las partes (contraria al art. 14 CE)¹⁰⁰. Esta doctrina del Alto Tribunal fue plasmada por el legislador en el art. 11.1 LOPJ, que dice: “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

⁹⁷ *Ibid*, p. 42.

⁹⁸ ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>

⁹⁹ En la conocida STC de 29 de noviembre de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:114), relativa a la utilización como prueba en un proceso laboral de la grabación de una conversación telefónica sin autorización. El TC toma como referencia la doctrina de la Corte Suprema de EEUU sobre la *exclusionary rule*.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ MONTES, J.L. “La prueba ilícita”. *Persona y Derecho*. 2006, núm. 5, p. 368.

Es lo que se conoce como la regla de exclusión de la prueba ilícita, que implica un conflicto entre, por una parte, el *ius puniendi* del Estado y el interés colectivo en descubrir la verdad, y, por otra, la tutela efectiva de los derechos fundamentales del procesado¹⁰¹.

La rigidez de la regla del art. 11.1 LOPJ -consistente en que, si con la obtención de la prueba se vulneraba un derecho fundamental, esta no sería admisible en el proceso, así como tampoco lo serían las pruebas “contaminadas” por derivarse de aquélla- comenzó a relativizarse ya en los años noventa, introduciendo excepciones a la misma¹⁰².

La matización más relevante a la regla de exclusión vino dada por la STS 116/2017¹⁰³, conocida popularmente como “caso Falciani”. Entre otros pronunciamientos, y a modo de resumen para lo que aquí interesa, la conclusión a la que llega el TS, posteriormente avalada por el TC¹⁰⁴, es que “*la regla del art. 11.1 LOPJ solo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito*”¹⁰⁵. Es decir, que la prohibición tiene como finalidad el disuadir a las fuerzas del Estado en la obtención de pruebas vulnerando derechos fundamentales, puesto que nunca podrían valerse de tales pruebas en un proceso. La mencionada STC que confirma el pronunciamiento del TS aclara que, cuando la intromisión en el derecho a la intimidad no tiene ninguna conexión instrumental con actuaciones investigadoras llevadas a cabo por las autoridades, la tutela de la intimidad quedaría colmada con el procedimiento en el que se sancione esa intromisión. Por tanto, el art. 11.1 LOPJ no operaría de manera absoluta.

Aun así, en su FJ 7º, la STS del caso Falciani aclara que con su razonamiento no impone, ni mucho menos, una regla de validez general de la prueba ilícita obtenida por el particular no vinculado a la actividad investigadora, sino que lo que se impone es la necesidad de ponderar los intereses de cada caso concreto para decidir acerca de la aceptación o no de la prueba. La vulneración de la intimidad por un particular no provoca, por vía del art. 11.1 LOPJ, de manera automática u obligada, la ilicitud e inadmisibilidad de la prueba. Asimismo, la Sentencia añade que el tratamiento a recibir será diferente según el alcance y la intensidad de la afectación al núcleo duro de la intimidad, comparando diferentes supuestos que no pueden recibir un mismo tratamiento (dice el FJ 7º, por ejemplo: “*tampoco pueden asimilarse en el plano valorativo los contenidos de un DVD en el que se reflejan actos de explícito contenido sexual y los datos referidos, pongamos por caso, a la información contable de una empresa*”).

Teniendo en cuenta que Clara actuó como particular no vinculada en modo alguno al ejercicio del *ius puniendi*, y que ni siquiera consta que su actuación consistente en interceptar conversaciones de su marido estuviese orientada a la obtención probatoria para un eventual proceso, parece claro que la prueba a la que nos referimos no está afectada de manera radical por la prohibición del art. 11.1 LOPJ, sino que habrá de evaluarse el grado de afectación a la intimidad y ponderar los intereses en juego.

¹⁰¹ GINER ALEGRÍA, C.A. “Prueba prohibida y prueba ilícita”. *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*. 2008, núm. 26, p. 588.

¹⁰² Por ejemplo, la STC de 6 de junio de 1995 (ECLI:ES:TC:1995:86) declaró que la confesión voluntaria del procesado rompería la relación entre la prueba ilícita y las derivadas de esta, que sí serían admisibles.

¹⁰³ STS de 23 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:471). Hervé Falciani, extrabajador del banco suizo HSBC, y con la finalidad de venderlos para lucrarse, se apoderó (abusando de las facultades que le confería su posición laboral) de una lista de datos de clientes de la entidad financiera que resultaban ser evasores fiscales en diferentes países (la “lista Falciani”).

¹⁰⁴ STC de 16 de julio de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:97).

¹⁰⁵ ALDAY LÓPEZ-CABELLO, F. *La exclusión de la prueba ilícita en España y México*. Barcelona: Atelier, 2020, p. 153.

En cuanto a lo primero, considero que la información que contiene la prueba no pertenece estrictamente al núcleo duro de la intimidad, al menos en el sentido en que lo entiende el art. 197.5 CP (que agrava los hechos cuando “*afecten a datos personales que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual*”). La intromisión simplemente saca a relucir la existencia de un sentimiento hostil de su marido para con ella, además de una intención, o al menos una idea en él, de sustraer a los hijos que tienen en común. Siguiendo lo dispuesto por el TS en el caso Falciani, opino que no puede compararse esta información con, por ejemplo, imágenes o vídeos de contenido sexual, o datos que revelen intimidades sobre la salud del hombre. En este sentido, bajo mi criterio sí podría admitirse la prueba obtenida por Clara vulnerando la intimidad de su marido.

En lo que respecta a una ponderación entre el interés en la efectiva aplicación de la justicia y la tutela del derecho a la intimidad de Jorge, considero que también podría sostenerse la admisión de la prueba. En cuanto al proceso penal, concretamente al delito de maltrato habitual y a las conductas que causaron lesiones psíquicas, no se disponen de más elementos probatorios que la declaración de la víctima: el hecho de que el marido reconozca en un mensaje que “*se está pasando*” con ella y que “*no aguanta*” a su mujer pone en evidencia las características de la hostil relación entre ambos, de modo que la prueba objeto de discusión sería un importante elemento de convicción para el tribunal a la hora de determinar la concurrencia de los delitos y la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad. Y, en cuanto al proceso civil de divorcio, considero que es de suma relevancia la información que dicha prueba aporta sobre el riesgo que para los niños supondría un régimen de custodia o un derecho de visitas a favor del padre. Recordemos que el mensaje decía literalmente “*Cualquier día cojo a los niños y no nos vuelve a ver*”. El conocer esa idea o intención del hombre de sustraer a sus hijos y alejarlos de la madre descartaría para el juez cualquier atisbo de duda acerca de cuál es el interés superior de ambos niños en el caso concreto.

Por todo ello, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos que se imputan y el hecho de que esté en juego la protección de dos menores, además del grado de afectación al derecho a la intimidad del hombre, mantengo que podría ser sostenible la admisibilidad y valoración de la prueba desde el punto de vista de que con su obtención se haya vulnerado un derecho fundamental.

Resta ahora analizar si la fotografía que tiene Clara en su poder podría cumplir con las exigencias jurisprudenciales acerca de cómo ha de aportarse una prueba de estas características. Se trata de una fotografía de la pantalla de otro teléfono móvil, es decir, ni siquiera es un “*pantallazo*” o “*captura de pantalla*” hecho con el teléfono en el que se produjo la conversación. No obstante, analizando la jurisprudencia al respecto, esto último es lo más semejante que puede encontrarse en relación con el caso concreto.

Los mensajes de *Whatsapp* podrían encajar en el medio probatorio del art. 299.2 LEC: “*los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso*”, pero no existe más previsión legal sobre el tratamiento probatorio que debe dárseles.

A causa de la desconfianza en su autenticidad que pueden suscitar este tipo de pruebas, los tribunales han establecido especiales cautelas a la hora de dotarlas de efectos. Esta doctrina jurisprudencial la sintetiza con claridad la STS 300/2015 -resolviendo sobre pantallazos de conversaciones de la red social *Tuenti* como medio de prueba para acreditar

el abuso sexual a una menor-, que en su FJ 4º dispone: “*La prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales (...) forma parte de la realidad (...). El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial*”¹⁰⁶.

En ese sentido, el art. 382.2 LEC prevé la posibilidad de que, junto con este tipo de pruebas electrónicas, se aporten otras que acrediten la autenticidad de aquéllas. No obstante, Clara no dispone de ningún otro medio de prueba para acreditar que la fotografía que tiene es auténtica.

Aquella exigencia jurisprudencial, reiterada en otras sentencias¹⁰⁷, va a impedir que la fotografía de la que dispone Clara pueda surtir efectos en un proceso.

En primer lugar, debería aportar la fotografía impresa: no puede aportar propiamente el dispositivo en el que se mantuvo la conversación, porque no es el suyo, y tampoco dispone de la conversación en toda su extensión. Si la otra parte, Jorge, impugnase la autenticidad de la conversación -lo cual se presenta bastante probable a la luz de las circunstancias del caso- Clara tendría que aportar una prueba pericial que verificase el origen de su fotografía, la identidad de los supuestos interlocutores y la autenticidad de la conversación. Teniendo en cuenta que se trata de una mera fotografía a la pantalla de otro teléfono móvil, considero que es prácticamente imposible acreditar pericialmente que tal conversación se ha producido, en tanto que no hay acceso a los dispositivos desde los que se ha mantenido. Poco más podría acreditarse que la fecha y hora de la fotografía y, si hay visibilidad suficiente, que el teléfono fotografiado es el de Jorge. Pero no habría manera de certificar que esa supuesta conversación entre el hombre y su amigo no fue orquestada por la propia Clara, por ejemplo, como señalaba la mencionada STS 300/2015, hablando consigo misma a través de ambos teléfonos.

Si todas estas reticencias se plantean a la hora de aportar pantallazos (esto es, fotos de la pantalla hechas con el propio dispositivo con el que se mantuvo la conversación), más fuerza tendrán cuando el soporte que se tiene es una mera fotografía de otro dispositivo.

A la dificultad o imposibilidad de acreditar su autenticidad se suma el hecho ya analizado de que la prueba se ha obtenido vulnerando la intimidad de otra persona. Si bien se ha concluido que la regla de exclusión del art. 11.1 LOPJ, al ponderar los intereses en juego y haber sido obtenida por un particular, no impediría radicalmente que la fotografía de Clara surtiera efectos probatorios, no es menos cierto que la jurisprudencia viene exigiendo que los mensajes o pantallazos de *Whatsapp* que pretendan aportarse como prueba a un proceso no se hubiesen obtenido vulnerando el derecho a la intimidad¹⁰⁸.

¹⁰⁶ STS de 19 de mayo de 2015, FJ 4º (ECLI:ES:TS:2015:2047).

¹⁰⁷ Por ejemplo, la SAP de Madrid de 24 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:16072), que recuerda que si el juez entiende que en el caso concreto ha existido una posibilidad seria de alteración de la autenticidad (el acusado es el autor de los mensajes) o de la integridad (el contenido de los mensajes no ha sido alterado), denegará eficacia probatoria al citado medio probatorio.

¹⁰⁸ *Ibid.*

Por tanto, si al carácter ilícito de la prueba se le suma además el recelo jurisprudencial al soporte en el que se contiene y la imposibilidad de acreditar la autenticidad de la misma, lo lógico y lo que cabe exigir es que se le deniegue eficacia probatoria.

IV.4. CUARTA CUESTIÓN

¿A quién corresponderá la guarda y custodia de los menores? En caso de que esta sea atribuida a la madre, ¿tiene Jorge derecho a un régimen de visitas con sus hijos? ¿Cambiaría en algo la situación de Jorge en este aspecto si la jueza hubiese decretado para él prisión provisional? ¿Tiene relevancia a estos efectos lo que el hijo mayor pueda manifestar sobre su padre?

IV.4.1. Régimen de guarda y custodia.

La cuestión relativa a la guarda y custodia de los hijos menores es trascendental en los supuestos de separaciones matrimoniales o de pareja y divorcios, y, frecuentemente, muy complicada de dirimir. Esa complicación aumenta en sobremanera cuando la relación entre ambos progenitores está marcada por la violencia. Cualquier tipo de violencia entre los padres supone indudablemente un sufrimiento y un grave perjuicio para los niños a su cargo, pero, como se mencionaba en la introducción del presente trabajo, es la violencia de género la que ha dado lugar a un patrón repetitivo de violencia vicaria por el que las vidas de decenas de niños y niñas han sido arrebatadas. En muchas ocasiones, el padre nunca antes había manifestado comportamientos violentos con los menores. Como es lógico, los casos mediáticos han llevado a una fuerte reacción social que se tradujo en legal, de manera que las normas relativas a la guarda y custodia de los niños incluyen hoy en día especialidades (en ocasiones polémicas, puesto que implican un conflicto de intereses) para los casos en que está presente la violencia de género por parte del padre, como es el que nos ocupa.

La función de guarda y custodia de los hijos puede definirse, de manera sintética, como aquella consistente en velar por ellos (a través de una atención directa y diaria) y tenerlos en su compañía¹⁰⁹.

Cuando se produce el divorcio de cónyuges con hijos menores en común, debe decidirse quién ha de ejercer la custodia, ya sea a través de un convenio regulador (si ambos están de acuerdo), o bien por decisión judicial. Así lo establece el art. 92 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil¹¹⁰ (en adelante, CC). Con carácter general, puede establecerse que esa función la desempeñen ambos progenitores de manera conjunta, o bien atribuírsele a uno de ellos de manera exclusiva e individual. La jurisprudencia ha venido aplicando una cierta preferencia por la custodia compartida, sentando como doctrina que no se trata de una medida excepcional, sino que *“habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”*¹¹¹.

En todo caso, el criterio crucial para tomar la decisión es siempre el interés superior del

¹⁰⁹ CRUZ GALLARDO, B. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Madrid: La Ley, 2012, p. 43.

¹¹⁰ ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/1/con>

¹¹¹ V. gr., entre muchas otras, STS de 29 de abril de 2013, FJ 4º (ECLI:ES:TS:2013:2246), STS de 20 de noviembre de 2018, FJ 2º (ECLI:ES:TS:2018:4044).

menor, mencionado (entre muchos otros¹¹²) en el art. 92 CC y que se plantea como un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance y sentido tiene que determinarse en cada caso concreto valorando todas las circunstancias¹¹³.

No obstante, para casos en los que es evidente qué es lo mejor para el interés superior del menor, este concepto se ha objetivado por la ley. Así, tras señalar que se acordará la guarda y custodia compartida cuando lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando lleguen a tal acuerdo durante el procedimiento, y que, excepcionalmente, podrá acordarla el juez aunque no se den esos requisitos¹¹⁴, el art. 92.7 CC dice que “*no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentarse contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos*”¹¹⁵.

Por tanto, para el caso objeto del trabajo, el legislador entiende que la custodia compartida iría en todo caso en contra del interés superior de los niños, limitando así la libertad decisoria del juez en aras de otorgarles una mayor y más objetiva protección. Aunque Jorge y Clara se pusiesen de acuerdo sobre mantener la custodia compartida de Martín y Jimena -lo cual sería altamente improbable, teniendo en cuenta que se ha producido una tentativa de asesinato y existe una prohibición de aproximación y comunicación en vigor-, no procedería establecer ese régimen de guarda y custodia, puesto que el padre está incurso en un proceso penal por atentarse contra la vida y la integridad física y moral de la madre.

Ello es coherente con que uno de los principales criterios que sigue la jurisprudencia a la hora de acordar la custodia compartida sea que exista una relación de respeto mutuo entre los progenitores que permita la adopción de actitudes que beneficien al menor y que no perturben su desarrollo emocional¹¹⁶. Tal respeto mutuo no existe en el caso de Jorge y Clara, ni puede existir en ninguna relación en la que un miembro de la pareja haya cometido contra el otro los delitos que atentan contra los bienes jurídicos que cita el precepto -tégase en cuenta que el art. 92.7 CC no distingue por género, es decir, se descarta la custodia compartida de los niños tanto si el maltrato entre los progenitores se ejerce por el padre sobre la madre como si ocurre en sentido contrario-.

En resumen, la custodia de los niños Martín y Jimena no puede atribuirse a ambos padres, sino que el juez habrá de acordarla de manera exclusiva para uno solo de ellos.

Completando el régimen de protección, el art. 65 LOPIVG prevé que el juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos, y, si no acuerda tal suspensión, deberá pronunciarse sobre la forma en la que se ejercerá.

Realmente, no se encuentra en la ley una imposición obligatoria de que la custodia se

¹¹² El art. 11.2.a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>) (en adelante, LOPJM) sitúa la supremacía del interés superior del menor como uno de los criterios de actuación de los poderes públicos.

¹¹³ CRUZ GALLARDO, B. *La guarda y...*, ob. cit., p. 169.

¹¹⁴ Fundamentándola en que solo así se protege el interés superior del menor (art. 92.8 CC).

¹¹⁵ Continúa diciendo el precepto que “*Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas*”.

¹¹⁶ V. gr., STS de 30 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4342).

haya de atribuir al progenitor no maltratador -habitualmente la madre-, pero ello se deriva de la doctrina jurisprudencial acerca del interés superior del menor. El Tribunal Supremo ha recogido en varias sentencias¹¹⁷ que a la hora de acordar el régimen de guarda y custodia han de valorarse, además de lo previsto en el art. 92.6 CC, criterios tan dispares como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con los menores, sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los niños, el cumplimiento de los deberes como padres, el respeto mutuo entre ambos progenitores en su relación personal y el resultado de los informes exigidos legalmente.

En el caso concreto, prácticamente todos los criterios indicarían que la solución más favorable al interés superior de ambos niños es atribuir su custodia a la madre. En primer lugar, el padre tiene problemas con el consumo abusivo de alcohol, lo cual evidentemente limita su aptitud para atender a los hijos y pone en peligro el adecuado cuidado de los mismos. Asimismo, atendidas las circunstancias del caso, de los informes exigidos legalmente al Ministerio Fiscal se derivaría con toda seguridad una opinión contraria a que los hijos queden a cargo del padre; y en el mismo sentido iría el deseo del niño mayor, que es consciente (al menos, en parte) de la situación.

Además de todo ello, el criterio más determinante es sin duda la violencia ejercida por Jorge sobre Clara. Así, sería contrario al interés de los niños dejarlos al cuidado exclusivo de quien tiene un comportamiento dominante, abusivo e irrespetuoso hacia la madre de ellos¹¹⁸. La actitud del padre tiene *“una evidente repercusión en los hijos, que viven en un entorno de violencia, del que son también víctimas”* y la adopción de la medida *“les colocaría en una situación de riesgo por extensión al que sufre su madre”*¹¹⁹. De hecho -sin perjuicio de que, como se ha determinado, seguramente carecería de efectos probatorios en un proceso-, de la conversación de *Whatsapp* que mantuvo Jorge con su amigo se deriva un riesgo de que el hombre pueda impedir a los niños la relación con su madre o sustraerlos, e, incluso, llegar a atentar contra su vida o integridad.

En definitiva, la guarda y custodia de los niños corresponderá en exclusiva a su madre, Clara. De los hechos se deriva que la mujer ha cometido también un delito, contra la intimidad de su marido, pero tal delito no se encuentra entre los mencionados por los arts. 92 y 94 CC.

IV.4.2. Régimen de visitas y derecho del menor a ser oído.

La atribución de la custodia a uno de los progenitores implica, generalmente, el derecho del otro a visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía (art. 94 CC). Se trata de garantizar el derecho de padre/madre e hijo a mantener su relación. No obstante, con finalidad de proteger a los niños de los entornos de violencia, ya el art. 66 LOPIVG recogió la posibilidad de que el juez suspendiese el régimen de visitas del padre inculcado por violencia de género, en los mismos términos que el citado art. 65 de esa ley lo prevé para la guarda y custodia.

Se trataba de una suspensión facultativa, pudiendo decidir el juez en cada caso concreto, y manteniéndose en muchos casos vigente el régimen de visitas bajo la premisa de que el padre que es maltratador con su mujer no necesariamente lo es con los hijos. Pero

¹¹⁷ Entre otras, STS de 16 de febrero de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:258).

¹¹⁸ STS de 26 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2304), que atribuye a la madre la custodia individual del hijo, por estar el padre incurso en un proceso penal por coacciones sobre ella.

¹¹⁹ STS de 16 de febrero de 2016, FJ 2º (ECLI:ES:TS:2016:188), en la que se atribuye la custodia de los hijos a la madre y se le deniega al padre, condenado por un delito de amenazas en el ámbito familiar.

algunos de los casos de violencia vicaria ocurridos recientemente pusieron de manifiesto que la protección legal y judicial que se estaba otorgando a los menores rodeados por la violencia de género era claramente insuficiente, llegando a declararse incluso la responsabilidad por daños del Estado español¹²⁰. En consecuencia, el legislador ha dado un paso más en la protección de los menores, introduciendo¹²¹ en el art. 94 CC la previsión de que “*no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atacar contra la vida, la integridad física (...) del otro cónyuge*”. Es cierto que se deja abierta la posibilidad de que el juez establezca régimen de visitas, pero en una resolución motivada en el interés superior del menor. Así, se trata de un supuesto excepcional, que además se excluye radicalmente si el padre que cometió tales delitos se encuentra en prisión (provisional o por sentencia firme).

De esta manera, se otorga prioridad a la protección de los menores frente al derecho de su padre a tenerlos en su compañía. Por tanto, Jorge no tendría derecho a un régimen de visitas con los niños. Al encontrarse (inicialmente) en libertad provisional y no en prisión, el juez tendría aún cierto margen de decisión, pero, teniendo en cuenta todo lo expuesto, no sería viable motivar esa decisión en el interés superior de los menores.

Por último, y aunque ya se ha hecho alguna referencia a ello, cabe analizar la relevancia de lo que el hijo mayor pueda manifestar a efectos de su custodia y régimen de visitas. El art. 9 LOPJM regula el derecho de los menores a ser oídos y escuchados. Dispone en su apartado 1: “*El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez*”, y aclara posteriormente que, en todo caso, el menor tendrá madurez suficiente para ejercitar este derecho por sí mismo cuando tenga cumplidos doce años.

El art. 92.2 CC obliga al juez a velar por el derecho de los menores a ser oídos al adoptar medidas sobre su custodia, cuidado o educación; el art. 92.4 CC especifica que, antes de acordar el régimen de custodia, se debe oír a los menores que tengan suficiente juicio¹²²; y el art. 94 CC, sobre el régimen de visitas, también impone la audiencia previa del menor. Recuerda la LEC, en su art. 770.4º, que los que alcancen los doce años deben ser oídos en todo caso, si bien los menores de esa edad también podrán serlo¹²³.

Considero que, en este caso, en que hay indicios de que se han cometido actos violentos en presencia de los menores, se debe oír al niño, que con ocho años tiene juicio suficiente

¹²⁰ La STS de 17 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2747) confirmó la condena a la Administración del Estado a pagar 600.000 euros a una mujer cuya hija había sido asesinada por el padre mientras disfrutaba del régimen de visitas, tras haber denunciado ella en numerosas ocasiones el maltrato que sufría por parte del hombre y el riesgo que suponía para la niña. El TS declaró que la Administración de Justicia había vulnerado los derechos fundamentales de la mujer y que debía reparar dicha vulneración.

¹²¹ A través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>).

¹²² “*Cuando así se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor*”.

¹²³ “*Si el procedimiento (de divorcio) fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos*”.

para, al menos, manifestar su deseo¹²⁴. De hecho, como se indicaba anteriormente, el deseo de los niños es uno de los criterios que sigue la jurisprudencia para determinar cuál es el interés superior de los menores en cada supuesto.

Sin perjuicio de lo anterior, y como se ha expuesto, en este caso la ley es tajante sobre la solución a adoptar, de modo que el deseo del niño, aunque reforzaría esa decisión, no sería determinante para otorgar su custodia a su madre e impedir las visitas a su padre.

IV.5. QUINTA CUESTIÓN

Los hechos cometidos por Jorge los días 7 y 12 de octubre de 2021, ¿suponen el quebrantamiento de alguna de las medidas cautelares que tiene impuestas?

IV.5.1. Aspectos generales de la prohibición de comunicación.

Los arts. 544 bis y 544 ter LECrim regulan la posibilidad de que el juez o tribunal de que se trate adopte una serie de medidas cautelares cuando estas sean necesarias para la adecuada protección de la víctima de determinados delitos. El art. 544 ter LECrim se encarga de los casos de violencia doméstica, señalando en su apartado 1 que “*el Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad (...) de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima*”, y en su apartado 6, que “*las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal*”.

Una de esas medidas cautelares, recogida en el art. 544 bis II, es la de comunicarse con determinadas personas. Esta suele imponerse, casi siempre, conjuntamente con la prohibición de aproximación, para así garantizar de modo más efectivo la seguridad de la misma o las mismas. A pesar del amplio número de delitos que se contemplan, algunos autores¹²⁵ sostienen que esta pena se ha previsto esencialmente para proteger a las víctimas de violencia familiar y de género, y que su finalidad es garantizar la seguridad y tranquilidad de la víctima¹²⁶, finalidad confirmada por la jurisprudencia¹²⁷.

El contenido de la prohibición de comunicación viene definido en el art. 48.3 CP, que señala que “*la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual*”. Nuestro CP recoge esta prohibición como una pena accesoria a las previstas para los delitos recogidos en el art. 57.1 CP¹²⁸, cuya imposición es facultativa y no preceptiva.

IV.5.2. El quebrantamiento a través de nuevas formas de comunicación.

El quebrantamiento de esta prohibición se regula en el art. 468.1 CP: “*los que*

¹²⁴ La STS de 30 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4032) anula otra resolución por haber denegado la audiencia de los menores, uno de los cuales tenía, como en este caso, ocho años de edad.

¹²⁵ V. gr., REIG REIG, J.V. *Estudio sobre la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Su incidencia en el Libro I del Código penal*. Madrid: Dijusa, 2004, p. 85.

¹²⁶ PÉREZ RIVAS, N. “La pena de prohibición de comunicarse con la víctima en el Código Penal de 1995: regulación y propuestas de lege ferenda”. *REDUR*. 2015, núm. 13, p. 146.

¹²⁷ V. gr., la STS de 20 de diciembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:4218).

¹²⁸ Delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares

quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos". En caso de violencia de género y familiar, el art. 468.2 CP establece que necesariamente se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año.

De la literalidad del artículo, que prohíbe comunicarse con la víctima por cualquier medio, se extrae claramente que la prohibición incluye hablar con la víctima (física o telemáticamente), llamarla, enviarle mensajes a través de cualquier tipo de dispositivo, etc. No obstante, las posibilidades que existen en la actualidad para quebrantar una prohibición de comunicación son innumerables, y también controvertidas a la hora de dilucidar si, efectivamente, el autor de una determinada conducta en redes sociales ha quebrantado, con ella, la prohibición de comunicarse con la víctima.

Los dos casos que se plantean en esta cuestión del supuesto de hecho, que son la interacción a través de grupos de *Whatsapp* y la visualización de "historias" de *Instagram*¹²⁹, están hoy en día en el punto de mira y son objeto de contradicciones por parte de la jurisprudencia, que, debido a la reciente aparición de este problema, no tiene todavía claro cómo ha de abordarse.

En ocasiones, los órganos jurisdiccionales se contradicen en sus resoluciones. Por ejemplo, en lo que respecta a los casos en que el condenado publica un *estado de Whatsapp* (equivalente a una "historia" de Instagram y con su mismo funcionamiento) que contiene expresiones referidas a la persona protegida por la prohibición. Así, por ejemplo, se absolvió a un acusado que escribió en su estado de *Whatsapp* frases como "Di la verdad, ¿a que me echas de menos?" o "Me acuerdo cuando fuiste a por mí a Córdoba". Estas frases se dirigían a la protegida que, de entrar en el perfil de *Whatsapp* del acusado, las vería. La AP de Ciudad Real lo absolvió por "no tratarse de actos de comunicación y requerirse la colaboración activa de la persona afectada que debe necesariamente indagar en esos denominados estados"¹³⁰. En cambio, la AP de Santa Cruz de Tenerife sí apreció quebrantamiento de la prohibición de comunicación en el caso de un hombre que escribió en su estado: "Voy a despedazar tu ridícula y estúpida familia en cuestión de segundos, te doy mi palabra, ya van a pasar seis meses"¹³¹, al considerar que iba dirigido claramente a la víctima y que de la doctrina del TS se derivaba que, en estos casos, se producía un acto de comunicación.

En este contexto, el único pronunciamiento al respecto del TS supuso un antes y un después, si bien este se refiere exclusivamente al caso de las llamadas perdidas. En esta importante resolución, el TS declara que las llamadas perdidas, efectuadas por el acusado y no atendidas por la destinataria, suponen un acto de comunicación consumado que quebranta la prohibición. Señala que el art. 48.3 CP "no exige un contacto de doble dirección; por lo tanto, no es preciso que encuentre respuesta. Lo que importa es que alguien haga saber algo a otro. La llamada quedó registrada y fue posible saber quién

¹²⁹ Una "historia" de *Instagram* funciona de la siguiente manera: el usuario publica una imagen o vídeo que se mantiene visible en su perfil durante solo 24 horas, transcurridas las cuales desaparece. Durante las horas en que esa "historia", consistente en una imagen o vídeo, se mantiene publicada (y tratándose de un perfil de *Instagram* público como el de la mujer de este caso concreto), cualquier usuario puede visualizarla. Al mismo tiempo, la persona que la ha publicado puede consultar el listado de usuarios que han visto la "historia". No obstante, la aplicación no notifica automáticamente esas visualizaciones: es la persona que la ha publicado quien debe consultar en su propio perfil la lista de usuarios que la han visto.

¹³⁰ SAP de Ciudad Real de 21 de enero de 2019, FJ 3º (ECLI:ES:APCR:2019:221).

¹³¹ SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 28 de enero de 2020, FJ 3º (ECLI:ES:APTF:2020:25).

la efectuó”¹³². Es también muy esclarecedor que la sentencia diga que esta forma de contacto es “equivalente a un mensaje remitido a la destinataria de la llamada haciendo constar que ésta se ha efectuado”¹³³.

En este sentido se pronunció la AP de Madrid¹³⁴, considerando que los “me gusta” de Facebook suponen un acto de comunicación, puesto que serían equivalentes a enviar a la víctima el mensaje “me ha gustado tu publicación”, quebrantando así la prohibición.

El hecho de entrar en el perfil de *Instagram* de la víctima y visualizar su “historia” se diferencia de una llamada perdida o de dar un “me gusta” en que, en el primer caso, el móvil no notifica automáticamente que se ha producido tal visualización, mientras que sí notifica al momento una llamada perdida o un “me gusta”. La víctima solo sabrá que el sujeto activo ha visto su “historia” si ella comprueba la lista de visualizaciones. Por tanto, visualizar una “historia” no es exactamente equivalente a esos otros dos supuestos que sí han sido objeto de pronunciamientos judiciales (es decir, realizar esa visualización no equivale exactamente a enviar el mensaje automático “he visto tu historia”). No obstante, la comprobación de la lista de visualizaciones es algo habitual en cualquier usuario de *Instagram*, puesto que es una función popular de esta red social. Como ha señalado el TS pronunciándose sobre las llamadas perdidas, lo importante es que alguien haga saber algo a otro: y eso concurre en este caso. Jorge, con esa acción, hace saber a Clara que ha visto la fotografía. Esa visualización queda registrada y Clara puede ver y conocer que Jorge la realizó.

Por tanto, entiendo que se cumplen los criterios para que al hecho cometido por Jorge el 7 de octubre de 2021 se considere un quebrantamiento de la medida cautelar, un acto de comunicación que pone en riesgo la integridad moral de la mujer a la que días antes había agredido gravemente.

En lo que respecta a enviar un mensaje a un grupo de *Whatsapp* entre cuyos integrantes está la víctima, apenas existe tampoco jurisprudencia al respecto, y los tribunales no tienen todavía un criterio consolidado. Así, la AP de Madrid¹³⁵ confirmó la condena por quebrantamiento a un hombre que envió un solo mensaje a un grupo de *Whatsapp* del que formaba parte la víctima, y que iba dirigido expresamente a ella. En cambio, entendió que los mensajes enviados por otro hombre al grupo de *Whatsapp* del colegio de su hija, grupo en el que estaba su expareja (madre de la niña), que se referían a eventos escolares a los que acudiría la menor, no constituían actos de comunicación directos¹³⁶. En esta última resolución, el tribunal recuerda que lo relevante en el quebrantamiento es el dolo en el autor -es decir, sabe que incumple la prohibición y quiere hacerlo-, y no el móvil del delito -es irrelevante que el autor se comunique con la protegida por afinidad, odio, venganza, amistad, o incluso fines altruistas o solidarios-.

Es cierto que lo que Jorge envía por el grupo se trata de un mensaje aparentemente inocuo, dirigido a un conjunto de personas y sin ningún tinte amenazante o que objetivamente pueda hacer percibir a la mujer que él pretende dirigirse a ella. En atención a las resoluciones mencionadas arriba sobre grupos de *Whatsapp*, no cabría ninguna duda del quebrantamiento en caso de que Jorge hubiese hecho alguna referencia a ella en el mensaje, o si el contenido del mismo (hostil, amenazante) fuese encaminado

¹³² STS de 20 de diciembre de 2019, FJ 1º (ECLI:ES:TS:2019:4218).

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ SAP de Madrid de 20 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:13025).

¹³⁵ SAP de Madrid de 10 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:14918).

¹³⁶ AAP de Madrid de 21 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:6734A).

a alterar la tranquilidad de la víctima, pero no se puede afirmar que sea el caso.

No obstante, teniendo en cuenta que el TS¹³⁷ ha dejado claro que lo importante es hacer saber a alguien algo, en este caso Jorge estaría enviando a Clara el mensaje de que le felicita el día de la Hispanidad, puesto que, al hablar por un grupo sin dirigirse a nadie en concreto, lo lógico es entender que la felicitación va dirigida a todos. Jorge conocía la existencia de la prohibición, sabía que la incumplía y quiso hacerlo. Si no quisiese comunicarse con Clara, respetando la prohibición, podría haber felicitado con un mensaje privado e individual a cada uno de los demás miembros del grupo, o hacer otro grupo con los mismos amigos excluyéndola a ella.

Y, aunque el mensaje enviado por Jorge sea una simple felicitación, ha de tenerse en cuenta, que, en nuestro país, felicitar a los allegados el día de la Hispanidad no es una tradición común entre la población (salvo para colectivos como las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o el Ejército), como sí lo es felicitar la Navidad o el Año Nuevo. Por tanto, parece más bien que Jorge podría haber aprovechado el día para tener una excusa con la que establecer comunicación con su mujer. A ello se suma la proximidad temporal que existe entre el grave ataque físico a Clara y esa comunicación, la gravedad de aquel acometimiento y el clima de maltrato que en general ha marcado la relación entre ambos. Todas estas circunstancias del caso concreto coadyuvan a que un simple mensaje (objetivamente inocuo para los demás) pueda suponer para Clara una grave alteración de su tranquilidad. De hecho, el propio art. 468.2 CP¹³⁸ reconoce la mayor gravedad del quebrantamiento en un contexto de violencia de género o familiar.

Asimismo, considero que en ningún caso ha de entenderse que el hecho de que Clara se haya mantenido en el grupo suponga un consentimiento tácito por su parte a una eventual comunicación con el marido, pues lo contrario supondría exigir a una víctima de violencia de género que abandone un grupo con otras ocho personas de su círculo social, contribuyendo al aislamiento que ya de por sí conlleva el vivir este tipo de violencia.

Por tanto, bajo mi criterio, la conducta de Jorge del 12 de octubre constituye también un quebrantamiento, en tanto que supone un acto de comunicación (aunque unidireccional) con la víctima que, en este caso, basta para alterar su tranquilidad.

En definitiva, Jorge habría cometido (los días 7 y 12 de octubre) dos delitos de quebrantamiento (en este caso, de medida cautelar) encajados en el art. 468.2 CP (puesto que la víctima era su esposa).

¹³⁷ STS de 20 de diciembre de 2019, FJ 1º (ECLI:ES:TS:2019:4218).

¹³⁸ Dice el precepto: “*Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada*”.

V. CONCLUSIONES FINALES

- i. Los hechos cometidos por Jorge en relación con su mujer desde el inicio de su convivencia y hasta su detención se reconducen a los tipos penales del art. 148 CP -delito de lesiones psíquicas agravadas por ser la víctima esposa del autor-, del art. 139 CP -delito de asesinato, aunque en grado de tentativa- y del art. 173.2 CP -delito de maltrato habitual-.
- ii. Todos ellos constituyen un concurso real de delitos, del cual, tras la aplicación de las reglas de determinación de penas del CP y la concreción discrecional dentro de los límites fijados, se derivan para Jorge las penas principales de 15 años de prisión y de 5 años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- iii. Los hechos cometidos por Clara el 26 de septiembre de 2021 son constitutivos del delito de descubrimiento de secretos del art. 197.1 CP, por el que se le imponen las penas principales de 2 años y 6 meses de prisión y 18 meses de multa.
- iv. Al despido de Clara efectuado en 2017 le correspondería la calificación de improcedente, puesto que las faltas de asistencia que se le atribuyen no revisten gravedad suficiente para justificarlo según el Convenio aplicable; el supuesto descenso de su rendimiento en el trabajo no puede acreditarse, por no existir el elemento de comparación exigido a estos efectos por la jurisprudencia; y la carta de despido no reúne todos los requisitos formales que le exige el art. 55.1 ET. Por tanto, la empresa tendría que optar entre readmitirla o indemnizarla.
- v. En virtud de las especialidades introducidas por la LOPIVG en el ámbito laboral, las ausencias y faltas de puntualidad en el puesto de trabajo podrían considerarse justificadas si Clara hubiese acreditado que estas venían motivadas por la situación psicológica derivada de la violencia de género que sufría.
- vi. La fotografía que Clara sacó con su teléfono a la conversación mantenida por su marido con un amigo, cometiendo el delito contra la intimidad del art. 197.1 CP, carecería de efectos probatorios, no tanto por la regla de exclusión de la prueba ilícita prevista en el art. 11.1 LOPJ, sino más bien por el soporte en el que se contiene, que impediría acreditar -incluso pericialmente- su autenticidad.
- vii. Para la instrucción del proceso penal seguido contra Jorge por los delitos cometidos contra su mujer es competente el JVM de A Coruña (arts. 87 ter 1.a) LOPJ y 15 bis LECrim), y, para su enjuiciamiento, la AP de A Coruña (art. 14.4 LECrim). El conocimiento del proceso civil de divorcio corresponde al JVM de A Coruña (como juzgado de primera instancia) en virtud del art. 87 ter 3 LOPJ.
- viii. La guarda y custodia de los niños habrá de atribuirse en exclusiva a su madre, en atención al art. 92.7 CC y al interés superior de los menores. Además, en virtud de la reciente reforma del art. 94 CC, el padre incurso en un proceso penal por violencia de género no tiene derecho a un régimen de visitas. Como elemento clarificador de cuál es el interés superior del menor, deberá tenerse en cuenta en el proceso el deseo del niño de ocho años, que tiene derecho a ser oído.
- ix. Los hechos cometidos por Jorge los días 7 y 12 de octubre de 2021 constituyen sendos quebrantamientos de la prohibición de comunicación con Clara, en tanto que constituyen actos de comunicación -unidireccionales- dolosos, idóneos y suficientes para quebrar la finalidad de la medida: proteger la seguridad y tranquilidad de la víctima.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- LIBROS Y REVISTAS

ALDAY LÓPEZ-CABELLO, F. *La exclusión de la prueba ilícita en España y México*. Barcelona: Atelier, 2020.

BAREA PAYUETA C. *Manual para mujeres maltratadas (que quieran dejar de serlo). Detectar y prevenir la violencia de género*. Barcelona: Océano, 2004.

BILBAO BERSET, J. *La vis atractiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*. Barcelona: Atelier, 2014.

CASTELLÓ NICÁS, N. “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173.2 CP”. En: CARBONELL MATEU, J.C., (Coord.), DEL ROSAL BLASCO, B., MORILAS CUEVA, L., ORTS BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 211-218.

CASTRO PÉREZ, X. “Embriaguez y violencia de género”. *Semata: Ciencias Sociais e Humanidades*. 2008, núm. 20, pp. 279-297.

CORTÉS BECHIARELLI, E. *El delito de malos tratos familiares*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

CRUZ GALLARDO, B. *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*. Madrid: La Ley, 2012.

CUELLO CONTRERAS, J. “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y de otras relaciones análogas de afectividad”. *Revista del Poder Judicial*. 1993, núm. 32, pp. 9-18.

GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

GINER ALEGRÍA, C.A. “Prueba prohibida y prueba ilícita”. *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*. 2008, vol. 26, pp. 579-590.

GÓMEZ GARCÍA, F.X. “¿Despido procedente de víctima de violencia de género o vulneración de su derecho a la indemnidad?”. *Revista Jurídica de la Universidad de León*. 2008, núm. 5, pp. 137-144.

GÓMEZ TOMILLO, M (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

GONZÁLEZ MONTES, J.L. “La prueba ilícita”. *Persona y Derecho*. 2006, núm. 54, pp. 363-383.

JORGE BARREIRO, A. “El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el código penal de 1995: un análisis del artículo 197 del CP”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*. 2016, núm. 6, pp. 99-131.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA B. (2018). “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22. 4º CP)”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2018, núm. 20-27, pp. 1-20.

MARZABAL MANRESA, I. “El *animus necandi* y factores de riesgo en el delito de asesinato de pareja o ex pareja. Predicción de la violencia”. *Revista de Derecho UNED*. 2013, núm. 12, pp. 439-461.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. y VILA TIerno, F. *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada: Comares, 2021.

NÚÑEZ CASTAÑO, E. *El delito de malos tratos en el ámbito familiar: aspectos fundamentales de la tipicidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

OBISPO TRIANA, C. “Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2017, núm. 10, pp. 183-192.

PÉREZ RIVAS, N. “La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)”. *Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín*. 2016, vol. 15, núm. 30, pp. 169-182.

PÉREZ RIVAS, N. “La pena de prohibición de comunicarse con la víctima en el Código Penal de 1995: regulación y propuestas de lege ferenda”. *REDUR*. 2015, núm. 13, pp. 143-159.

REIG REIG, J.V. *Estudio sobre la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Su incidencia en el Libro I del Código penal*. Madrid: Dijusa, 2004.

ROMERO BURILLO, A.M. “Las medidas laborales de protección de la trabajadora víctima de violencia de género”. En: ROMERO BURILLO, A.M (Dir. y Coord.) y RODRÍGUEZ ORGAZ, C. (Coord.). *La protección de la víctima de violencia de género*. Navarra: Aranzadi, 2016.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. *El delito de maltrato habitual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B. “Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género”. *Estudios Penales y Criminológicos*. 2019, vol. 39, pp. 303-351.

SAN SEGUNDO MANUEL, T. *A vueltas con la violencia. Una aproximación multidisciplinar a la violencia de género*. Madrid: Tecnos, 2016.

- OTRAS FUENTES

DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. *Ficha estadística de menores víctimas mortales por Violencia de Género. Año 2021*. Disponible en:

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMenores/home.htm>

DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. *Ficha estadística de víctimas mortales por Violencia de Género. Año 2022*. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/home.htm>

VII. APÉNDICE LEGISLATIVO

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (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 julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (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 (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)).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>).

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1999/04/30/11>).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>).

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con>).

Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género (ELI: <https://www.boe.es/eli/es-ga/l/2007/07/27/11>).

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/36/con>).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>).

Resolución de 18 de mayo de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/res/2017/05/18/\(4\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2017/05/18/(4))).

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>).

VIII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Barcelona de 12 de marzo de 2007 (ECLI:ES:APB:2007:14579).
SAP de Madrid de 30 de junio de 2009 (ECLI:ES:APM:2009:8681).
SAP de Castellón de 11 de junio de 2015 (ECLI:ES:APCS:2015:620).
SAP de Madrid de 24 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:16072).
SAP de Madrid de 20 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:13025).
SAP de Madrid de 9 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:5302).
SAP de Ciudad Real de 21 de enero de 2019 (ECLI:ES:APCR:2019:221).
SAP de A Coruña, de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:APC:2019:1477).
AAP de Madrid de 21 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:APM:2019:6734A).
SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 28 de enero de 2020 (ECLI:ES:APTF:2020:25).
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APTF:2020:570).
SAP de Madrid de 10 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:14918).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 29 de noviembre de 1984 (ECLI:ES:TC:1984:114).
STC de 6 de junio de 1995 ((ECLI:ES:TC:1995:86).
STC de 11 de marzo de 1996 (ECLI:ES:TC:1996:34).
STC de 16 de julio de 2019 (ECLI:ES:TC:2019:97).

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 3 de octubre de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:6732).
STS de 22 de febrero de 1993 (ECLI: ES:TS:1993:12879).
STS de 23 de febrero de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1216).
STS de 17 de abril de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:3242).
STS de 24 de abril de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:3439).
STS de 10 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3301).
STS de 21 de julio de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:5255).
STS de 6 de febrero de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:697).
STS de 7 de junio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:3906).
STS de 18 de junio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4247).
STS de 9 de octubre de 2004 (ES:TS:2004:7943).
STS de 7 de noviembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6793).
STS de 3 de mayo de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:2805).
STS de 18 de junio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4456).
STS de 15 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6608).
STS de 19 de junio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:3563).
STS de 4 de marzo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:1001).

STS de 15 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:4588).
STS de 20 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:4691).
STS de 15 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:7331).
STS de 23 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1808).
STS de 29 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2246).
STS de 13 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3465).
STS de 30 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4342).
STS de 16 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:258).
STS de 19 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2047).
STS de 22 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4705).
STS de 3 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:288).
STS de 16 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:188).
STS de 26 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2304).
STS de 7 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3621).
STS de 23 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:471).
STS 12 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3251).
STS de 24 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1490).
STS de 17 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2747).
STS de 19 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3757).
STS de 20 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4044).
STS de 26 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:591).
STS de 20 de diciembre de 2019, (ECLI:ES:TS:2019:4218).
STS de 14 de abril de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:1507).
STS de 28 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1664).
STS de 1 de julio de 2020, FJ 3º (ECLI:ES:TS:2020:2783).
STS de 30 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4032).
STS de 15 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3374).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ de Madrid de 23 de junio de 2014 (ECLI:ES:TSJM:2014:815 de 15 de 908).
STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:13840).
STSJ de Extremadura de 14 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TSJEXT:2019:289).
STSJ de Murcia de 9 de octubre de 2019 (ECLI:ES:TSJMU:2019:2135).
STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TSJGAL:2020:4517).
STSJ de Islas Canarias, de 24 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TSJICAN:2020:2323).