



Universidad de Valladolid

Máster de Acceso a la Abogacía

TRABAJO DE FÍN DE MÁSTER

Estudio jurídico sobre aspectos sustantivos y procesales de tipos delictivos enjuiciados en el procedimiento penal ordinario. A propósito de la sentencia nº282/2018, de 13 de junio de 2018, del Tribunal Supremo

Autor: M^a Cristina Lechuga Blanco

Tutor: D^a. Mercedes Alonso Álamo

Valladolid, 14 de enero de 2019

ÍNDICE

1. HECHOS	7
2. FUNDAMENTOS DE DERECHO	10
2.1 ASPECTO PROCESAL-PENAL	10
2.1.1 Acto de inicio de la instrucción	10
2.1.2 La fase de instrucción	11
2.1.3 Las medidas cautelares	11
<i>a) La Detención</i>	12
<i>b) La Prisión Provisional</i>	14
2.1.4 La imputación	16
2.1.5 Las diligencias de investigación	17
<i>a) Diligencia de intervención corporal</i>	18
<i>b) La inspección ocular</i>	19
<i>c) Declaración del investigado</i>	21
<i>d) Declaración de los testigos</i>	22
<i>e) Informes periciales y policiales</i>	23
2.1.6 Conclusión de la fase de instrucción	25
2.1.7 Apertura del juicio oral	26
2.1.8 Los escritos de calificación provisional	26
2.1.9 Desarrollo del juicio oral	30
2.1.10 La práctica de la prueba	31
<i>a) El interrogatorio del acusado</i>	31
<i>b) La prueba testifical</i>	33
<i>c) La prueba pericial</i>	39
<i>d) La prueba documental</i>	41

2.1.11	Conclusiones definitivas y derecho a la última palabra	44
2.1.12	La sentencia.....	44
2.1.13	El recurso de casación	45
2.2	ASPECTO PENAL.....	48
2.2.1	Delito de asesinato en grado de tentativa	48
	a) <i>El artículo 139 CP.....</i>	49
	b) <i>El bien jurídico protegido.....</i>	49
	c) <i>El debate sobre la naturaleza jurídica del delito.....</i>	50
	d) <i>Especial estudio de la alevosía.....</i>	52
	e) <i>Grados de ejecución.....</i>	55
	f) <i>El dolo de asesinar.....</i>	57
	g) <i>Circunstancias agravantes.....</i>	58
2.2.2	Delito de allanamiento de morada	63
	a) <i>El artículo 202 CP.....</i>	63
	b) <i>El debate sobre el bien jurídico protegido.....</i>	64
	c) <i>La Morada.....</i>	66
	d) <i>Los caracteres del delito.....</i>	68
2.2.3	Delito de tenencia ilícita de armas	70
	a) <i>El artículo 564 CP.....</i>	70
	b) <i>El bien jurídico protegido.....</i>	74
	c) <i>Los caracteres del delito.....</i>	74
2.2.4	Delito de quebrantamiento de medida cautelar.....	78
	a) <i>El bien jurídico protegido.....</i>	78
	b) <i>El artículo 468 CP.....</i>	79
	c) <i>Medidas cautelares: la orden de alejamiento.....</i>	80
	d) <i>Competencia de los tribunales.....</i>	84

3. CONCLUSIÓN	86
4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87
5. RELACIÓN DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS	90
6. ANEXOS	92

ABREVIATURAS

ADN	Ácido Desoxirribonucleico
AP	Audiencia Provincial
Art(s)	Artículo(s)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General de Poder Judicial
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
Dº	Don
Dª	Doña
FJ	Fundamento Jurídico
ICAE	Ilustre Colegio de Abogados de Elche
JI	Juzgado de Instrucción
JP	Juzgado de lo Penal
JVM	Juzgado de Violencia sobre la Mujer
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
Nº	Número

Op. cit.	Obra ya citada
P.	Página
Pp.	Páginas
RD	Real Decreto
P.e.	Por ejemplo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STC (SSTC)	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STS (SSTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase

Todo proceso penal tiene razón de ser en la medida en que se han cometido unos hechos que, conforme a las leyes penales, son considerados ilícitos. Por consiguiente, en este apartado empleamos el término “hechos”, en su más sentido enunciativo, omitiendo cualquier calificativo.

Los hechos objeto de nuestro estudio son los que exponemos a continuación:

1. HECHOS

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº1 de Elche, instruyó sumario con el nº000006 de 2016 contra el acusado Dº Manuel, y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante que, con fecha de 4 de octubre de 2017, dictó sentencia nº637/2017 donde constan los siguientes hechos probados:

El acusado Dº Manuel, mayor de edad y sin de antecedentes penales, mantuvo una relación amorosa y de convivencia de aproximadamente 11 años con Dª Helena, a raíz de la cual tienen un hijo menor de edad.

Dº Manuel, a consecuencia de la comisión de un delito de malos tratos en el ámbito de la violencia sobre la mujer, se encontraba sujeto a una prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 150 metros y de comunicarse con la que había sido su pareja sentimental, impuesta por Auto de 11 de octubre de 2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Elche.

Como consecuencia de la situación de temor e inquietud que estaban viviendo, Dª Helena se mudó a vivir, junto con su hijo menor, a un finca en la que residían sus padres, situada en la provincia de Alicante. Dicha finca cercada por una valla, contaba con una vivienda principal, en la que dormían los padres de la víctima, Dº Víctor y Dª Eugenia, y una casa para invitados, donde normalmente pernoctaban Dª Helena y su hijo. Además, también eran propietarios de una pequeña caseta y un cobertizo, siendo en este último lugar donde Dº Víctor tenía guardada una escopeta que había pertenecido a su padre, hecho

conocido por el acusado ya que era sabedor de la existencia de dicha arma de fuego y del lugar donde podía encontrarla.

El día 10 de Noviembre de 2015 el acusado, previo aviso a sus vecinos de que se marchaba de viaje para ver a unos familiares en Galicia, partió en coche de la localidad zaragozana de Belmonte de Gracián rumbo a Alicante, provisto de un pasamontañas, una carta que días antes había escrito, en la que argumentaba los motivos por los que iba matar a D^a Helena, y cinco cartuchos compatibles con la escopeta de su suegro.

Sobre las 18:00 horas de ese mismo día, D^o Manuel llegó a Agost (Alicante), donde permaneció hasta que anocheció y, alrededor de las 20:00 horas, se desplazó hasta la localidad de El Altet, lugar donde residía la víctima.

Al llegar a la finca, el acusado, provisto de los cartuchos y ocultando su rostro con el pasamontañas, saltó la valla y fue directo al cobertizo donde se apoderó de la escopeta de su suegro. A continuación, se dirigió a la casa de invitados, entrando en ella a través de la ventana del baño, y se escondió debajo de la cama donde solía dormir D^a Helena, la cual en ese momento entró a por unas zapatillas, regresando después a la vivienda principal donde dormiría esa noche junto a sus padres, ya que, al ser alertada a través de una llamada telefónica de que el acusado se había ido de viaje, lo estimó conveniente.

D^o Manuel permaneció durante 12 horas vagando por las dependencias de la finca, hasta que poco antes de que amaneciera decidiera esconderse en la caseta para esperar a que D^a Helena saliera de la casa.

Sobre las 7:50 horas, la víctima sale de la vivienda principal en dirección a la casa de invitados y el acusado al verla pasar, sale de su refugio y la sigue. Una vez dentro de la casa, D^a Helena nota algo extraño y, al darse la vuelta, se encuentra con D^o Manuel apoyado en la puerta con el pasamontañas, apuntándola con la escopeta y gritándola en tono amenazante “De esta te mato”. A continuación, la víctima reacciona cogiendo el cañón de la escopeta con las dos manos, desviándolo hacia arriba, momento el cual aprovechó para correr hacia la vivienda principal gritando a sus familiares que llamaran a la policía.

El acusado salió tras ella gritándola que la iba a matar, al tiempo que la apuntaba por la espalda y la disparaba con la escopeta, impactando la bala en el glúteo y la espalda de D^a Helena, todo ello careciendo el acusado de permiso de armas. A consecuencia del disparo, la víctima cae al suelo, golpeándose la cara, y rompiéndose el teléfono móvil que llevaba en el bolsillo.

A continuación, D^o Manuel se dispuso a cargar de nuevo el arma para disparar por segunda vez, pero mientras tanto, la víctima ayudada por su madre pudo resguardarse en el interior de la casa principal y llamar a la policía. Ante esta situación, el acusado se dio a la fuga, escondiendo, previamente, la escopeta en unos matorrales.

Cabe destacar que, tanto el padre como la madre de la víctima presenciaron los hechos descritos y acudieron al auxilio de su hija, y al mismo tiempo, el hijo menor también vio parte de lo ocurrido, concretamente, a una persona con pasamontañas y escopeta saliendo de la finca.

D^o Manuel fue interceptado y detenido cuando conducía por la Circunvalación Sur de la Ciudad de Elche, y se encuentra en situación de prisión provisional desde el 13 de noviembre de 2015.

Finalmente, hay que señalar que el presente caso llega al Tribunal Supremo, el cual dictó sentencia nº 282/2018 de 13 de junio de 2018, ante el recurso de casación por infracción de la ley e infracción de precepto constitucional planteado por la representación procesal del acusado D^o Manuel, contra la resolución dictada por la de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación nº 46/2017.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1 ASPECTO PROCESAL-PENAL

En el presente apartado, se tratarán de analizar, todas y cada una de las actuaciones procedimentales que se siguen en la causa examinada, con especial hincapié en la actuación y figura del abogado, tanto de la defensa como de la acusación.

2.1.1 Acto de inicio de la instrucción

El proceso penal examinado se inicia mediante atestado policial, promovido de oficio por los propios Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, fruto de su labor profesional. La remisión de dicho atestado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Elche (art. 87 ter.1 LOPJ) da inicio al proceso penal y D^a Helena será llamada a lo largo del proceso para el ofrecimiento de acciones, siendo suficiente con su personación, sin que tenga necesidad de formular querrela.

Es importante señalar, como la policía debe entregar el atestado al JVM de Elche, teniendo en cuenta que no podrá dejar de transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento al juez o al fiscal de las diligencias que hubiera practicado.

Tal y como señala ROBLES GARZÓN¹, basándose en el atestado, el juez de instrucción o, en su caso el fiscal, decide incoar las diligencias sumariales correspondientes, exactamente igual que si se tratara de una denuncia hecha por particulares.

De lo previsto en el art.292 LECRIM, podemos afirmar, que la policía debe incluir en el atestado, los hechos averiguados, las declaraciones e informes que hayan recibido así

¹ ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Lecciones breves de derecho procesal penal*. Granada: Comares, 2017/ pp. 57 y ss.

como todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio de delito.

2.1.2 La fase de instrucción

En el proceso de declaración penal se distinguen dos grandes fases: la fase de instrucción y la fase de enjuiciamiento.

El artículo 299 LECRIM define la instrucción como la fase encaminada a preparar el juicio, lo que implicaría que la fase fundamental del proceso penal debería ser la fase de enjuiciamiento, sin embargo, en la práctica, la fase de instrucción sigue siendo más larga en el tiempo que la fase del juicio oral.

La fase de instrucción recibe distintos nombres en los diferentes procesos penales. Así, en el Libro II de la LECRIM, para el proceso objeto de nuestro estudio, esto es, el proceso ordinario por delitos graves, en el que se enjuician delitos castigados con pena privativa de libertad superior a nueve años, se habla de instrucción o sumario, por lo que se puede hablar, incluso, de instrucción sumaria.

2.1.3 Las medidas cautelares

Tal y como determina ROBLES GARZÓN², las medidas cautelares son las resoluciones judiciales que se adoptan durante la fase de investigación, y que van dirigidas a garantizar, tanto que la sentencia que se dicte se pueda hacer efectiva, como a asegurar la presencia del investigado en la fase del juicio oral.

En el presente caso, fueron adoptadas, y a nuestro juicio correctamente, las medidas cautelares que se exponen a continuación:

² ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Lecciones breves de...* op. cit/ p. 80.

a) La Detención

La detención se caracteriza por su carácter provisionalísimo consistente en una limitación del derecho a la libertad de un sujeto con la finalidad de ser puesto a disposición del juez.

A pesar de que las medidas cautelares deben ser adoptadas siempre por el órgano jurisdiccional, la LECRIM permite que la detención pueda ser practicada por la Policía y no siempre cuando ya haya sido incoado un proceso penal, de ahí, que en este caso, nos encontremos con que la detención practicada por los Agentes de Policía a D° Manuel, mientras huía por la Circunvalación Sur de Elche, consiste, en realidad, en una medida precautelar.

Es preciso señalar también, como para la Policía la detención de D° Manuel no se configura como una facultad, sino como una obligación, al concurrir los supuestos del art. 492.4 LECRIM, ya que los policías tenían suficientes motivos para creer en la existencia de hechos delictivos y de la participación del detenido en los mismos.

Por su parte, el Ilustre Colegio de Abogados de Elche, al que se le comunica la detención, mediante llamada telefónica de parte de la autoridad policial, debe avisar al abogado de D° Manuel de su detención, y de su solicitud de asistencia letrada. Puede ocurrir que, además, también llame la propia Policía al abogado a instancias del detenido, para comunicarle su detención y preguntarle si acepta su asistencia letrada. En ambos casos, se informa al abogado de la filiación del detenido, comisaría en la que se encuentra, delitos imputados, e incluso la hora de su declaración si ya está prevista.

Es conveniente señalar, que en el supuesto de que D° Manuel no hubiese designado a ningún abogado, éste no aceptara la designación o no fuere hallado, le sería designado un abogado por el turno de oficio.

De acuerdo con lo dispuesto por MARTÍ GARCÍA-MILÁ³, el abogado de D^o Manuel dispone de un plazo de 3 horas, que viene a sustituir al de 8 que tenía hasta ahora, para acudir a la comisaría de Policía de Elche, en la que se encuentra su cliente. En caso de que el abogado no compareciera en dicho plazo, el ICAE designaría a D^o Manuel un nuevo abogado del turno de oficio, que debe comparecer siempre dentro del plazo indicado, sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir el incompareciente.

Una vez en comisaría, el abogado de D^o Manuel tiene derecho a acceder a los atestados, conforme al art. 118 LECRIM, que establece que “El investigado tiene derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa, y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración”. Igualmente tiene, incluso si se hubiese decretado secreto de sumario, acceso a los elementos de las actuaciones que resultan esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado.

Una vez que el abogado de D^o Manuel termina de examinar dicho atestado, los funcionarios de Policía tienen que facilitarle un despacho o sala para poder hablar con su cliente reservadamente. En la práctica, no se dispone de un tiempo ilimitado, y por consiguiente, es importante que el abogado de la defensa sea eficaz, para poder escuchar lo que le narre el detenido sobre los hechos imputados, y asesorarle correctamente sobre la conveniencia o no de declarar en sede policial, siendo conveniente, a nuestro juicio, que el abogado, en este caso, aconseje a D^o Manuel no declarar.

En relación con esta entrevista inicial con el cliente, siguiendo lo expuesto por HERRERO ÁLVAREZ⁴, tanto el abogado de la defensa, en comisaría, como el abogado de la acusación, en su despacho profesional, deberán recabar toda la información que

³ MARTÍ GARCÍA-MILÁ, Núria. *El abogado en sala; Volumen III, Particularidades en el orden jurisdiccional penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017/ pp. 7 y ss.

⁴ HERRERO ÁLVAREZ, Sergio. “La actuación del abogado en el proceso penal: análisis práctico” en *Abogacía: claves para la práctica diaria*, ORTEGA BENITO, Victoria (Director). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013/ pp. 412 y ss.

puedan obtener sobre los datos esenciales de lo realmente ocurrido, la documentación existente así como sobre las demás pruebas posibles.

En este contacto preliminar, es importante que ambos abogados transmitan a sus clientes dos advertencias de carácter general: Una sobre el secreto profesional y otra sobre la garantía de los resultados esperables de la labor del abogado.

Respecto a la primera de ellas, la utilidad de que el abogado informe a su cliente de la obligación de secreto profesional, es subrayar que su narración sincera y completa de la realidad de lo ocurrido no puede perjudicarlo en absoluto, ya que todo ello permanecerá en el secreto del profesional.

La otra advertencia, es la falta de garantías de alcanzar determinados resultados en el caso. Los abogados deben informar a sus clientes de su opinión sobre las posibilidades de éxito en el asunto, la duración previsible del mismo y sus principales incidencias predecibles, pero nunca pueden asegurar resultados. El abogado de la defensa, además, no debería asegurar, ni siquiera insinuar, resultados concretos sobre la duración de la prisión provisional, al estar D^o Manuel encarcelado preventivamente.

Junto a todo lo expuesto, los abogados deben ser claros en lo relativo al coste económico de su labor profesional, y deberán tener en cuenta que, al encontrarnos ante un procedimiento ordinario, en el que, tanto en la fase de instrucción como de juicio oral, se exige la intervención de procurador y abogado, la presentación al cliente de la figura del procurador es algo que deben hacer desde el inicio del encargo profesional, ya que su retribución supone una parte del gasto total que el cliente va a tener que sufragar.

b) La Prisión Provisional

La prisión provisional consiste, conforme a ROBLES GARZÓN⁵, en la total privación de libertad del investigado durante la sustentación del proceso penal, mediante su ingreso en un centro penitenciario.

En el caso examinado, una vez que la Policía pone a D° Manuel a disposición del juez de instrucción, éste último convoca una audiencia en la que el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras pueden solicitar la adopción de esta medida cautelar.

Conforme a la LECRIM, la audiencia se celebra en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta a disposición judicial, y en ella deben estar citados el investigado asistido de su letrado y a las partes acusadoras.

Es habitual que, en la declaración de investigado, no asista el Ministerio Fiscal, pero si lo hace, existe la posibilidad de que tenga la intención de solicitar la prisión provisional. Por consiguiente, el abogado de D° Manuel, antes de entrar a la declaración de su cliente, podría preguntar al funcionario de la guardia si tienen previsto que esté presente el Ministerio Fiscal, para así poder valorar el riesgo de que se acuerde la prisión provisional.

Una vez que se levanta el acta de celebración de la comparecencia, se da la palabra al Ministerio Fiscal y a la acusación, para que soliciten que se acuerden las medidas que se consideren oportunas. El abogado de D^a Helena, debería solicitar la prisión provisional para D° Manuel, justificándola en atención al cumplimiento de los requisitos de los artículos 503 LECRIM y ss., y siendo cauteloso de no alargar su argumentación en exceso, ya que en la práctica, ésta exposición solo suele durar unos minutos.

El abogado de la acusación, según nuestro parecer, debería argumentar dicha petición, sobre la base de que existen bastantes motivos para creer responsable a D° Manuel de los hechos constitutivos de delito de los que se le acusan, y destacando, especialmente, que la prisión provisional que se solicita persigue evitar que D° Manuel

⁵ ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Lecciones breves de...* op. cit/ p. 89.

pueda atentar de nuevo contra bienes jurídicos de su víctima, incluida dentro de las personas a las que hace referencia el artículo 173.2 del CP, siendo, por tanto, D° Helena, merecedora de protección, por concurrir un riesgo real de que el investigado vuelva a cometer hechos delictivos contra ella.

En cuanto a la duración de la prisión provisional, el artículo 504.1 LECRIM establece que durara el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines que la legitiman, y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción. Junto a dicha previsión legal, se establecen límites máximos de duración, sobre la base del principio de que un sujeto no puede permanecer indefinidamente privado de libertad sin haber sido declarada su culpabilidad.

En este sentido, al decretarse, a nuestro juicio, la prisión provisional para evitar que D° Manuel atentase contra bienes jurídicos de la víctima, la prisión provisional podría durar dos años, y podría prorrogarse por otros dos al tener los delitos una pena superior a tres años.

Por último destacar, que contra el auto del juez que decreta la prisión provisional, el abogado de D° Manuel puede interponer recurso de apelación en los términos previstos en el artículo 766 LECRIM, que gozará de tramitación preferente.

2.1.4 La imputación

En base a lo establecido en el art. 384 LECRIM, el juez instructor debe dictar un auto declarando a D° Manuel procesado, desde que resulta del sumario algún indicio racional de criminalidad contra él. Al encontrarnos ante un proceso que sigue los trámites del procedimiento ordinario por delitos graves, la imputación se debe realizar a través del denominado auto de procesamiento.

Este auto de procesamiento es un requisito necesario para poder abrir la fase de enjuiciamiento y frente a este auto, el abogado de D° Manuel podría interponer conjuntamente recurso de reforma y subsidiario de apelación.

La imputación de D° Manuel implica, que se constituye formalmente en parte del proceso penal, en calidad de encausado, por lo que puede solicitar la práctica de diligencias así como las pretensiones que le interesen y, además, dicha imputación es importante porque delimita el objeto de la investigación, el sujeto que podrá ser enjuiciado y los hechos por los que se le puede exigir responsabilidad en la fase de juicio oral.

2.1.5 Las diligencias de investigación

Como señala ROBLES GARZÓN⁶, los actos de investigación cumplen un papel importante, pues son el medio para descubrir, tanto los hechos criminales, como la persona responsable de los mismos.

Las diligencias de investigación se practican ante el Juez de Instrucción, y deben contar con la asistencia de las partes, o por lo menos con la oportunidad de que las presencien. Por consiguiente, es fundamental que el abogado de D° Manuel intervenga en las diligencias que se practiquen durante la instrucción, porque debe velar por los intereses de su cliente a lo largo de todo el procedimiento y, por tanto, también en dichas diligencias. No sería aceptable, que solamente interviniera en la declaración de su cliente como investigado y en el juicio oral, ya que el resultado de las diligencias de instrucción puede ser determinante para el archivo y, en su caso, para el signo que tome la resolución final.

Por otro lado, hay que destacar, que los actos de investigación se desarrollan bajo el principio de secreto, y por lo tanto, si alguno de los abogados de las partes revelase indebidamente el contenido del sumario, que es reservado y no tiene carácter público hasta que se abre el juicio oral, será castigado con un multa de 500 a 10.000 euros.

⁶ ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Lecciones breves de...* op. cit/ pp. 61 y ss.

En cuanto a la duración de las diligencias de investigación, el art. 324 LECRIM establece que podrán practicarse, durante un plazo máximo de seis meses desde la incoación del sumario o de las diligencias previas. No obstante, si el juez declara la instrucción como compleja, ésta podría durar dieciocho meses.

Las diligencias de investigación pueden ser acordadas de oficio por el propio juez, aunque también pueden ser, y de hecho en la práctica lo son continuamente, propuestas por los abogados de las partes, de modo que cuando resulten útiles, necesarias o convenientes, el Juez acordará que se lleven a cabo.

En este sentido, en el proceso penal objeto de estudio, según nuestro parecer, deberían practicarse las diligencias de investigación que se detallan a continuación:

a) Diligencia de intervención corporal

Las intervenciones corporales suponen la extracción del cuerpo del investigado, de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a examen pericial.

Tal y como señala DE AGUILAR GUALDA⁷, el carácter que las intervenciones corporales adquieren como diligencias de investigación en el proceso, se debe y se prevé, en nuestro ordenamiento, fundamentalmente, por el contenido del artículo 363.2 LECRIM, el cual establece “la posibilidad de que, en resolución motivada, el juez de instrucción acuerde la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten procedentes para la obtención de las muestras biológicas del sospechoso necesarias para determinar su perfil de ADN; y ello, cuando concurren acreditadas razones que lo justifiquen y con sometimiento a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

⁷ DE AGUILAR GUALDA, Salud. *La prueba en el proceso penal: a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Barcelona: Bosch, 2017/ pp. 35 y ss.

La extracción de muestras biológicas de D° Manuel tiene como objeto la determinación de su ADN por la policía científica, y su posterior cotejo con el ADN obtenido de las huellas o vestigios del delito, como son el arma de fuego utilizada, o la carta manuscrita. En este sentido, el art. 326 apartado tercero de la LECRIM establece que “Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282”.

Es importante destacar como, en virtud de lo dispuesto en el apartado sexto del artículo 520 LECRIM, se exige la asistencia del abogado defensor, para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos de su cliente, cuando estos sean necesarios para la definición de su perfil genético. A este respecto, debemos hacer mención, al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS, de 24 de septiembre de 2014, que señala que “La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y, en su defecto, autorización judicial”.

Por último, respecto al valor probatorio de la prueba de ADN, la STS nº 615/2016, de 8 de julio de 2016, establece que “Debe considerarse que constituye un indicio especialmente significativo, es decir, una singular potencia acreditativa, debiendo admitirse su efectividad para desvirtuar la presunción de inocencia, en cuanto constituye prueba plena en lo que respecta a la acreditación de la presencia de una persona determinada en el lugar en que la huella genética se encuentra si este es un objeto fijo, o permite esclarecer con seguridad prácticamente absoluta que sus manos han estado en contacto con la superficie u objeto en que aparecen, en el caso de objetos móviles.”.

b) La inspección ocular

Tal y como señala ROBLES GARZÓN⁸, con esta diligencia, el juez instructor ordena que se recojan y conserven para el juicio oral, los vestigios o pruebas de la perpetración del delito investigado. Se trata, por tanto, de un acto de comprobación personal tras el que se procederá a consignar en los autos “la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones, y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa”.

Aunque no viene expresamente regulado en la LECRIM, también cabe lo que se conoce como “la reconstrucción de los hechos”, que no es otra cosa, que una diligencia encaminada a reproducir lo que hubiera podido suceder en el lugar donde se cometió el delito. Esta modalidad de inspección ocular, tiene apoyo legal en el art.331 LECRIM y en la práctica forense. La mencionada reconstrucción de los hechos, que habitualmente se graba en soporte audiovisual, se realiza en el mismo lugar donde ocurrieron los hechos, respetando las circunstancias y con la asistencia de los testigos y del propio investigado.

En relación con la inspección ocular realizada por la policía del vehículo de D^o Manuel en el momento de su detención, lugar en el que fueron encontrados tres cartuchos, un pasamontañas negro, la ropa con la que fue identificado por la víctima y la carta manuscrita, es sumamente ilustrativa la STS nº 334/2013, de 15 de abril de 2013 que establece: “Teniendo un vehículo de motor, en principio la condición de domicilio o vivienda, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, ni hallándose protegido su habitáculo por ningún derecho fundamental, es claro que no se precisa autorización judicial para realizar la diligencia de inspección ocular. Como ya se ha reiterado, la intervención del juzgado y también la de los imputados solo sería necesaria para preconstituir la diligencia como prueba sin necesidad ya de ser imperativamente sometida a la contradicción en el plenario.

Ahora bien, que la práctica del registro del vehículo, sin la intervención judicial y sin la presencia de los imputados no vulnere ningún derecho fundamental que determine la

⁸ ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Lecciones breves de...* op. cit/ p. 73.

nulidad radical de la diligencia, no quiere decir que los funcionarios policiales que la practique no procuren que estén presentes los imputados cuando estos se hallen en las dependencias policiales y no concurran obstáculos fundados para que asistan al registro. Resulta incuestionable que el derecho de defensa y el principio de contradicción han de cumplimentarse en la medida de lo posible incluso en la fase preprocesal de la instrucción. Así lo requiere una lectura garantista de la ley ordinaria (art. 333 de la LECRIM).

Y ello no solo porque se incrementan las garantías del imputado que a fin de cuentas es lo más relevante, sino también porque otorga una mayor fehaciencia y fiabilidad a la intervención policial y facilita la legitimación del registro en el momento de ser sometido a contradicción en la vista oral del juicio, solventando y paliando posibles deficiencias y opacidades surgidas en el plenario con ocasión de las declaraciones de los testigos policiales que practicaron la diligencia.”.

c) Declaración del investigado

A pesar de que la CE reconoce al investigado el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, el art. 385 LECRIM prevé que los investigados presten cuantas declaraciones considere el juez conveniente para la averiguación de los hechos.

La declaración del investigado puede acordarse a instancia del abogado de D^a Helena, y de igual modo, el abogado de D^o Manuel también puede solicitar que se tome declaración a su cliente, tantas veces como considere necesario.

El abogado de D^o Manuel debe tener presente que estamos ante una diligencia de investigación, que puede ser tanto un acto de investigación, como un medio de defensa para su cliente, y por lo tanto, en ningún caso, supone una obligación para el mismo.

Las preguntas que se hagan a D^o Manuel en todas sus declaraciones, según determina el art. 389 LECRIM, irán dirigidas tanto a la averiguación de los hechos como a su participación en ellos. Dichas preguntas deben ser directas y el investigado las debe contestar oralmente.

Es importante señalar, la obligación que tiene el abogado D^o Manuel, de informar a su cliente, del derecho que tiene a leer la declaración una vez finalizada, la cual, debe incluir íntegramente las preguntas y las respuestas, y el tiempo que ha durado el interrogatorio.

d) Declaración de los testigos

En primer lugar, conviene aclarar, que las declaraciones testificales realizadas en fase de instrucción, son actos de investigación y no de prueba, y sólo posteriormente, en el juicio oral, el interrogatorio de testigos se realiza como prueba de cargo, ya que está plenamente garantizada la publicidad y la contradicción entre las partes.

En el caso examinado, D^a Helena debería ser llamada a declarar por ser la presunta víctima, al igual que D^o Víctor y D^a Eugenia, por haber presenciado los hechos junto con su hija. En cuanto al abogado de D^o Manuel, es importante señalar, que éste no está obligado a declarar en relación a los hechos de los que tiene conocimiento en calidad de defensor.

El testigo declarará separada y secretamente ante el juez de instrucción y el letrado de la administración de justicia, tal y como señala el art. 435 LECRIM. El citado precepto, sin embargo, tal y como determina CHOZAS ALONSO⁹, no debe interpretarse en el sentido de que la declaración testifical deba prestarse ante la sola presencia del juez y ante el fedatario judicial, sino, que en dicha diligencia, puede estar presente lógicamente, el representante del Ministerio Fiscal, y todas las partes que estuvieran actuando ya en el proceso, que también podrán formular preguntas.

La declaración de testigo será siempre personal y adoptará la forma oral, sin que le esté permitido leer declaración ni respuesta alguna que lleven escrita, tan sólo se les permitirá consultar algún apunte o memoria que contenga datos difíciles de recordar.

⁹ CHOZAS ALONSO, José Manuel. *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal: su práctica ante los tribunales*. Madrid: La Ley, 2010/ p. 493.

Tal y como señala ROMERO COLOMA¹⁰, en esta fase de instrucción, el interrogatorio es más inmediato y más extenso que en la fase de juicio oral, ya que se basa en el atestado policial y en las manifestaciones que, sucesivamente, va facilitando la prueba. En el juicio oral, en cambio, la base del interrogatorio la constituye todo el material escrito y acumulado en el sumario, ya concretado y formado.

Es importante destacar, la carencia, a nuestro modo de ver, de cómo en el interrogatorio sumarial, no se deja constancia de las reacciones espontáneas, de actitud, de gestos y expresiones de los testigos, que pueden constituir factores psicológicos de inmenso valor.

En relación con el lugar del interrogatorio, el despacho del Juez y el ropaje civil que suele imperar en la instrucción sumarial, favorece la espontaneidad de los testigos, en disparidad con la solemnidad de los Tribunales colegiados y las grandes Salas de Audiencia, que no facilitan la tranquilidad de los testigos a la hora de emitir su declaración, que, por lo general, se muestran más cohibidos.

e) Informes periciales y policiales

El juez de instrucción puede acordar esta diligencia de investigación, cuando resulten necesarios, para conocer hechos o circunstancias relevantes en la causa, conocimientos científicos.

En el procedimiento ordinario, durante la fase de instrucción, es necesaria la intervención de dos peritos cuando se trate de emitir un informe pericial, y dicho informe, deberá ser posteriormente ratificado por el propio experto en el momento del juicio oral.

¹⁰ ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*. Madrid: Civitas, 2000/ pp. 64 y 65.

En cuanto al procedimiento para la realización del informe pericial, en la línea de lo señalado por ROBLES GARZÓN¹¹, únicamente destacar, que tiene dos partes. En la primera, el perito procederá al examen del objeto de la pericia para emitir posteriormente su dictamen, mientras que en la segunda se ratificará ante el juez y las partes, procediendo a la aclaración de conclusiones. En esta última parte además, el Juez podrá hacer a los peritos, por su propia iniciativa o por reclamación de las partes presentes o de sus defensores, las preguntas que estime pertinentes. Las contestaciones de los peritos se considerarán como parte de su informe.

En virtud de lo dispuesto en la STS, de 3 de abril de 1995, al tener la acusación la carga de probar la eficacia del arma, no siendo posible presumirla, consideramos que el abogado de D^a Helena, debería solicitar la realización de un informe pericial balístico.

En este caso, el perito en balística deberá examinar la escopeta recogida por la Policía en la escena del delito, para determinar sus características, su estado de conservación y funcionamiento, y si ha sido o no disparada recientemente.

Por otro lado, hay que señalar que, la cuestión de la imputabilidad del investigado se suele suscitar durante esta fase de instrucción. El propio juez de instrucción puede ordenar la realización de un informe pericial sobre la situación mental del investigado, y pueden sumarse a ese informe otros peritos, designados por las partes. Los peritos pueden ser médicos forenses, psiquiatras o psicólogos.

Tal y como señala GASCÓN INCHAUSTI¹², es importante tener presente que la relevancia de los dictámenes periciales durante esta fase es secundaria, ya que en virtud de lo dispuesto en el art. 782.1 LECRIM, la concurrencia de las eximentes del Código Penal vinculadas con la inimputabilidad no es motivo suficiente para decretar el sobreseimiento

¹¹ ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Lecciones breves de...* op. cit/ p. 81.

¹² Ponencia de GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *La valoración de la prueba pericial sobre la imputabilidad/* pp. 16 y ss.

libre, al hacer falta juicio oral en todo caso para decretar las medidas de seguridad correspondientes y, aunque no procediera imponer medida, para resolver sobre la responsabilidad civil. Por ello, se corre el riesgo de disminuir el valor del dictamen en la instrucción, ya que debe primar el juicio, pero lo cierto es que, para la eficacia del dictamen, es mejor que sea más próximo en el tiempo.

Una de las causas de exclusión de la imputabilidad del investigado, que podría alegar el abogado de la defensa, es el trastorno mental transitorio, regulado en el art.20.1 CP. Dicho trastorno, debe concurrir en el momento de comisión de la conducta y en cuanto a su eficacia jurídica, puede variar según los grados: así, puede haber una eximente plena, una eximente incompleta o bien una atenuante (y puede ser la atenuante analógica o bien la de arrebató, obcecación u otro estado pasional).

2.1.6 Conclusión de la fase de instrucción

En el momento en que el juez instructor considera practicadas las actuaciones necesarias para investigar los hechos ocurridos y, por tanto, entiende terminada la investigación, dicta el denominado auto de conclusión del sumario.

Es importante subrayar que el juez de instrucción no tiene que esperar a que se hayan realizado todas las diligencias necesarias, una vez que ya tiene indicios racionales de criminalidad suficiente puede dictar el auto de conclusión de sumario.

En esta fase intermedia, el juez de instrucción manda remitir los autos y las piezas de convicción al Tribunal competente para conocer del enjuiciamiento, en nuestro caso, la Audiencia Provincial de Alicante (82.1 LOPJ), y notifica el auto de conclusión de sumario a las partes, emplazándolas para que comparezcan ante el Tribunal en el plazo de 10 días. Contra dicho auto no cabe ningún tipo de recurso por parte de los abogados.

De acuerdo con ROBLES GARZÓN¹³, una vez que es nombrado Magistrado Ponente y expirado el plazo para el emplazamiento de las partes, se da traslado de los autos de forma sucesiva, y por un plazo de entre tres y diez días, al Ministerio Fiscal, a la acusación particular y, por último, al encausado, para que presenten un escrito en el que se pronuncien, en primer lugar, acerca de si entienden que está correctamente concluido o por el contrario solicitan la práctica de nuevas diligencias y, en caso de entender que éste correctamente concluido, sobre si solicitan el sobreseimiento o la apertura del juicio oral. En dicho escrito, lo lógico, es que el abogado de D^o Manuel solicite el sobreseimiento de la causa, y que el abogado de D^a Helena pida la práctica de nuevas diligencias o, si entiende correctamente concluido el sumario, la apertura del juicio oral.

Recibidos dichos escritos, el Tribunal dispone de un plazo de tres días para dictar un auto o bien revocando el auto de conclusión del sumario, en cuyo caso se remitirán de nuevo las actuaciones al juez de instrucción para que las practique y vuelva después a remitir la causa, o bien confirmando la correcta conclusión del sumario y pronunciándose acerca de si corresponde el sobreseimiento o la apertura del juicio oral.

2.1.7 Apertura del juicio oral

En el caso que nos ocupa, la Audiencia Provincial de Alicante decide dictar el auto acordando la apertura del juicio oral, tal y como solicitaba la acusación particular, a la vista de la existencia varios hechos constitutivos de delito y de la presencia de un sujeto encausado como responsable de dichos hechos.

2.1.8 Los escritos de calificación provisional

En el plazo de cinco días desde la apertura del juicio oral, el Ministerio Fiscal y el abogado de D^a Helena deben presentar sus respectivos escritos de calificación provisional o

¹³ ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Lecciones breves de...* op. cit/ p. 97.

de conclusiones provisionales, en los que tienen que determinar con exactitud, los extremos en los que ejercitan tanto la acción penal como la civil.

Es importante señalar, como el abogado de D^a Helena debe redactar el escrito utilizando un lenguaje jurídico correcto, sin errores gramaticales y de sintaxis, lo cual, en la práctica del día a día del abogado, es fundamental.

Por otro lado, es conveniente que el abogado de D^a Helena informe a su cliente de tan importante escrito procesal y se lo entregue para que lo lea, por la importancia de que el relato fáctico no contenga errores y esté correctamente formulado.

En cuanto al contenido del escrito, el abogado de la defensa debe solicitar la apertura del juicio oral, así como determinar, que la competencia para el enjuiciamiento le corresponde a la Audiencia Provincial de Alicante, además de identificar a D^o Manuel, como la persona contra la que se dirige la acusación, y de incluir las conclusiones provisionales. En cuanto a éstas últimas, podemos estructurarlas en seis:

– Conclusión primera. 1º Hechos: El abogado debe relatar los mismos sin consideración legal. Nos remitimos a los hechos expuestos en el apartado del trabajo denominado “Hechos”.

– Conclusión segunda. 2º Determinación del delito que constituya. El abogado de D^a Helena debería apreciar que los hechos anteriormente relatados son legalmente constitutivos de un delito de tentativa de asesinato, penado en el art. 138 CP, un delito de quebrantamiento de medida cautelar, previsto en el art. 468.2 CP, un delito de allanamiento de morada, penado en el art. 202.1 CP y un delito de tenencia ilícita de armas, previsto en el art. 564.1.2º CP.

– Conclusión tercera. 3º Participación del investigado. El abogado de la víctima debería acusar a D^o Manuel, de todos los delitos anteriormente citados, en concepto de autor en virtud del artículo 28 CP.

– Conclusión cuarta. 4º Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. El abogado de la acusación debería señalar, la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, prevista en el artículo 23 CP y de la circunstancia agravante de género, prevista en el artículo 22.4 CP, al resultar ambas compatibles.

– Conclusión quinta. 5º Pena. El abogado de Dª Helena debería solicitar para Dº Manuel, por el delito de asesinato en grado de tentativa, la pena de 15 años de prisión, por el delito de quebrantamiento de medida cautelar, la pena de un año de prisión, por el delito de allanamiento de morada, la pena de dos años de prisión y por el delito de tenencia ilícita de armas, la pena de un año de prisión. Además debería solicitar la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante el tiempo de la condena por el delito de asesinato.

– Conclusión sexta. 6º Prueba para el juicio oral. El apartado sobre la prueba lo trataremos con profundidad más adelante.

Por otro lado, ya que nuestro ordenamiento permite la acumulación de la acción civil y penal en un mismo proceso, consideramos conveniente que el abogado de Dª Helena ejercite la acción civil derivada del delito, y por lo tanto, incluya también en el escrito, más concretamente en la conclusión 5º, que Dº Manuel, al ser el sujeto responsable de los daños y perjuicios causados, debe indemnizar a Dª Helena en la cantidad de 160 euros, por los daños causados en su teléfono móvil y en la cantidad de 37.498, 644 euros, por las lesiones sufridas.

Respecto al daño personal, es decir, las lesiones causadas, tal y como señala VIDAL FERNÁNDEZ¹⁴, se utiliza como criterio orientativo para la cuantificación de la indemnización, el sistema de Baremo, previsto para la valoración de las lesiones producidas

¹⁴ VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña. “La indemnización a las víctimas de delitos y proceso penal” en *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, DE HOYOS SANCHO, Monserrat (Director). Navarra: Aranzadi, 2017/ pp. 238 y 239.

por vehículos a motor, por las ventajas que ofrece: mayor certeza y seguridad jurídica, permite dar un tratamiento análogo a situaciones con supuestos de hecho coincidentes, impulsa y facilita los acuerdos transaccionales... etc.

Una vez presentados estos escritos por las partes acusadoras, el abogado de la defensa debe presentar su escrito de calificación dentro de un plazo de 5 días. En dicho escrito, debe incluir sus conclusiones numeradas y correlativas a las de la calificación realizada por las partes acusadoras en sus escritos, en las que manifieste si está o no conforme con cada una, o exponga los puntos de desacuerdo.

Desde nuestro punto de vista, el abogado de D^o Manuel debería relatar en la conclusión primera, relativa a los hechos acaecidos, como su cliente solo pretendía hablar con su expareja, no teniendo intención alguna de causarle daño, al llevar la escopeta exclusivamente para disparar al aire. Además debería subrayar, que el pasamontañas lo llevaba puesto simplemente para protegerse del frío y que la carta que escribió ebrio, fue fruto del estrés y de la depresión que le provocó la ruptura con D^a Helena.

En relación con la conclusión segunda y tercera, en el escrito debería admitir que los hechos son constitutivos de un delito de quebrantamiento de medida cautelar, de allanamiento de morada y de tenencia ilícita de armas, de los cuales, debe responder D^o Manuel en concepto de autor. Sin embargo, respecto al delito de tentativa de asesinato, no debería mostrarse conforme, debiendo apreciar, en cambio, un delito de imprudencia grave con resultado de lesiones del art. 147.1 CP, en concepto de autor.

En la conclusión cuarta, el abogado del acusado debería señalar la concurrencia de la circunstancia atenuante de alteración psíquica del art. 20.1 CP en relación con el art. 21.1CP y de la circunstancia atenuante del art. 21.2 CP en relación con el art. 20. 2 C, al actuar su cliente bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Respecto a la conclusión quinta, el abogado de la defensa debería solicitar para su cliente, por el delito de imprudencia grave, la pena 3 años de prisión, por el delito de quebrantamiento de medida, la pena de 6 meses de prisión, por el de allanamiento de

morada, la pena de 6 meses de prisión y por la tenencia ilícita de armas, la pena de 6 meses de prisión. En cuanto a la responsabilidad civil solicitada, debería existir conformidad.

Por otro lado señalar, que resulta igual de importante, que el abogado de la defensa se reúna con su cliente para la preparación y lectura del escrito.

2.1.9 Desarrollo del juicio oral

Presentados los escritos de calificación provisional por los abogados y una vez que la Audiencia Provincial de Alicante resuelve sobre la admisión de la prueba propuesta mediante auto, el letrado de la administración de justicia señala el día y la hora de comienzo de las sesiones del juicio oral, señalamiento que se notifica a las partes, además de efectuarse las citaciones correspondientes a testigos y peritos.

Antes de la celebración del juicio oral, es fundamental que los abogados de las partes mantengan una reunión con sus clientes, con el fin de refrescarles los aspectos esenciales del juicio y de esta forma, puedan exponer un testimonio claro y sin fisuras. En dicha reunión, a nuestro parecer, los abogados deberían exponer a sus clientes todo lo relativo al caso, con especial detenimiento en el interrogatorio al que pueden ser sometidos.

También es importante destacar, como en esta fase, al igual que en todo el procedimiento penal, el abogado de la acusación debe respetar al abogado de la defensa y viceversa, no siendo despectivos entre ellos, utilizando sarcasmos o insultos para combatir su postura. En cuanto a la forma en la que deben dirigirse al juez, es importante que utilicen el término “Señoría” y no “Señor”.

En el procedimiento objeto de estudio, la sesión del juicio comienza dando cuenta de los hechos que motivaron la formación del sumario y del día en que éste se comenzó a instruir, expresando además, si el procesado está en prisión o en libertad provisional, con o sin fianza, continúa con la lectura de los escritos de calificación y las listas de peritos y testigos que se hubiesen presentado, y sigue con la práctica de la prueba.

2.1.10 La práctica de la prueba

La práctica de las pruebas comienza por la que haya solicitado el Ministerio Fiscal, continúa con la solicitada por la acusación particular y, por último, corresponde el turno de la defensa.

Las pruebas se practican según el orden en el que hayan sido propuestas en los respectivos escritos de conclusiones provisionales y, aunque no se haga en la práctica habitual, es importante señalar, como el presidente de la sala puede alterar dicho orden cuando lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad.

Por otro lado, en la actualidad, tal y como expone CONTRERAS ROJAS¹⁵, la doctrina mayoritaria afirma, que el fin de la prueba es lograr la convicción del juez sobre las afirmaciones de hecho realizadas por las partes en la causa. De esta manera, se renuncia a alcanzar la verdad, y en su lugar, se sostiene que sólo se puede aspirar a alcanzar un estado de convencimiento del juzgador.

Para esta visión, la prueba es considerada como un mero instrumento de persuasión del que se valen las partes para convencer al juez de la veracidad de sus alegaciones y, por ende, para que éste falle en su favor. Esto queda de manifiesto, si consideramos la práctica de la prueba a partir del enfoque del abogado de uno de los litigantes, ya que sólo perseguirá proteger los derechos de su cliente, y para ello se valdrá de la prueba que tenga disponible y que estime necesaria para este fin, aunque ella no sea útil para esclarecer lo que realmente sucedió.

a) El interrogatorio del acusado

¹⁵ CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2015/ pp. 56 y 57.

En la práctica forense la declaración del acusado es la primera prueba que se practica, y sólo de forma minoritaria, algún juzgado o tribunal ha estimado que es posible modificar este orden, y que el interrogatorio del acusado pueda tener lugar al final de la práctica de la prueba, más concretamente, al final de la prueba de la acusación, si así lo solicita la defensa.

Es importante destacar que la LECRIM no regula estrictamente el interrogatorio del acusado en el juicio oral, sino únicamente la denominada “confesión”, que se produce a preguntas del juez.

Cuando se toma declaración a D^o Manuel, como presunto autor de los delitos, no se le puede exigir juramento o promesa de decir verdad, ya que no se le interroga como testigo, y exclusivamente se le podrá incitar a decir la verdad, advirtiéndole que debe responder de manera precisa y clara a las preguntas que le realicen las partes.

Las preguntas, que primero plantean las partes acusadoras, y posteriormente la defensa, se realizan libremente y se dirigen siempre a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos del acusado. Dichas preguntas, deben formularlas los abogados de manera directa, evitando las capciosas, que son aquellas dirigidas a obtener una respuesta comprometedora, así como las sugestivas, que proponen o aconsejan algo, además de las impertinentes, que no son oportunas al caso.

Las contestaciones de D^o Manuel deben ser orales, aunque el tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias del declarante y la naturaleza del delito, puede autorizar que, siempre en su presencia, redacte una contestación escrita sobre puntos difíciles de explicar o consulte notas.

En cuanto a la proximidad del acusado con su abogado durante el desarrollo de la práctica de las pruebas, consideramos que un juicio con garantías debería posibilitar la comunicación del acusado con su defensor, no por una cuestión meramente estética, sino con el fin de que el abogado pueda consultar de forma instantánea con su defendido los resultados de la prueba y dirigir de un modo más eficaz la estrategia de defensa. Esta cercanía física entre acusado y abogado, se garantiza en el procedimiento de jurado, más

concretamente, en el art.42 de la *Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado*, pero no en el resto de procedimientos penales. La LECRIM no impide esta posibilidad, ya que no establece ninguna.

Por consiguiente, consideramos oportuno que se sitúe a D^o Manuel en el banquillo de los acusados o en el centro de la sala, lugar donde sólo tiene contacto visual con su defensor, su abogado debería rogar al tribunal que le situé más cerca de él, para así poder garantizar la práctica de una defensa adecuada.

b) La prueba testifical

En primer lugar, en cuanto al orden de las declaraciones de los testigos, el art. 701. IV y V LECRIM, en relación con el art. 705 LECRIM, prevé que declaren, por el orden que figuren en sus respectivas listas, primero los testigos propuestos por el Ministerio Fiscal, después los de las demás partes acusadoras y, finalmente, los presentados por la defensa. Sin embargo, este mismo artículo, le permite al presidente del tribunal alterar este orden a instancia de parte, y aun de oficio, cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad.

Si el testigo es mayor de catorce años, el presidente le recibe juramento o promesa de decir la verdad y le informa, en un lenguaje claro y comprensible, sobre la obligación que contrae de ser veraz y de la posibilidad de incurrir, si no cumpliera con esta obligación, en un delito de falso testimonio.

Tras la promesa o juramento de decir verdad, en virtud de lo que establece el art. 708 LECRIM, el testigo debe responder a las preguntas generales de la ley del art. 436.1 LECRIM, es decir, debe manifestar, su nombre y apellidos, edad, estado y profesión, si conoce o no al procesado y a las demás partes y si tiene con ellos parentesco, amistad o relaciones de cualquier otra clase...etc. Estas preguntas generales pero, sobre todo, las respuestas tienen como destinatario principal al propio tribunal, el cual puede ir descubriendo el perfil y las características del testigo para tenerlo en cuenta en su momento, de cara a otorgarle mayor o menor credibilidad.

Tal y como afirma CHOZAS ALONSO¹⁶, tras la respuesta del testigo a las preguntas generales de la ley, da comienzo el interrogatorio en sentido estricto. El legislador ha optado por un sistema de interrogatorio cruzado y oral, es decir, que una vez respondidas las preguntas formuladas por la parte que propuso la prueba testifical, podrán las demás partes, plantear nuevas preguntas sobre los hechos en función del contenido de las respuestas del testigo.

Las preguntas deben formularse, por parte los abogados, guardando un encadenamiento causal, referido, principalmente, al orden cronológico de los hechos, comenzando por los más antiguos, y siguiendo por los concretos y más recientes.

Es importante señalar, como para los abogados, resulta más conveniente haber analizado qué interés tiene el testigo y qué interesa resaltar del interrogatorio que, por el contrario, llevar una lista de preguntas para formular al testigo.

Plasmar las preguntas por escrito puede resultar un apoyo para el abogado, pero interrumpe el interrogatorio, al tener que consultar la lista de preguntas, para comprobar, si aquella en concreto la ha contestado ya o no el testigo. Además, el interrogatorio se puede complicar, aún más, si son muchas las preguntas que los abogados quieren realizar al testigo. Por consiguiente, es importante que los letrados se adapten a lo que esté acaeciendo en el acto del juicio, y planteen el interrogatorio en función de lo que esté transcurriendo.

En el caso que nos ocupa, consideramos que el abogado de la acusación, debió proponer en su escrito de conclusiones provisionales, el examen de los siguientes testigos:

- D^a Helena
- D^o Víctor y D^a Eugenia (padres de la víctima)
- El hijo menor de D^a Helena

¹⁶ CHOZAS ALONSO, José Manuel. *El interrogatorio de testigos en...op. cit/* pp. 570, 574 y 577.

- Los miembros de Policía que intervinieron en la detención de Dº Manuel y elaboraron el atestado policial

En otro orden, el abogado de la defensa, debió de proponer, en su correspondiente escrito de conclusiones provisionales, el examen de los siguientes testigos:

- Dª Helena
- Los miembros de la Policía que intervinieron en su detención y elaboraron el atestado policial

– Testimonio de la víctima

Tal y como señala ROMERO COLOMA¹⁷, hay que tener en cuenta que, en el momento de la evocación por la víctima de los sucesos acaecidos, influye muchísimo su estado emotivo. Así, en un primer momento, puede aparecerse contradictoria y confusa. Incluso la emoción la puede dar lugar a falsos recuerdos, no siendo extraño que se recuerden como sucedidos hechos que se deseaba que sucediesen.

Otro factor emotivo es la sorpresa, estado que puede convertir a los testigos en mediocres observadores y, con posterioridad, en malos evocadores de recuerdos. También influye, naturalmente, en este supuesto, otros factores como el miedo.

En este punto es importante señalar como, en la sentencia nº282/2018, objeto de nuestro estudio, la Sala Segunda del TS dedica un punto en el que analiza, en concreto, la declaración de las víctimas de violencia de género, manifestando que “las víctimas de hechos de violencia de género declaran en el plenario con una posición distinta a la de los testigos que ven los hechos, como fueron los padres, pero que no son víctimas directas del hecho”.

¹⁷ ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la prueba testifical...* op. cit/ p. 42.

La citada sentencia constituye la segunda en la que el TS aplica la perspectiva de género en delitos de violencia de género, siendo la primera la STS nº247/2018, de 24 de mayo de 2018.

La Sala de lo Penal considera, que tratar a las víctimas de la violencia de género como testigos en el proceso penal “desnaturaliza su verdadera posición puesto que la víctima no sólo ha visto un hecho y puede testificar sobre él, sino que también es sujeto pasivo del delito, y su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho”.

El tribunal considera que, en estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto, es víctima, y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba. La Sala explica que este problema no se resolvió en la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*, donde se pudo hacer una modificación de la LECRIM que habilitara una especial y privilegiada posición de la víctima del delito desde el punto de vista del proceso penal. Sin embargo, prosigue la Sala, se limitó a fijar la división entre víctima directa e indirecta.

La sentencia considera relevante conceder una posición procesal a la víctima al margen, o por encima, de la mera situación de testigo, en casos de delitos de género en los que se enfrentan a un episodio realmente dramático, como es comprobar que su pareja, o expareja, toma la decisión de acabar con su vida, por lo que “la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya valoración es valorada por el tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud”.

Ello no quiere decir, precisa la Sala, que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, aunque el tribunal sí podrá apreciar y observar con mayor precisión la forma de narrar cómo ocurrió el hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en el juicio con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito. En este punto afirma que la circunstancia de que entre autor del delito y víctima haya existido algún tipo

de enfrentamiento, o haber sido ésta sujeto pasivo de otros hechos delictivos precedentes, no debe conllevar que se dude de su veracidad. Tampoco será un elemento negativo hacia la víctima la circunstancia de que haya tardado en denunciar hechos de violencia de género.

– Testimonio de los padres de la víctima

En cuanto a los padres de la víctima, su edad no es por sí sola ningún impedimento ni una deficiencia para dar buenos testimonios, pues estos dependen, generalmente, de su estado psíquico, de su memoria y sugestibilidad y de que conserven intacta su capacidad de atención.

Sin embargo, suponiendo que son mayores de cincuenta años, siguiendo lo dispuesto por ROMERO COLOMA¹⁸, una vez pasada esta edad, es importante señalar, como puede disminuir su percepción de los detalles y, en particular, la percepción visual dinámica, ósea, la capacidad de percibir detalles en los objetos que están en movimiento. Por medio de recientes experimentos, se ha recabado que la mayor parte de las dificultades asociadas al envejecimiento se refieren a los mecanismos de imaginación y a la capacidad rememorativa.

– Testimonio del hijo menor

Tal y como afirma ROMERO COLOMA¹⁹, los Psicólogos y los críticos de la prueba están de acuerdo en que los niños son malos testigos, debido, principalmente, a su egocentrismo, su imaginación, que les conduce a una frecuente asociación de ideas, su falta de autocritica para separar y distinguir, por tanto, lo percibido de lo meramente imaginado y eliminar así esas asociaciones de ideas y recuerdos. Estas condiciones permanecen con frecuencia hasta los doce años, si bien no puede señalarse una edad fija, porque, en todo caso, depende del diverso desarrollo físico y mental.

¹⁸ ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la prueba testifical...* op. cit/ pp. 33 y 34.

¹⁹ ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la prueba testifical...* op. cit/ p. 32.

Otras condiciones que se observan en los niños y que hacen deducir una falta de capacidad en su testimonio, son las debidas al temperamento, carácter, mentalidad, timidez y sugestibilidad. El respeto a la verdad, por ejemplo, es una noción que se les hace adquirir muy poco a poco. Por ello, el niño no concede respeto ni importancia a la verdad por sí misma.

– Testimonio de los Agentes de Policía

Tal y como señala CHOZAS ALONSO²⁰, cuando los Agentes de Policía y, en general, los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, comparecen ante el tribunal sentenciador, y declaran sobre lo que oyeron o percibieron en el momento del acaecimiento de unos hechos relevantes para el proceso, o sobre las diligencias practicadas durante la investigación, o para ratificar el contenido del atestado, lo hacen en calidad de testigos.

Es importante destacar como no caben ratificaciones genéricas y en el juicio los agentes deberían explicar lo que recuerdan de lo ocurrido, pero a menudo los funcionarios de policía se remiten al atestado en detalles que ya no pueden recordar debido al tiempo transcurrido entre los hechos y el juicio oral.

Como ya señaló el TC en su sentencia nº 217/1989, de 21 de diciembre de 1989, los funcionarios policiales que han participado en la investigación o en la confección de un atestado, pueden prestar dos tipos de declaración: una, como testigos directos, respecto de los hechos que han percibido personalmente, y otra, como testigos de referencia, respecto de los hechos que han conocido a través de la declaración de terceras personas.

Algún autor, como Nieva Fenoll, se muestra muy crítico con la valoración privilegiada que les está otorgando últimamente la jurisprudencia a las declaraciones

²⁰ CHOZAS ALONSO, José Manuel. *El interrogatorio de testigos en...* op. cit/ pp. 395, 396 y 397.

testificales de los policías intervinientes en la investigación, cuando, en realidad, estas declaraciones deben ser valoradas con mucha mayor prudencia que las de cualquier otro testigo, debido a que en su actuación investigadora no concurren, y no pueden concurrir, las características de independencia e imparcialidad. Y por desgracia, por razones puramente de lógica de la investigación, no pueden cumplir con el respeto al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

c) La prueba pericial

Es posible definir la prueba pericial como aquella opinión emitida por un perito en un juicio, relativa a un hecho del proceso que requiere de conocimientos especiales para ser comprendido, y que es relevante a la hora de decidir por el tribunal.

La STS n° 300/2015, de 19 de mayo de 2015, establece que la prueba pericial “Se trata de prueba personal documentada de contenido técnico científico llamada a facilitar la labor del tribunal en el momento de valorar la prueba, y opera como una suerte de auxiliar del juez que suple su falta o insuficiencia de conocimientos especializados para tener, de ese modo, un adecuado conocimiento de los hechos sometidos a su enjuiciamiento.”. A mayor abundamiento, la STS n°271/2010, de 30 de marzo de 2010, señala que la pericial “es una prueba de carácter personal, donde el principio de intermediación personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la prueba documental.”.

El perito es un tercero ajeno al juicio, lo que implica que no tuvo ninguna clase de participación en los hechos que se están discutiendo, ni una relación directa con ninguna de las partes.

Los requisitos de admisibilidad, propios de la prueba pericial son, en primer lugar, que el peritaje debe resultar necesario para acreditar el hecho correspondiente, en segundo lugar, que la admisibilidad de la prueba pericial requiere, necesariamente, que el perito sea una persona idónea y por último, que el peritaje debe fundarse en conocimientos confiables, esto es, dotados de un nivel de aceptación social que resulte suficiente.

Es importante señalar, en relación con el momento en el que las partes formulan preguntas al perito, como los abogados no pueden hacer señales o gestos al perito para orientar sus respuestas y deberían abstenerse, también, de plantear la misma pregunta al perito, una y otra vez, desde todos los ángulos posibles, ya esto que podría agotar la paciencia del tribunal.

También cabe señalar, que, cuando el juez pregunte una duda al perito, el abogado no debería precipitarse a responder sin esperar la intervención de aquél, ni tampoco, obviamente, interrumpir a este último en su intervención.

En relación con el caso que nos ocupa, consideramos que el abogado de D^a Helena, debería haber citado a los siguientes peritos, para que ratifiquen su informe en el juicio, y amplíen su contenido en las preguntas que le sean formuladas:

- Agentes de la Brigada Local de Policía Científica n°006, 007 y 008, de la Comisaría General de Policía Nacional de Elche, para que ratifiquen su informe pericial balístico.
- Perito calígrafo. Este perito debe determinar la identidad de la persona que escribió la carta manuscrita, desde el punto de vista de la autoría, sin determinar ninguna característica de la personalidad del sujeto en cuestión.
- Médico forense. Este perito debe elaborar un informe en base a la documentación que consta en las actuaciones, en especial, de los partes médicos de urgencias de la víctima, de la documentación aportada por la víctima cuando es examinada por éste, en la que cabe incluir los informes de otros especialistas, así como del examen directo de la misma, ya sea en el acto de la guardia, o en visitas concertadas durante la tramitación del procedimiento.
- Perito dactiloscópico. El Tribunal Supremo exige, para que sea una prueba fiable, que se obtenga la huella indubitada del sospechoso en presencia judicial, para que el dictamen técnico no recaiga sobre huellas que figuran masificadas en los archivos policiales.

Esta prueba se podría realizar, para comprobar si las huellas dactilares del acusado se encuentran en el arma de fuego, los cartuchos o en la carta manuscrita.

- Perito psicológico. Este perito realiza un informe, en el que debe incluir, una valoración del daño moral y de las secuelas psicológicas de la víctima, posteriores a la situación violenta que ha sufrido, así como una evaluación de su testimonio.

En cuanto a la valoración del testimonio, la pericia consistiría en un examen médico de la víctima, para determinar si padece alguna enfermedad mental que le condicione y oriente su discurso hacia la fabulación, le impida percibir correctamente los hechos enjuiciados o le impida prestar testimonio en el juicio. Por lo tanto, el objeto de la pericia no es, pues, la credibilidad de la víctima, sino los hechos concretos a los que hemos hecho referencia.

Por otro lado, Dº Manuel, debería haber citado al perito siguiente para el acto del juicio:

- Perito psicológico. Este perito debe pronunciarse sobre las capacidades volitivas de Dº Manuel, determinando además, si padece algún tipo de trastorno del estado de ánimo que le pudiera producir, entre otros, comportamientos violentos.

d) La prueba documental

La Audiencia Provincial de Alicante debe examinar los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción, que puedan servir para aclarar los hechos.

En la práctica es común que, tanto el abogado de la acusación, como el de la defensa, utilicen la fórmula de tener la documental “por reproducida”, haciendo referencia a la concretada en los escrito de conclusiones provisionales, mediante folios concretos de la causa en la que consta, sin embargo, hay que señalar, que esta práctica no debería realizarse de modo mecánico sin antes analizar las ventajas de su lectura.

En nuestro parecer, y para la práctica en este momento procesal, el abogado de D^a Helena debió haber propuesto como prueba documental, en su correspondiente escrito de conclusiones provisionales, los siguientes elementos:

- La lectura de los siguientes folios de las actuaciones:
 - El atestado policial
 - La hoja histórica penal
 - La declaración del investigado
 - La declaración de los padres de la víctima

- La carta que D^a Manuel había escrito, en la que manifiesta, explícitamente, su intención de matar a D^a Helena, ya que en ella anuncia, que su hijo se iba a quedar sin padre y sin madre, pues a uno le esperaba la muerte y al otro la cárcel.
- El parte médico de urgencias de D^a Helena, fechado el 11 de noviembre de 2015.
- El informe fotográfico que evidencie las lesiones y los perjuicios causados por D^o Manuel a la víctima, incluyendo fotografías, tanto de las lesiones como de la rotura de su teléfono móvil.
- El historial clínico de D^a Helena, donde se muestren los malos tratos sufridos con anterioridad por ésta a manos de D^o Manuel.
- Auto de 11 de octubre de 2015 del Juzgado de Primer Instancia e Instrucción nº1 de Calatayud en las Diligencias Urgentes 795/2015 seguidas por un delito de malos tratos en el ámbito de la violencia sobre la mujer.

Por su parte, el abogado de D^o Manuel, también debió de haber propuesto, en su escrito de conclusiones provisionales, los siguientes documentos:

- La lectura de todos los folios del procedimiento
- El informe médico de urgencias, fechado el 13 de octubre de 2015, que plasma, que padecía una la alteración física, a lo que se añade un excesivo consumo de alcohol.

- El informe de urgencias, fechado el de 3 de abril de 2017, que plasma, asimismo, el padecimiento por Dº Manuel de una la alteración física, además de un consumo de alcohol excesivo por el mismo.
- Las recetas médicas de los medicamentos antidepresivos que consume.

Por último, y en relación con la carta que escribió el acusado, advirtiendo a su hijo menor de edad de que iba a quedarse sin padre y sin madre, consideramos necesario señalar en este punto, como las muertes ocasionadas a hijos de mujeres maltratadas por parte de sus padres, así como los efectos constatados en los niños testigos de violencia de género, ha dado lugar a una importante modificación de la *LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. En concreto, la *LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, modifica el art.1 de la *LO 1/2004*, para incluir a los menores como víctimas directas de la violencia de género.

Tal y como señala DÍEZ RIPOLLÉS²¹, con esta modificación se pretende hacer visibles a los menores que, en el entorno de la violencia de género, son instrumentalizados por el maltratador para ejercitar la violencia sobre la mujer. La Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificada por España, reconoce que ser testigo de violencia puede ser tan traumático para el niño como ser víctima de abusos físicos o sexuales. Los menores, víctimas “invisibles” de la violencia de género, se convierten fácilmente en armas arrojadas con las que el maltratador martiriza a la mujer.

En conexión con este principio de protección de los menores contra la violencia de género, en el artículo 12.3 de la *Ley 25/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, se garantiza el apoyo necesario para que los menores que queden bajo la patria potestad de una víctima de violencia de género, como en este caso, puedan permanecer con la misma, así como su protección, atención especializada y recuperación.

²¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-2014): su efectividad, eficacia y eficiencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017/ p. 65.

2.1.11 Conclusiones definitivas y derecho a la última palabra

Tras la práctica de la prueba, si los abogados de las partes mantienen sus calificaciones provisionales, lo que es habitual, las deben formular de manera oral y serán elevadas a definitivas. En el caso estudiado, a nuestro juicio, los abogados deberían mantener sus calificaciones provisionales, ya que pueden estimar que las pruebas desplegadas en el juicio no han venido sino a confirmar sus tesis acusatorias o defensivas, plasmadas en sus respectivos escritos de acusación o defensa.

Por el contrario, en el caso de que los abogados las modifiquen, deben ponerlas por escrito y entregarlas al tribunal. En la práctica, se suspende la vista durante el tiempo necesario para que el abogado redacte el escrito de calificación definitiva, en el que nunca puede variar lo esencial de los hechos criminales, ni la persona del acusado.

Conforme determina ROBLES GARZÓN²², las sesiones del juicio oral concluyen con el derecho a la última palabra que el tribunal ha de ofrecer al acusado. Si D^o Manuel decide ejercer este derecho, la Audiencia le concederá la palabra. En los últimos años, el Tribunal Constitucional ha cambiado su doctrina, entendiendo que, en caso de omisión de este derecho por el juez o tribunal, no provocará una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, salvo que se haya producido una indefensión material (STC n^o 258/2007, de 18 de diciembre de 2007).

Después de hablar el acusado, en caso de que hiciera uso de dicho derecho, el juicio quedará visto para sentencia.

2.1.12 La sentencia

Estando ya en la fase de juicio oral, el proceso penal tan solo puede terminar en sentencia.

²² ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Lecciones breves de...* op. cit/ p. 115.

Podríamos definir las sentencias como las resoluciones de carácter judicial que dictan los juzgados y tribunales cuando deciden definitivamente la cuestión criminal (art.141 LECRIM) en las que se resuelven todas las cuestiones que hayan sido objeto de juicio, condenando o absolviendo a los procesados, no solo por el delito principal y sus conexos, sino también por todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio (art. 742 LECRIM).

En el caso objeto de examen, la Audiencia Provincial de Alicante, a 4 de octubre de 2017, dicta una sentencia condenatoria al considerar probada la culpabilidad del acusado y al imponerle las sanciones penales previstas para los delitos por los que ha sido condenado, como veremos con mayor profundidad en el apartado del trabajo titulado “Aspectos Penales”.

Finalmente, el Letrado de la Administración de Justicia debe notificar dicha sentencia por escrito a todas las partes del proceso.

2.1.13 El recurso de casación

El abogado de Dº Manuel, puede interponer recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, en el plazo de cinco días desde que le es notificada, ante la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo, órgano competente del conocimiento de dicho recurso, en virtud de lo dispuesto en los arts. 847.1 LECRIM y 57 LOPJ.

El procedimiento de casación se inicia dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución que pretende recurrirse, y el abogado de la defensa debe presentar un escrito firmado por él y por el procurador, dirigido a la Audiencia Provincial de Alicante.

Presentado este escrito, el Tribunal dentro de los tres días siguientes, debe acordar por auto, expedir testimonio de la resolución que se recurre, emplazar a las partes para que

comparezcan ante la sala segunda del TS, y remitir a ésta última, certificación indicativa de la causa, los nombres de las partes, el delito...etc.

A continuación, tiene lugar la fase de interposición ante el TS, y supone la formalización del recurso por parte del abogado de la defensa, con expresa justificación y alegación de los motivos en que se funda.

En el caso examinado, el abogado de D^o Manuel fundamenta su recurso de casación, en los cinco motivos que se exponen a continuación:

INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL

- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del art. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva.
- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del art. 24.2 de la C.E, derecho a un proceso público con todas las garantías.

INFRACCIÓN DE LA LEY

- Por infracción de ley, por inaplicación del art. 17.2 apartado 3^o de la LECRIM, al no aplicar la conexión entre el delito de quebrantamiento de medida cautelar con el de allanamiento de morada.
- Por infracción de ley, por inaplicación de la atenuante de la responsabilidad criminal del art. 21.1^o, con relación al art. 20.1^o del CP con manifiesto error en la apreciación de la prueba.
- Por infracción de ley, por inaplicación de la atenuante de la responsabilidad criminal del art. 21.2^o con relación al art. 20.2^o del CP con manifiesto error en la apreciación de la prueba.

Posteriormente, la fase de sustentación se desarrolla, asimismo, ante el TS. Esta fase integra la posible impugnación del recurso por el abogado de la acusación, y el estudio del TS, de los motivos de casación alegados, pronunciándose sobre su admisión o inadmisión. En nuestro caso, el TS admite los motivos alegados por el abogado de defensa, y por

consiguiente, se adentra en la fase decisión, la fase más importante desde el punto de vista del recurrente.

En esta fase de decisión, por último, la Sala Segunda del TS, una vez admitido el recurso, se pronuncia sobre la procedencia o improcedencia de los motivos aducidos, estimándolos o desestimándolos.

En el caso objeto de estudio, el fallo de la sentencia dictada por el TS es desestimatorio, declarando no haber lugar al recurso de casación, y por lo tanto, al no concederse, contra dicha sentencia dictada en casación, no cabe recurso alguno, y la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante alcanza firmeza y mantiene la condena para Dº Manuel.

2.2 ASPECTO PENAL

Tanto la Audiencia Provincial de Alicante, como el Tribunal Supremo, coinciden en condenar a D^o Manuel como criminalmente responsable, en concepto de autor, de un delito de asesinato en grado de tentativa, concurriendo la agravante de parentesco, un delito de allanamiento de morada, un delito de tenencia ilícita de armas y un delito de quebrantamiento de medida cautelar, a las siguientes penas:

- Por el delito de asesinato en grado de tentativa, con la agravante de parentesco, a la pena de 12 años de prisión e inhabilitación absoluta y, como pena accesoria, la prohibición de que se aproxime a menos de quinientos metros de D^a Helena, tanto de su domicilio, lugar de trabajo, como de cualquier lugar frecuentado por ella y de que se comunique con esta por cualquier medio; todo ello por un periodo de 20 años.
- Por el delito de allanamiento de morada, a la pena de 14 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, durante el tiempo de la condena.
- Por el delito de tenencia ilícita de armas, a la pena de 9 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, durante el tiempo de la condena.
- Por el delito de quebrantamiento de medida cautelar, a la pena de 9 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, durante el tiempo de la condena.

En relación con la responsabilidad civil derivada del delito, D^o Manuel deberá indemnizar a D^a Helena en la suma de 160 euros por los daños causados en el teléfono móvil y en 37.498, 644 euros por las lesiones que le causó, de acuerdo con las lesiones acreditadas por el dictamen del Forense.

2.2.1 Delito de asesinato en grado de tentativa

a) *El artículo 139 CP*

La LO 1/2015, de 30 de Marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, proclama en su Preámbulo lo siguiente: “Se revisa la definición de asesinato (no agravado) que pasa a incluir los supuestos en los que se causa la muerte de otro para facilitar la comisión de otro delito o evitar su descubrimiento. Y se amplía el marco penal dentro del cual los tribunales deben fijar la pena justa, si bien se mantiene la imposición de la misma en su mitad superior en los casos de concurrencia de varias circunstancias que cualifican el asesinato.”.

En consecuencia, el artículo 139.1 CP castiga, con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- Con alevosía
- Por precio, recompensa o promesa
- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el mal del ofendido
- Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra

b) *El bien jurídico protegido*

Tal y como señala MARTOS NÚÑEZ²³, en los delitos contra las personas, el bien jurídico protegido es la vida humana, considerado bien supremo del individuo, pero asimismo bien de la colectividad y del estado. La condición del sujeto pasivo, en cuanto que encarna como ser humano, el objeto material del delito, que es la vida humana, hace coincidir ambos conceptos, el del sujeto pasivo y el del bien jurídico tutelado por la norma.

²³ MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *El delito de asesinato: análisis de la L.O. 1-2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal*. Barcelona: Bosch, 2017/ pp. 21 y 22.

Ciertamente, el objeto material sobre el que recae directamente la acción, es la persona viva físicamente considerada, mientras que el bien jurídico protegido es la vida humana como valor ideal, derecho humano fundamental y bien jurídico constitucionalizado, en base al artículo 15 de la Constitución Española de 1978, que proclama que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”.

Por consiguiente, el bien jurídico protegido por el delito de asesinato es el mismo que en el homicidio: La vida humana independiente, la cual comienza con el nacimiento.

c) El debate sobre la naturaleza jurídica del delito

La cuestión que debate la doctrina es si el asesinato es un delito autónomo, es decir con sustantividad propia, o si por el contrario se trata de un mero homicidio agravado.

Por un lado, ALONSO ÁLAMO²⁴ señala que el modelo híbrido acogido en la regulación del homicidio y del asesinato no modifica la relación entre ambos delitos y, por consiguiente, se puede seguir manteniendo que el asesinato no es un delito independiente del homicidio, sino un homicidio cualificado. A su juicio, la formación de un tipo intermedio entre el homicidio y el asesinato, el de los homicidios agravados, no prejuzga la cuestión de que el asesinato sea a su vez un homicidio especialmente agravado. Tampoco afectaría a la discusión sobre la independencia del asesinato, el que éste pueda ser calificado por ulteriores circunstancias.

²⁴ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por la LO 1/2015”, *Cuadernos de política criminal*, 2015, nº 117/ p. 17.

En este sentido, DEL ROSAL BLASCO²⁵ señala que el Código Penal de 1995 ha regulado con una perspectiva tan diferente el viejo delito de asesinato del artículo 406 del derogado Código Penal, que ha alterado su naturaleza, hasta el punto de que ya no se puede contemplar como figura autónoma, con sustantividad propia respecto del homicidio. Aunque el mencionado autor, sostuvo que el fundamento agravatorio del asesinato frente al homicidio radica en una mayor culpabilidad, en el mayor reproche que se dirigía al sujeto que mataba a otro concurriendo alguna de las circunstancias del derogado artículo 406, ahora entiende que ya no es posible mantener la autonomía del asesinato frente al homicidio. Considera asimismo que tampoco es acertado argumentar, la mayor penalidad del homicidio agravado por la concurrencia de las circunstancias descritas en el artículo 139 CP, por razones de mayor reproche culpabilístico.

Por su parte, PUIG PEÑA²⁶ considera que el asesinato no es más que un homicidio agravado por las circunstancias concurrentes del derogado art 406 CP.

Sin embargo, en palabras de MARTOS NÚÑEZ²⁷, la doctrina mayoritaria entiende que el asesinato es un delito distinto e independiente respecto del homicidio, porque las circunstancias del derogado artículo 406 no son meras circunstancias modificativas de lo que sería la pena-base, sino que están hasta tal punto incrustadas en la figura del delito, que han perdido su función modificativa de la pena, para pasar a ser auténticos elementos integrantes de su estructura. Por consiguiente, las circunstancias agravantes del art. 139 CP no serían meras circunstancias agravantes genéricas, sino elementos integrantes del tipo penal del asesinato, cuya concurrencia en la conducta determinaría una distinta tipicidad más grave que la del homicidio.

²⁵ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “El homicidio y sus formas en el Código Penal de 1995”, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Granada: Comares, 1999/ p. 685.

²⁶ PUIG PEÑA, Federico. *Derecho penal, parte especial; Tomo III*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969/ p. 501.

²⁷ MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *El delito de asesinato: análisis...op. cit/ pp. 23-31*.

QUINTANO RIPOLLÉS²⁸ subraya que no es oportuno rechazar de plano la vieja terminología de asesinato, ya que posee hondas raíces psicológicas y morales que el Derecho Penal no debe desconocer por un anhelo de sistematización a ultranza. En este sentido, el Tribunal Supremo, desde el pasado siglo, ha declarado la sustantividad autónoma de tipo de asesinato, entre otras, en su Sentencia de 23 de noviembre de 1934, que censuró como quebrantamiento de forma, la del Tribunal de instancia, condenando por asesinato al reo acusado solamente de homicidio, y dispuso no ser admisible que en el Código Penal reformado, los diferentes tipos que figuran bajo la rúbrica de homicidio, constituyan un mismo delito, subsistiendo por el contrario, los tipos específicos de asesinato, no siendo este un delito de homicidio simple agravado, por circunstancias genéricas, sino un delito distinto y más grave, caracterizado por circunstancias cualificadas que lo definen.

d) Especial estudio de la alevosía

El concepto de alevosía se define en el art 22.1^a CP, en cuya virtud, hay alevosía “cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución, medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.

Por tanto, tal y como señala MARTOS NÚÑEZ²⁹, matar a otro con alevosía significa blindar la ejecución de la muerte, lo cual se consigue de dos formas:

- Elevando el grado de probabilidad de que se produzca el resultado; y
- Reduciendo la posibilidad de repulsión del ataque

La alevosía consiste, pues, en matar a alguien a traición y sobre seguro. No es preciso que los medios, modos o formas empleados por el culpable hagan imposible la

²⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Revista de Derecho privado, 1966/ pp. 733 y ss.

²⁹ MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *El delito de asesinato: análisis...* op. cit/ p. 34.

defensa del ofendido, es estimable cuando el riesgo se elimine por completo. Tampoco es necesario que los medios empleados para asegurar la ejecución del delito, sin riesgo para el culpable, sean buscados de propósito, basta con que sean aprovechados.

Por tanto, es indiferente que las circunstancias que integran la alevosía sean buscadas de propósito o simplemente aprovechadas por el culpable, ya que el aseguramiento del delito alevoso se produce, generalmente, aparte del caso de la indefensión, bien a través del ataque encubierto o imprevisto, o bien de manera rápida e inesperada, pero cara a cara. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha declarado que la agresión “por la espalda” no siempre es alevosa.

En el caso examinado, D^o Manuel pretendía, con total claridad, el aseguramiento del hecho mortal, como se desprende de la secuencia narrada de los hechos probados, en cuanto a su conducta de preparación y aseguramiento del hecho, así como la sorpresa y el grado inesperado que suponía para la víctima encontrarse de repente a su ex pareja, en su propio hogar, con un arma con la intención de acabar con su vida.

Así, el autor empleó medios y modos tendentes a asegurar lo que finalmente ocurrió, ya que actuó de forma sorpresiva, para evitar cualquier mecanismo de defensa de la víctima, pese a lo cual ésta pudo desviar el arma y salir corriendo, aun no pudiendo evitar que al final la disparara con el arma.

En relación con el fundamento de la alevosía, MARTOS NÚÑEZ³⁰ señala que éste radica en una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que manifiesta en el modo de actuar, un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad, por considerarse este tipo de comportamientos, en los no hay riesgo para quien delinque, más graves y más lesivos para la sociedad (fundamento objetivo). Sin embargo, la consideración subjetiva tradicional de deslealtad y cobardía ha cedido el paso a otras de matiz más objetivo, como “la de medios,

³⁰ MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *El delito de asesinato: análisis...* op. cit/ pp. 38 y 39.

modos o formas, asegurativas de la ejecución sin riesgo”, razón por la cual QUINTANO RIPOLLÉS³¹ sostiene que la alevosía es circunstancia objetiva, pese a su neto carácter subjetivo en lo criminológico.

Sin embargo, aunque la alevosía tiene una dimensión predominantemente objetiva, según un sector de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando el propósito del agente, de utilizar los medios con la intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal. De modo, al lado de la antijuricidad, ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad, lo que conduce a su consideración como mixta.

Por otro lado, los requisitos necesarios para la apreciación de la alevosía, a juicio de SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ³², son, en primer lugar, un elemento normativo, que se cumple si se acompaña la alevosía a cualquiera de los delitos contra las personas. En segundo lugar, un elemento instrumental o aseguramiento del resultado sin riesgo para el autor, eliminando la defensa que pudiera existir por parte del ofendido, lo que revela su naturaleza, básicamente, objetiva. En tercer lugar, un ánimo tendencial dirigido hacia la indefensión, a la eliminación de la posibilidad alguna de defensa de lo víctima. Por último, se exige que, a través del enjuiciamiento, se capte una mayor repulsa social de la acción delictiva de la que intrínsecamente lleva el resultado.

Respecto a las modalidades de alevosía, MARTOS NUÑEZ³³ afirma que pueden ser múltiples, si bien, en la práctica, se reducen a tres: el asesinato alevé proditorio, el asesinato alevé por sorpresa y el asesinato alevé en situaciones objetivas.

³¹ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la parte especial del Derecho Penal; Tomo I*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1972/ p. 226 y ss.

³² SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal Parte Especial; Tomo II*. Navarra: Aranzadi, 2005/ p. 65.

³³ MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *El delito de asesinato: análisis...op. cit/* pp. 42 y 43.

En el caso analizado, es el factor sorpresa, y el ataque inesperado de D° Manuel hacia Dª Helena, lo que provoca que fuera factible el desenlace final, al no poder esperar la víctima que podría encontrarse de improviso a su ex pareja con un arma, cuando se dirigía a la casa de invitados. Pese a todo pudo salvar su vida, aunque recibiese el disparo por la espalda.

El asesinato aleve por sorpresa es una forma de asesinato aleve de ímpetu, que requiere tan solo la indefensión de la víctima. No es exigible la frialdad de ánimo, sino la cobardía en el obrar y la imposibilidad de reacción del sujeto pasivo. La sorpresa, lo súbito e inesperado del ataque, imposibilita en verdad, en opinión de QUINTANO RIPOLLÉS³⁴, la defensa de la víctima, a veces con mayor eficacia que los acechos estratégicamente montados. La alevosía sorpresiva supone, pues, la actuación súbita o inopinada equivalente a la acción imprevista, fulgurante o repentina. En la alevosía súbita o ex improvisu, el agente acomete a la víctima de un modo inesperado, repentino y sorpresivo, hallándose, dicha víctima totalmente desprevenida, pues nada le permitía presagiar el desencadenamiento repentino de un ataque contra su vida o contra su integridad personal. Sin embargo, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo descarta la apreciación de la alevosía cuando la víctima tuviera motivos para sospechar el ataque, lo cual acontece en los casos en los que media una discusión previa de especial intensidad.

e) Grados de ejecución

Tal y como señala MARTOS NÚÑEZ³⁵, el asesinato es un delito de resultado y, por tanto, la tentativa afecta, exclusivamente, a los casos en los que no se produzca el resultado perseguido; a saber: matar a una persona con la concurrencia de las circunstancias del artículo 139.1 CP.

³⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la parte especial...* op. cit/ p. 272.

³⁵ MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *El delito de asesinato: análisis...* op. cit/ pp. 97-100.

En este aspecto, el artículo 62 CP establece que: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.”.

La tentativa puede producirse, teóricamente, de alguna de las formas siguientes:

- Cuando no se alcance el resultado de muerte, quedando también incompleta la ejecución de la circunstancia cualificativa
- Cuando no se produzca el resultado de muerte, aunque se ejecute totalmente la circunstancia
- Cuando se produce la muerte, quedando incompleta la ejecución de la circunstancia

Así, en cuanto a la alevosía, dado que por su propia naturaleza es una manera de realizar actos ejecutivos de muerte, habrá tentativa de asesinato cuando se hayan realizados todos o parte de los actos de ejecución de la muerte, sin alcanzarla.

GÓMEZ RIVERO³⁶ añade que el problema, en estos supuestos, radica en la dificultad para distinguir entre el delito de lesiones consumadas, y el de asesinato intentado, cuando no se produce la muerte de la persona agredida y ésta sufre, solamente, heridas o lesiones. En estos casos, es preciso llegar a establecer el ánimo con que obró el agente al cometer el hecho. Si el propósito fue el de causar la muerte (*animus necandi*), cuando éste resultado no se produce, y la persona agredida sufre, solamente heridas o lesiones, habrá que calificar la acción como delito de asesinato intentado; y, por el contrario, si el propósito del agente era tan solo menoscabar la integridad corporal del agredido con exclusión de la muerte (*animus laedendi*), la calificación correspondiente a la acción delictiva es la de lesiones consumadas. La diferencia entre ambas figuras penales es, por tanto, de índole exclusivamente subjetiva.

³⁶ GÓMEZ RIVERO, Carmen. “Artículo 138” en *Comentarios al Código penal; Tomo II. (Artículos 138-233)*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Director). Valladolid: Lex Nova, 2015/ pp. 57 y 58.

Hubo tentativa de asesinato, según la STS nº 851/2006, de 5 julio de 2006, en un supuesto en el que “el autor llevó a cabo una acción dirigida a acabar con la vida del perjudicado, como es un disparo con una escopeta de cañones recortados, con conocimiento de lo que hacía, aunque sin lograr impactar en el cuerpo de este, lo que si logró en cambio con respecto a la otra víctima, concurriendo igualmente alevosía, pues es claro el carácter súbito e inopinado del ataque sobre los dos afectados”.

f) El dolo de asesinar

Tal y como afirma GRACIA MARTÍN³⁷, sujetos activo y pasivo en el delito de asesinato pueden ser, como en el delito de homicidio, todos, por lo tanto, cualquiera que realice la acción de matar, con las circunstancias expresadas en el art. 139 del Código penal, puede ser sujeto activo del delito de asesinato.

En relación con la cuestión del dolo en el asesinato, GÓMEZ RIVERO³⁸ apunta que la intención del sujeto activo del delito es un hecho subjetivo, cuya existencia, salvo en los supuestos de confesión del autor, no puede acreditarse normalmente a través de prueba directa, siendo necesario acudir a un juicio de valor para afirmar su presencia, sobre la base de un razonamiento construido sobre datos fácticos debidamente acreditados.

A estos efectos, la Jurisprudencia ha entendido que, para afirmar la existencia del ánimo de matar, deben tenerse en cuenta los antecedentes del caso; la personalidad del agresor; las relaciones previas entre el agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás

³⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. *Los Delitos de Homicidio y de Asesinato en el Código Penal Español. Doctrina y Jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007/ p. 120.

³⁸ GÓMEZ RIVERO, Carmen. “Artículo 138” en *Comentarios al Código...op. cit/* p. 56.

características de ésta; la repetición o reiteración de los golpes; la energía, vigor o saña con que los indicados golpes fueron administrados; el pronóstico médico de las lesiones resultantes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; la reacción del sujeto activo ante las heridas causadas; y, en general, cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto. Tienen especial interés el arma empleada, la forma de agresión y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida (STS n°184/2006, 1 de marzo de 2006).

Aplicando esta materia al supuesto enjuiciado, dejar apuntado que la verdadera intención de D° Manuel de matar a su esposa, se desprende de:

- 1.- Su preparación.
- 2.- La carta que llevaba encima, previamente redactada y que daba pruebas de su intención de matar a su ex pareja.
- 3.- Las amenazas de muerte.
- 4.- Las características del arma empleada.
- 5.- En el momento de la ejecución, apuntar en dirección al cuerpo de la mujer.

Para concluir, GÓMEZ RIVERO³⁹ determina que la peculiaridad que presenta el dolo del asesinato respecto al dolo homicida radica en que, en el primero, el conocimiento y la voluntad del agente deben abarcar su acción, el resultado de muerte pretendido, la relación de causalidad entre ambos y, muy especialmente, la concurrencia de alguna de las circunstancias agravantes enumeradas en el art. 139 CP. De este modo, lo que caracteriza al dolo del asesinato es que el sujeto activo no solo debe querer el resultado de su acción, sino que debe querer causarlo a través de una concreta circunstancia (alevosía, precio o ensañamiento).

g) Circunstancias agravantes

- *Circunstancia agravante de parentesco y circunstancia agravante de género*

³⁹ GÓMEZ RIVERO, Carmen. “Artículo 138” en *Comentarios al Código...op. cit/* p. 56.

En sentido estricto, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, no son elemento del delito, pues el delito existe aunque no concurra una determinada circunstancia específica o general. De manera que la circunstancia, es un elemento que tiene como finalidad modificar el delito, graduarle y, que puede o no concurrir en un determinado supuesto.

Hay algún autor que entiende que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal son simples criterios para graduar la pena, a tener en cuenta por el juez, sin embargo, esta teoría no puede ser compartida. Las circunstancias son genuinos elementos que afectan al delito, y por consiguiente, si concurre una determinada circunstancia, al incidir ésta en el injusto o en la gravedad de la culpabilidad, la pena se verá modificada.

En cuanto a la circunstancia mixta de parentesco, contemplada en el artículo 23 CP, hay que señalar que la relación de parentesco o de semi-parentesco puede incidir en el delito, ya sea agravando o atenuando la responsabilidad, por la naturaleza, los motivos o los efectos que el mencionado delito produzca.

Como principio general, se viene estimando por la jurisprudencia que en los delitos de naturaleza personal, como los cometidos contra la vida, la integridad física o la libertad sexual, opera como agravante, y en los de carácter patrimonial o similar, lo hace como atenuante. Además, es interesante destacar, como en la actual redacción del precepto, en virtud de lo dispuesto por la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, ha desaparecido la exigencia de pervivencia de los elementos objetivos de la relación parental o cuasiparental y la existencia de una real y efectiva situación de afecto. Por todo lo anterior, en este caso en que D^o Manuel ha sido ex pareja de víctima, tal circunstancia concurre con efecto agravatorio.

Sobre esta cuestión, la STS n^o 371/2018, de 19 de julio de 2018, establece que “La circunstancia mixta de parentesco resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la

relación parental de que se trate. En los delitos contra las personas, su carácter de agravante no está basado en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, exigencia que llevaría a su práctica inaplicación como agravante en los delitos violentos contra las personas, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la Ley dirigido a evitar esas conductas en esos casos, en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales".

Por otro lado, en cuanto a la circunstancia agravante de género, la misma aparece regulada en el artículo 22 del Código Penal, que establece: "Son circunstancias agravantes: 4º. 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, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.". El fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado, reside, en virtud de lo expuesto, en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por considerarse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan, y como medio para demostrar a su víctima que es inferior.

La circunstancia agravante de género fue introducida por la *LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, y para estudiar su razón de ser, es interesante analizar lo formulado en la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica: "En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito".

En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el *Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo."

En este sentido, la SAP de Asturias, de 4 de diciembre de 2017, establece que “La agravante de género, incorporada al Código penal con la reforma de la L.O. 1/2015 obedece a que el género puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo, indicándose así en la Exposición de Motivos de aquella Ley Orgánica, y fundamentándose en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que le impulsa a cometer el delito, siendo preciso que se acredite la intención de cometerlo contra la mujer por el hecho de ser mujer y como acto de dominio y superioridad”.

A mayor abundamiento, la SAP de Badajoz nº 5/2108, de 5 de febrero de 2018, dictamina que: “Nos encontramos, por tanto, ante una circunstancia agravante subjetiva, cuya mayor reprochabilidad deriva de la concurrencia de un móvil especialmente abyecto del autor, el mayor desvalor, que supone, en el caso contemplado, que el autor atente contra la vida de la víctima como expresión de su idea de dominación sobre la víctima”.

– *Análisis de la aplicación conjunta de ambas circunstancias*

En relación con la cuestión de la posible compatibilidad, de la circunstancia agravante de género por un lado, y de la circunstancia agravante de parentesco por otro, en supuestos en que la víctima del delito es o haya sido pareja del autor, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencia nº 565/2018 de fecha de 19 noviembre de 2018, confirma la aplicación, al mismo tiempo, de las dos agravantes a un hombre condenado a 11 años y medio de prisión por maltrato habitual y tentativa de homicidio a una mujer con la que mantuvo una relación análoga a la conyugal con convivencia. Por lo tanto, el TS considera compatibles ambas circunstancias en su aplicación a la hora de imponer una condena.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia menor, hasta dicha sentencia no había unanimidad, ya que, si bien la mayoría de la doctrina aceptaba la compatibilidad de ambas circunstancias, la STSJ de la Comunidad Valenciana nº 72/2018, de 29 de junio de 2018, la rechazaba, estableciendo que: “Habrá que concluir que a partir de la entrada en vigor de la reforma, los hechos punibles perpetrados por el hombre frente a su pareja o ex-pareja, sea o haya sido legal o de hecho, se agravarán conforme al art. 22.4 y no por el 23, que debiera haber sido reformado para evitar la duplicidad de regulaciones”.

Por consiguiente, actualmente se considera que ambas circunstancias son perfectamente compatibles, ya que responden a fundamentos diferentes, y los hechos que motivan una y otra agravación son distintos, tratándose en un caso, de la existencia de una relación estable de pareja presente o pasada, y en otro caso, de que el autor comete el delito contra la perjudicada por el hecho de ser mujer, y de sentirse superior a ella.

Sobre esta cuestión, es ilustrativa la STSJ de Canarias, de 26 de junio de 2017, que señala: “Debe defenderse la compatibilidad entre la referida circunstancia agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de los cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género. Todo ello teniendo en cuenta que a diferencia de lo que sucede en otros tipos penales específicos, este singular tratamiento para esta modalidad delictiva no figura reflejado ni en el tipo penal del asesinato, ni tampoco en la citada agravante de parentesco.

No existiendo un tratamiento específico para estos delitos más graves, en circunstancias en que pueda apreciarse una situación de violencia contra la mujer por razón de género, debe defenderse la compatibilidad entre la referida circunstancia agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género.”.

Es importante indicar, con respecto a la agravante de género, como en el escrito de acusación, es fundamental, que el abogado de la defensa describa los hechos de los que se desprende que el autor obró movido por el ánimo de matar a su víctima por el hecho de ser mujer, y de sentirse superior a ella, y asimismo, proponga pruebas que se dirijan a acreditar, durante el desarrollo del juicio, que el autor cometió los hechos por este motivo. Sobre esta cuestión, la SAP de Burgos, de 16 de mayo de 2018 declara: “Y para acreditar esa intencionalidad deberán imputarse por las acusaciones y probarse una serie de hechos circunstanciales de los que se infiera sin duda que el autor actuó, además, por ese motivo discriminatorio”.

En el caso objeto de análisis, tal y como señalamos en el epígrafe “Los escritos de calificación provisional” encuadrado en el apartado “Aspecto Procesal-Penal”, consideramos apropiado incluir, dentro del escrito de conclusiones provisionales del abogado de la acusación, y a pesar de que el verdadero abogado del caso no lo estimara oportuno, la circunstancia agravante de género, además de la circunstancia agravante de parentesco, ya que el ánimo de D^o Manuel de matar a D^a Helena, por no aceptar que la víctima se hubiese separado de él y llevara una vida independiente y plena, sin que pudiera seguir ejerciendo su control y dominio sobre ella, puede acreditarse en juicio, por expresiones que el autor dirige a la víctima en el momento de cometer los hechos, como por ejemplo “De esta te mato mujer”, además de por declaraciones de testigos como sus padres, o por documental donde constan previas denuncias por malos tratos y condenas por delitos cometidos en el ámbito de la violencia de género, sin olvidar la carta manuscrita por el autor, donde recrea su odio y su deseo de control hacia la vida de su ex pareja.

Por consiguiente, en este caso, estimamos que hubiese sido conveniente apreciar la agravante de género por parte del abogado de la acusación, al ser perfectamente compatible con la agravante de parentesco, circunstancia que sí fue apreciada por el tribunal.

2.2.2 Delito de allanamiento de morada

a) El artículo 202 CP

El delito de allanamiento de morada se encuentra recogido en el Código Penal desde 1848 y su contenido no se ha visto modificado hasta fechas relativamente recientes.

Dicho delito aparece regulado en el artículo 202 del Código penal, en los términos siguientes: “1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.”.

Tal y como señala SANZ MORÁN⁴⁰, el artículo 202.1 CP aparece configurado como una <<ley mixta alternativa>>; la conducta típica, por lo tanto, admite una doble modalidad comisiva: entrar en morada ajena contra la voluntad de su titular o negarse a abandonar dicho espacio cuando es requerido para ello por quien posee el ius exclusionis. Estaríamos, en ambas modalidades, ante delitos de simple actividad; de acción en sentido estricto en el caso de la entrada y de omisión en el supuesto del mantenimiento.

Asimismo, esta presencia o estancia no consentida expresa o tácitamente supone que, en ambos casos, nos encontramos ante un delito permanente, ya que la consumación se prolonga en tanto persiste el ataque al bien jurídico.

SANZ MORÁN⁴¹ añade que la realización sucesiva de las dos variantes de comportamiento no da lugar a una pluralidad de delitos, por lo que si el acusado D^o Manuel entró en la morada ajena, y después se mantuvo en la misma, siempre con la oposición del morador, en este caso D^a Helena, cometerá un único delito de allanamiento. Además la presencia de una pluralidad de moradores, como los padres de la víctima y su hijo, tampoco impide la unidad delictiva, pues aunque el bien jurídico sea de carácter personalísimo, la protección se refiere a un único ámbito espacial ilegítimamente asaltado por la conducta del sujeto.

b) El debate sobre el bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido a través del delito de allanamiento de morada no es claro. La ubicación sistemática, entre otros factores, plantea una discusión acerca de si el bien jurídico es la voluntad del morador de proteger el ámbito donde desenvuelve su vida o, por el contrario, se extiende al ámbito de la intimidad.

⁴⁰ SANZ MORÁN, Ángel José. *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006/ p. 36.

⁴¹ SANZ MORÁN, Ángel José. *El allanamiento de morada...* op. cit/ p. 85.

Tal y como señala SANZ MORÁN⁴², en la segunda mitad del siglo XIX, existía un amplio acuerdo doctrinal, y también legislativo, al encuadrar el allanamiento de morada en el grupo de los delitos contra la libertad personal, como cabe constatar en las contribuciones centrales de CARRARA, en Italia, HALSCHNER y ROSENFELD, en Alemania o, entre nosotros GROIZARD.

Las aportaciones españolas más recientes, sin apartarse de esta dirección, sin embargo, pretenden precisar algo más, señalando que no sería la libertad personal en sentido amplio el bien jurídico, sino un aspecto concreto de aquella, la intimidad. Esta tesis ha penetrado con fuerza en nuestra doctrina, hasta convertirse en absolutamente dominante. Su exposición más acabada la debemos a JORGE BARREIRO.

En este sentido, a juicio de MATÍA PORTILLA⁴³, resulta evidente que el delito de allanamiento de morada constituye una protección penal del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Según el autor, es claro que los derechos fundamentales surgen, en el Estado liberal, como derechos frente al Estado, sin embargo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio incluye, como otros, la obligación de los poderes públicos de reprimir los ataques que puedan provenir de otros particulares, a través de una tipificación penal de determinadas conductas.

Sobre la base de esta conexión, entre el allanamiento de morada y la inviolabilidad del domicilio, el mencionado autor considera preciso determinar el bien jurídico protegido, y aunque la jurisprudencia del TC en esta materia ha sido confusa, aludiendo a que el derecho fundamental sirve a la intimidad, a la vida privada, a una esfera privada o a la privacidad, el TS ha reiterado en diversas ocasiones que el tipo penal protege la intimidad.

⁴² SANZ MORÁN, Ángel José. *El allanamiento de morada...* op. cit/ p. 16.

⁴³ MATÍA PORTILLA, Francisco Javier. “Artículo 202” en *Comentarios al Código penal; Tomo II. (Artículos 138-233)*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Director). Valladolid: Lex Nova, 2015/ p. 701.

Por el contrario, frente a esta postura dominante, SANZ MORÁN⁴⁴ considera que la consumación del delito no exige, en modo alguno, un ataque a la intimidad, ya que es posible encontrarnos ante un allanamiento de morada aunque la intimidad de la víctima no se haya visto atacada. El autor considera que en este delito, el legislador se limita a proteger la voluntad del titular del ius exclusionis y por consiguiente, la simple entrada o permanencia en el ámbito espacial protegido, contrariando esa voluntad, agotaría el contenido del allanamiento.

En un sentido próximo, orienta el planteamiento de BORJA JIMENÉZ⁴⁵, quien se refiere a la formalización de la protección penal en este ámbito, dado que el tipo penal no exige que, a través de la entrada o permanencia no consentida, se lesione o se ponga en concreto peligro bienes materiales en conexión con el morador de la misma. Más aun ni tan siquiera es necesario que se lesione la intimidad stricto sensu de los moradores.

En relación con el argumento de la ubicación sistemática, SANZ MORÁN⁴⁶ recuerda que a aquel nunca se le debe conceder un valor determinante a la hora de concretar el bien jurídico protegido en una figura delictiva. Y, paralelamente, hay acuerdo en relativizar el valor interpretativo de las rubricas que acompañan a los distintos títulos, capítulos o secciones del Código penal.

c) La Morada

⁴⁴ SANZ MORÁN, Ángel José. *El allanamiento de morada...* op. cit/ pp. 22 y 30.

⁴⁵ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada”, *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Doctor Don José Casabó Ruiz*, 1997, vol. 1º/ p. 242.

⁴⁶ SANZ MORÁN, Ángel José. *El allanamiento de morada...* op. cit/ p. 22.

SANZ MORÁN⁴⁷ considera que todos los autores españoles parten de los cuatro requisitos que en su día SUÁREZ MONTES atribuyó al concepto de morada. Los requisitos son los siguientes:

En primer lugar, debe tratarse de un espacio cerrado o acotado, al menos parcialmente, de manera que aparezca separado del mundo circundante. En el presente caso, la finca aparece como un lugar cercado por una valla, perfectamente delimitado.

El segundo de los requisitos establece que, el destino de dicho espacio es el desarrollo de actividades propias de la vida privada. Este requisito también se cumpliría en el supuesto examinado ya que, la víctima desarrollaba sus labores cotidianas y pernoctaba en la citada finca.

El tercer requisito estima que la protección penal no cabe respecto a los lugares destinados solo genéricamente morada, pero aún no ocupados o ya abandonados. Y una vez probada la actualidad del uso, carecerá de relevancia el carácter permanente o temporal de la relación de la persona con el espacio, así como la presencia del sujeto pasivo en el momento en que se produce la intromisión, a diferencia de lo que ocurre en el robo en casa habitada. En el supuesto, la víctima ocupa de forma efectiva la vivienda de sus padres de forma temporal y se encuentra presente durante el desarrollo de los hechos delictivos.

El último de los requisitos es la legitimidad del uso, en el sentido de que el lugar tomado como morada ha de ser poseído en virtud de algún título legítimo, siendo indiferente que consista en una relación jurídica formal o bien en una situación de hecho reconocida por el derecho como ocurre en el caso de D^a Helena, quien se encuentra en el domicilio de sus padres.

Sobre la base de los requisitos anteriores, y en virtud de la STS de 18 de mayo de 1979, se podría definir como morada el hogar destinado a la habitación de una persona,

⁴⁷ SANZ MORÁN, Ángel José. *El allanamiento de morada...* op. cit/ pp. 44 y ss.

lugar cerrado donde se reside y satisfacen las condiciones de la vida doméstica, protegida porque es el recinto de la vida íntima del hogar familiar.

Por lo tanto, lo que el tipo penal pretende proteger es al morador en el lugar donde desenvuelve de ordinario su vida, no solo es en sentido estricto la vivienda familiar, sino también sus dependencias, en las que se evidencia la voluntad de excluir injerencias de terceros, como por ejemplo la casa de invitados, el cobertizo y la caseta de la finca.

MATÍA PORTILLA⁴⁸ señala que la morada es el lugar cerrado en el que se mora, ya sea de forma ocasional o habitual, siendo irrelevante que cumpla o no con la regularidad administrativa.

Por otro lado, destaca que debe ser, en todo caso, morada ajena, lo que supone que el sujeto activo no tiene la posesión sobre dicho lugar, siendo indiferente las relaciones de consanguinidad o afectivas que mantenga o haya mantenido el agresor con los titulares del derecho. Por consiguiente, en el supuesto de que no hubiera existido la orden de alejamiento impuesta a D^o Manuel, éste tampoco hubiese tenido derecho a irrumpir en la casa de los padres de la víctima.

d) Los caracteres del delito

Tal y como manifiesta SANZ MORÁN⁴⁹, desde de la perspectiva del tipo subjetivo, el allanamiento de morada es un delito de exclusiva comisión dolosa, siendo suficiente, el dolo eventual.

El dolo de allanar supone que D^o Manuel conocía y quería realizar los elementos que configuran el tipo objetivo, esto es: la entrada o permanencia en morada ajena contra la voluntad del morador.

⁴⁸ MATÍA PORTILLA, Francisco Javier. “Artículo 202” en *Comentarios...* op. cit/ p. 703.

⁴⁹ SANZ MORÁN, Ángel José. *El allanamiento de morada...* op. cit/ p. 70.

Sobre esta cuestión hay que señalar que, el error del sujeto activo relativo a cualquiera de estos datos, conduce necesariamente a la impunidad, puesto que, aunque el error fuera vencible, no cabe un allanamiento imprudente. La posibilidad de error de prohibición se presentará, por el contrario, cuando el sujeto activo crea que tiene derecho a realizar la conducta, aun siendo conocedor de la presencia de los mencionados elementos conformadores del tipo objetivo.

Por otro lado, la doctrina dominante en España, niega que el delito de allanamiento de morada sea de propia mano, por lo que, en palabras de ROXIN⁵⁰, resulta indiferente si alguien entra por sí mismo o se sirve de un niño o un enajenado o si alza a su cómplice sobre la valla pues para el injusto de este delito, lo decisivo no es un determinado comportamiento corporal, sino la lesión del derecho doméstico.

En cuanto a los grados de ejecución del delito que nos ocupa, su consumación se producirá en el momento en que el sujeto entra en la morada ajena o se mantiene en la misma contra la voluntad del morador.

Para determinar la posibilidad de una tentativa de allanamiento, SANZ MORÁN⁵¹ considera que hay que partir de que éste es un delito de simple actividad, donde no se exige la producción de un resultado material separable espacio-temporalmente de la conducta y resulta controvertida la admisión de formas imperfectas de ejecución en esta clase de delitos. Sin embargo, dicho autor, la doctrina mayoritaria y también la jurisprudencia entiende, que resulta posible admitir una tentativa de allanamiento, al menos en la modalidad típica de entrada en la morada ajena.

⁵⁰ MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Los delitos de propia mano*. Madrid: Técnos, 1992/ p. 32.

⁵¹ SANZ MORÁN, Ángel José. *El allanamiento de morada...* op. cit/ p. 81.

2.2.3 Delito de tenencia ilícita de armas

La tenencia de ilícita de armas es un delito de tardía aparición en nuestro ordenamiento penal. En el CP de 1870 era solo constitutiva de falta y fue el CP de 1928 el primero en tipificarla como delito. La II República tuvo una severa regulación al respecto, que culminó en la *Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933*. Tras la Guerra Civil, la *Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941*, en esta materia, también fue incorporada al CP de 1944.

En la actualidad, la tenencia ilícita de armas es una conducta que se castiga como delito en el artículo 564 del CP, incluido en el Capítulo V del Título XXII del Libro II en el que se comprenden los delitos de “Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos”. Con la *Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, los delitos de terrorismo que anteriormente se encontraban ubicados en este Capítulo, pasaron a formar Capítulos independientes.

El artículo 564 CP dispone: “1. La tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, será castigada: 1º Con la pena de prisión de uno a dos años, si se trata de armas cortas. 2º Con la pena de prisión de seis meses a un año, si se trata de armas largas. 2. Los delitos previstos en el número anterior se castigarán, respectivamente, con las penas de prisión de dos a tres años y de uno a dos años, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1ª Que las armas carezcan de marcas de fábrica o de número, o los tengan alterados o borrados. 2ª Que hayan sido introducidas ilegalmente en territorio español. 3ª Que hayan sido transformadas, modificando sus características originales.”

a) *El artículo 564 CP*

En relación con el aspecto relativo a la conducta típica, los delitos de tenencia de armas se configuran como delitos permanentes cuya consumación exige, como ha señalado la jurisprudencia, de un “corpus”, el arma, unida al “animus possidendi” o simplemente al “detinendi”. No es por tanto indispensable un “animus domini”; basta por el contrario con

que la relación entre el arma y el sujeto activo del delito permita la disponibilidad de la misma, haga posible en definitiva, a voluntad del sujeto, su utilización conforme al destino que le es inherente. En tal sentido se manifiesta la STS nº483/2004, de 12 de abril de 2004.

Como consecuencia, quedan excluidas del concepto de tenencia, aquellas conductas en las que, pese a concurrir el corpus, no puede hablarse de objetiva disponibilidad del arma. Tenencia pues, como señala la STS, de 30 de junio de 1993 “que por ir más allá del fugaz contacto físico con la cosa y corresponderse con un mínimo, aunque sea suficiente, animus possidendi, no se compeadece con hipótesis tales como los supuestos de atención a efectos de contemplación o examen, de ocupación fugaz, momentánea y propia de un serviciario de la posesión ajena, como sucede en los casos de mero reparador o de la simple transmisión a terceros. Pudiendo consistir el corpus sobre la presuposición del citado animus y, cual señala la Sentencia 11 octubre 1985 en llevar el arma consigo, tenerla en el domicilio o en lugar recóndito o no, conocido por el infractor, siempre y cuando tenga la disponibilidad de la misma, es decir, esté en todo momento a su disposición o a la de él y de otros.”.

En cuanto al tema del lapso de tiempo que se considera necesario para entender relevante y típica la tenencia, mientras que algún autor, como SAINZ CANTERO, considera irrelevante el factor tiempo, otros, como CÓRDOBA RODA, sostienen que la tenencia implica el transcurso de un estimable periodo de tiempo, siendo insuficiente con unas pocas horas. Probablemente la cuestión, en palabras de GARCÍA ALBERO⁵², no radique en una cuantificación temporal, elemento que no puede reputarse inherente al tipo, sino más bien determinar si del mismo, así como del elenco de circunstancias fácticas adyacentes, puede deducirse no ya sólo la aludida disponibilidad, sino fundamentalmente el referenciado ánimo posesorio.

⁵² GARCÍA ALBERO, Ramón. “Título XXII Capítulo V. De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos” en *Comentarios al Código Penal español; Tomo I. (artículos 1 al 233)*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director). Navarra: Aranzadi, 2016/ p. 1828.

Así se ha excluido, la aplicación del tipo en supuestos de “posesión de poca duración y solo para defenderse ante una posible reacción de las víctimas del robo” (STS nº 393/2010, de 22 de abril de 2010 RJ 2010, 4915).

Por lo demás, señala GARCÍA ALBERO⁵³, la mera fugacidad o accidentalidad no impide la apreciación del ilícito. Para que así fuera se exige que esa fugacidad o accidentalidad se acompañe de otras circunstancias, como son, tener el arma simplemente para admirarla, como persona que, al servicio del tenedor legal, la tenga simplemente para limpiarla o mantenerla en condiciones de uso, o se trate de persona a quien se encarga su reparación o revisión.

Respecto al objeto material del delito, las armas de fuego reglamentadas son aquellas cuya adquisición, tenencia y uso pueden ser autorizados con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de Armas aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero. El Reglamento de Armas define arma de fuego, tras la modificación operada por el Real Decreto de 976/2011 de 8 de julio, como “toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un perdigón, bala o proyectil por la acción de un combustible propulsor”.

El artículo 3 del Reglamento, por su parte, clasifica los objetos que se entenderán “armas” y “armas de fuego” reglamentadas, cuya adquisición, tenencia y uso pueden ser autorizados. En el caso examinado, el arma utilizada por el acusado, se trata de una escopeta MONDIAL, con número de serie 005, de munición del calibre 12/70 (Vid. anexo 1). Por lo tanto, se ubica dentro de la 3ª categoría, armas de fuego largas rayadas, de la que forman parte aquellas armas utilizables para caza mayor. También comprende los cañones estriados adaptables a escopetas de caza, con recámara para cartuchos metálicos, siempre que, en ambos supuestos, no estén clasificadas como armas de guerra.

⁵³ GARCÍA ALBERO, Ramón. “Título XXII Capítulo V. De la tenencia...op. cit/ p. 1829.

Es importante destacar, tal y como apunta GARCÍA ALBERO⁵⁴, que sólo constituyen armas de fuego, las consignadas en las categorías 1, 2, 3 y 6, del citado art.3 del Reglamento. Sin embargo, a los específicos efectos del artículo 564, es preciso efectuar las siguientes matizaciones: En primer lugar, de la categoría tercera hay que excluir las armas accionadas por aire u otro gas comprimido, sean lisas o rayadas, siempre que la energía cinética del proyectil en boca exceda de 24,2 julios. Igualmente, cabe descartar, aquellas armas que sean catalogadas como armas de guerra, cuya sola tenencia, con independencia de su número, es considerado ya depósito a los efectos del delito previsto en el artículo 567 CP, precepto prevalente sobre el examinado.

En cuanto a la eficacia o funcionamiento del arma, éste constituye un presupuesto objetivo del delito examinado; en él se vivifica la necesaria ofensividad de una conducta que, pese a resultar de peligro abstracto, no puede considerarse puramente formal. Como con acierto ha expresado la STS, de 29 de mayo de 1993 (RJ 1993, 4280) “para la existencia del tipo penal es necesario que el arma tenga una evidente idoneidad para el disparo, de tal manera que el peligro abstracto o general pueda verse concretado en cualquier momento mediante el uso eficaz y potencialmente peligroso del arma”. Por consiguiente, para estimar la eficacia o funcionamiento del arma, deberá ser probada su aptitud para disparar por parte de la acusación, tema que tratamos más adelante, en el punto relativo a la prueba dentro de los aspectos procesales del caso, dejando solo apuntado, que el arma utilizada en el delito por Dº Manuel, en el momento de su estudio, demostró estar capacitada para el disparo.

Por otro lado, tal y como aprecia GARCÍA ALBERO⁵⁵, el precepto no solo alude a la licencia, sino también a los permisos necesarios que autorizan y documentan la llevanza y posesión de las armas.

Licencias, en sentido estricto, son las que autorizan la llevanza y posesión de armas conforme al artículo 96 del Reglamento de Armas. En el caso en cuestión, del Informe

⁵⁴ GARCÍA ALBERO, Ramón. “Título XXII Capítulo V. De la tenencia...op. cit/ p. 1840.

⁵⁵ GARCÍA ALBERO, Ramón. “Título XXII Capítulo V. De la tenencia...op. cit/ p. 1843.

emitido por la Brigada Local de Policía Científica de la Comisaría General de Policía Nacional de Elche se desprende, que el arma utilizada precisaba para su tenencia y uso de la correspondiente licencia de armas y guía de pertenencia, careciendo el acusado de dicha documentación. En concreto, para poder hacer uso de la escopeta MONDIAL, objeto material del delito, atendiendo a lo dispuesto en el art. 96 c) del Reglamento, es obligatoria la licencia D de arma de larga rayada para caza mayor.

Además de la licencia o autorización especial, la posesión de un arma de fuego precisa, en todo caso, de la correspondiente guía de pertenencia, la cual documenta el arma conforme a los artículos 88 y 89 del Reglamento, acreditando la propiedad de la misma.

A pesar de su carácter de permiso necesario, la jurisprudencia ha rechazado que su falta ostente relevancia penal. La Sala II del Tribunal Supremo, constituida en Sala General no jurisdiccional, acordó en sesión del día 25 de noviembre de 2008 que “La falta de guía de pertenencia, cuando se dispone de la licencia o permiso de armas, no integra el delito del art.564 del Código Penal”. De esta forma, se ha fijado el criterio al que debe ceñirse la nueva jurisprudencia, abandonado soluciones contrarias, más apegadas a la interpretación estricta del texto.

Por último, GARCÍA ALBERO⁵⁶ señala que, según se trate de armas cortas o largas, el artículo 564 castiga la tenencia ilícita con la pena de prisión de uno a dos años, o de seis meses a un año, respectivamente, con base en la supuesta mayor peligrosidad de las armas cortas. Por arma de fuego corta, hay que entender, conforme a la definición que ofrece el art. 2 a) del *Reglamento de Armas*, el arma de fuego cuyo cañón no exceda de 30 cm o cuya longitud no exceda de 60 cm, mientras que el arma de fuego larga, como fue catalogada la escopeta con la que se cometieron los hechos, es definida negativa y residualmente como aquella que no sea un arma de fuego corta.

b) El bien jurídico protegido

⁵⁶ GARCÍA ALBERO, Ramón. “Título XXII Capítulo V. De la tenencia...op. cit/ p. 1845.

Sobre esta cuestión, la STS, de 20 de marzo de 1963 establece que “la peligrosidad general de la acción y de sus posibles autores es la ratio que movió al legislador a elevar el rango de delitos y a castigar la tenencia incontrolada de armas de fuego”, y en otras sentencias posteriores se determina que “la ratio legis del delito cuestionado no es otra que la represión y criminalización de la incontrolada difusión y uso de armas de fuego con fines de preservación del orden público”.

En base a lo expuesto, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO⁵⁷ determina que el bien jurídico protegido, en estos delitos, es el interés de la Administración por controlar la posesión de armas de fuego, como medios idóneos y capaces de ofender intereses valiosos para la sociedad, mientras que la ratio legis nos vendrá dada por la necesidad de evitar el peligro que supone, para la propia ciudadanía, la fabricación, comercio y circulación de las armas sin un determinado control previo.

Sin embargo, hay que destacar que, frente a este interés estatal de asegurar la tranquilidad pública, también nos encontramos con el interés de los ciudadanos en servirse de armas de fuego como medio de defensa personal, derecho que se encuentra reconocido en algunos países incluso a nivel constitucional. En nuestro Ordenamiento el interés estatal o político prima sobre el de los particulares, como lo demuestra el hecho de la colocación sistemática de este delito entre los delitos contra el orden público, la dureza de las penas y que el art.565 del CP sólo autorice a rebajar las penas en un grado “siempre que por circunstancias del hecho y del culpable, se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos”.

⁵⁷ DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio. *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*. Madrid: Reus, 1994/ p. 57.

GARCÍA ALBERO⁵⁸ establece que el delito de tenencia ilícita tiene una lesividad propia: los ciudadanos tienen derecho a confiar en la fiscalización y control sobre la circulación y uso de instrumentos peligrosos, y es precisamente esa confianza, sobre la disposición de tales objetos, la que constituye un valor en sí mismo, y la que enlaza con un concepto de orden público entendido como tranquilidad y sosiego.

Como señala la STS, de 30 de junio de 1993 “El delito de tenencia ilícita de armas constituye una infracción de actividad o mero riesgo o peligro general abstracto o comunitario. Objetivo y de propia mano; hallándose la ratio legis o finalidad del precepto del artículo 254 del Código Penal, traslucimiento del bien jurídico atendido por la norma en la protección de la seguridad de la comunidad social, en la defensa de la sociedad y el orden público, ante el mal uso que eventualmente pudiera realizarse de las armas de fuego, degenerando el mismo en ataques violentos, en fatales atentados contra las personas dada la letal potencialidad que les caracteriza, lo que les torna sumamente peligrosas y arriesgadas para una tenencia permisiva e indiscriminada...”.

c) Los caracteres del delito

Tal y como señala DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO⁵⁹, atendiendo a la estructura del tipo descrito en el artículo, y desde la perspectiva de la acción y el resultado, el delito de tenencia ilícita de armas es un tipo de “mera conducta”.

Por otra parte, desde la perspectiva del ataque al bien jurídico, el tipo del artículo es de los llamados de peligro, y más aún, de los adjetivados de peligro “abstracto”. La STS nº 454/2015, de 10 de julio de 2015 establece que “en relación al delito de tenencia ilícita de armas (...) es una infracción de pura actividad, incluida ahora dentro del título concerniente al orden público, como infracción formal de riesgo abstracto, general o comunitario...”.

⁵⁸ GARCÍA ALBERO, Ramón. “Título XXII Capítulo V. De la tenencia...op. cit/ p. 1825.

⁵⁹ DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio. *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*. Madrid: Reus, 1994/ p. 55.

El sujeto activo puede ser cualquiera, incluso aquellas personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas o autorizadas para llevar armas cuando las utilicen sin cumplir los requisitos pertinentes. El sujeto pasivo inmediato, específico del delito de tenencia ilícita de armas, es la comunidad social, ya que es el titular directo del bien jurídico protegido por la norma y lesionado o puesto en peligro por la conducta típica.

La conducta típica es la “tenencia”, que puede realizarse, tanto cuando se lleva el arma fuera del propio domicilio (porte), como cuando se posee dentro del mismo (tenencia en sentido estricto). Se trata de un delito de acción, porque consiste en el acto positivo de tener o portar el arma y por ello, no tiene cabida la omisión en este tipo de delito.

Dentro del tipo subjetivo es necesario el dolo, al que debe ir unido el ánimo de poseer el arma para sí y no para otro. La STS n°454/2015, de 10 de julio de 2015, anteriormente mencionada, afirma que “en definitiva como elemento subjetivo atinente a la culpabilidad, se exige el animus possidendi, esto es el dolo o conocimiento a que se tiene el arma careciendo de la oportuna autorización, con la voluntad de tenerla a su disposición, pese a la prohibición de la norma (SSTS. n° 201/2006 de 1 de marzo y n° 960/2007 de 29 noviembre), bien entendido que no hay dolo específico, siendo suficiente con que el sujeto tenga conocimiento de que posee un arma de fuego sin la correspondiente licencia o autorización administrativa y con que tenga voluntad de poseerla (SSTS. n° 630/99 de 26 de abril y n° 84/2010 de 18 de febrero).”.

Respecto a la culpabilidad, como en cualquier otro delito, es necesario que el sujeto tenga conocimiento de la antijuridicidad o ilicitud de la tenencia y en consecuencia, el error de prohibición invencible excluye totalmente la culpabilidad, al no ser punible la comisión imprudente de este delito. No obstante, a veces el error sobre extremos puramente administrativos, como por ejemplo, la clase de licencia que requiere una determinada arma, incide de lleno en la configuración de la tipicidad del hecho y debe ser tratado como error de tipo, conforme a lo dispuesto en el art. 14.1 CP.

Por último, GARCÍA ALBERO⁶⁰ señala que, nada impide que puedan apreciarse eximentes completas o incompletas vinculadas con la imputabilidad del sujeto cuando no pueda probarse la tenencia del arma en fases de normalidad psíquica. En este sentido, la STS, de 17 de septiembre de 1994 aplica la eximente de enajenación mental incompleta por drogadicción, al considerar que no se puede, pese a la naturaleza permanente del delito “extender presuntivamente la posesión a otros momentos en los que el sujeto activo se podía encontrar hipotéticamente en situación de normalidad psíquica porque con ello estableceríamos una conclusión perjudicial para sus intereses basándonos en simples presunciones excluidas por el contenido literal del relato fáctico”.

2.2.4 Delito de quebrantamiento de medida cautelar

a) *El bien jurídico protegido*

Tal y como afirma GARCÍA ALBERO⁶¹, el Código Penal ha mantenido a grandes rasgos la estructura de los delitos de quebrantamiento heredados del Código Penal de 1973, solo que ahora integrados en un capítulo exclusivo. Comprende, en efecto, el capítulo VIII dos delitos distintos: el autoquebrantamiento de condena en sentido amplio, regulado en el art.468 CP, y el delito de favorecimiento de evasión de presos, preceptuado en el art. 470 CP. En cuanto al primero, el delito se estructura sobre la histórica partición entre un tipo básico (468 CP), que presenta notables diferencias con respecto a su antecesor, y un tipo cualificado por los medios empleados (469 CP), también manifiestamente modificado.

El artículo 468, objeto de nuestro estudio, dispone en sus dos primeros puntos lo siguiente: “1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida

⁶⁰ GARCÍA ALBERO, Ramón. “Título XXII Capítulo V. De la tenencia...op. cit/ p. 1831.

⁶¹ GARCÍA ALBERO, Ramón. “Título XX Capítulo VIII. Del quebrantamiento de condena” en *Comentarios al Código Penal español; Tomo I. (artículos 1 al 233)*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director). Navarra: Aranzadi, 2016/ p. 1544.

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. 2. 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.”.

Por otro lado, es importante destacar que el bien jurídico protegido en todos estos delitos es la Administración de Justicia, y más en concreto, la efectividad de determinadas resoluciones de la Autoridad Judicial, en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares acordadas durante el proceso o la instrucción de una causa.

b) El artículo 468 CP

Conforme a lo expuesto por GARCÍA ALBERO⁶², la novedad más importante que introdujo el Código Penal de 1995 en este ámbito, además de la ampliación de las resoluciones susceptibles de ser quebrantadas, fue la de distinguir, a efectos de pena, entre el quebrantamiento del privado de libertad, al que se le castiga con la pena de prisión de seis meses a un año, y el de quien no lo está, al que se le impone una pena de multa de dos a veinticuatro meses.

No obstante, el diverso régimen punitivo se vio matizado por primera vez con la *Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, al introducir un segundo párrafo al artículo 468 CP que permitía imponer pena de prisión de tres meses a un año, o alternativamente pena de trabajos en beneficio de la comunidad de noventa a ciento ochenta días cuando se quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el artículo 57 CP. La *LO 1/2004, de 28 diciembre, de protección*

⁶² GARCÍA ALBERO, Ramón. “Título XX Capítulo VIII. Del quebrantamiento...op. cit/ pp. 1549 y 1556.

integral contra la violencia de genero volvió a modificar dicho segundo párrafo, estableciendo imperativamente la misma pena de prisión para quien quebrante cualquier pena del artículo 48 CP, medida de seguridad o medida cautelar de la misma naturaleza, es decir, cualquiera destinada a la protección de la víctima de violencia intrafamiliar, doméstica o de género, que sea impuesta en un proceso criminal en que el ofendido sea alguna de las personas señaladas en el artículo 173.2 del Código Penal.

Por consiguiente, la reforma operada por *LO 1/2004*, ha asimilado el quebrantamiento de tales penas o medidas cautelares al propio de las situaciones fácticas de privación de libertad, sancionándolo con la más grave pena de prisión prevista para estas últimas. Tal opción político-criminal se enmarca en el amplio arsenal de medidas represivas, inaugurado con la *LO 11/2003*, continuado por la *LO 15/2003*, y culminado por el momento, por esta última ley de protección contra la violencia de genero.

c) Medidas cautelares: la orden de alejamiento

Las medidas cautelares constituyen uno de los principales instrumentos procesales para atajar el fenómeno de la violencia de género, puesto que tienen por objeto alejar a la víctima del agresor, bien a través de la medida de prisión provisional, si el riesgo es extremadamente grave (art. 503.1, 2 y 3 c LECRIM), bien a través de las medidas cautelares comprendidas en los arts.544 bis y 544 ter LECRIM, siendo las más frecuentes las de prohibición de aproximación y comunicación del agresor respecto de la víctima.

En virtud del informe⁶³ estadístico elaborado por el CGPJ correspondiente al cuarto trimestre del año 2015, momento en el que se acuerdan las medidas cautelares y en el que fueron cometidos los hechos delictivos, se solicitaron 10.215 órdenes de protección y medidas de protección y seguridad. Un total de 8.830 fueron solicitadas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y otras 1.385 lo fueron en los Juzgados de Guardia (Vid. anexo 2).

⁶³ Consejo General del Poder Judicial, Sección de Estadística Judicial: La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Cuarto trimestre de 2015.

En los Juzgados de Guardia, se acordaron 974 órdenes de protección, habiendo sido denegadas un total de 411, mientras que en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer fueron adoptadas 5298, frente a las 3532 inadmitidas (Vid. anexo 3).

En un 52 por ciento de los casos, la relación de pareja (cónyuge o relación afectiva) se mantenía en el momento de la solicitud de la orden de protección, mientras que en un 47 por ciento restante la relación se había extinguido (Vid. anexo 4).

Un 29 por ciento de las mujeres víctimas que solicitaron orden de protección eran mujeres extranjeras y un 2 por ciento del total (españolas y extranjeras) eran menores de edad en el momento de la solicitud (Vid. Anexo 5).

Además, derivadas de las órdenes de protección y otras medidas cautelares, se adoptaron 14.396 medidas judiciales de protección penales, entre las que destaco, al ser objeto de nuestro estudio, la orden de alejamiento (5.420) y la prohibición de comunicación (5.437) (Vid. anexo 6).

En el caso nos ocupa, el acusado D^o Manuel se encontraba sujeto a una prohibición de aproximación a una distancia inferior a 150 metros y de comunicación con la que había sido su pareja, D^a Helena, impuesta por Auto de 11 de octubre de 2015, en las Diligencias Urgentes 795/2015 seguidas por un delito de malos tratos en el ámbito de la violencia sobre la mujer del artículo 153.1 del Código Penal.

Tal y como señala con acierto la Fiscalía, el quebrantamiento de la medida cautelar se consumó por el agresor, en cuanto se acercó a menos de 150 metros de su expareja y víctima, con independencia de que tras rebasar dicha distancia se produjera el delito de allanamiento de la morada en concurso real con el anterior.

En cuanto a la orden de alejamiento, MARTÍNEZ GARCÍA⁶⁴ señala como los artículos 64 LOVG y 544 bis LECRIM presentan esta medida como cautelar, pero también podemos encontrarla dentro del ámbito de las penas accesorias y medidas de seguridad que el Juez puede imponer cuando concurren eximentes incompletas.

Los contenidos posibles dentro de esta medida alcanzan a:

- La prohibición de aproximación a la víctima u otras personas señaladas por el Juez
- La prohibición de acudir o volver a determinados lugares
- La salida del domicilio
- La suspensión de las comunicaciones

La libertad provisional decretada por el Juez exige asegurar de alguna forma que no se van a reiterar actos de violencia doméstica y de género contra la víctima. La orden de alejamiento cumple con esta finalidad y puede estar incardinada dentro o fuera de una orden de protección.

Tal y como señala MARTÍNEZ GARCÍA⁶⁵, cabe resaltar como presupuestos para la adopción de esta medida:

- Fumus boni iuri o apariencia de buen derecho, es decir, deben de existir indicios fundados de la existencia de un hecho constitutivo de actos de violencia de género.
- Riesgo para la víctima, también llamado periculum in mora o periculum in libertatis, entendido como riesgo efectivo para la víctima (no para la futura ejecutabilidad de la sentencia). Se trata de un pronóstico de peligro, de un peligro concreto basado en particulares circunstancias de hecho, así como personales del propio investigado. Y

⁶⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *La tutela judicial de la violencia de género*. Madrid: Iustel, 2008/ p. 190.

⁶⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *La tutela judicial...* op. cit/ p. 191.

dichas circunstancias son las mencionadas en artículo 468 CP sobre el incumplimiento de la medida cautelar, que se tendrán en cuenta, ante una agravación del peligro, para la adopción de la prisión provisional o cualquier otra medida más gravosa que la orden de alejamiento.

La presente medida, en cualquiera de sus facetas puede ser acordada de oficio o a instancia de parte. Además, la intervención del Ministerio Fiscal permite la posibilidad de adoptar dicha medida inaudita parte.

En último término, MARTÍNEZ GARCÍA⁶⁶ considera que el periodo de duración debe constar en el auto que motive la orden de alejamiento, a pesar del silencio establecido en el artículo 544 bis LECRIM o en el artículo 64 LOVG. El artículo 57 CP es el que limita la pena prevista, al igual que la medida cautelar, a los diez años, cuando se trate de la imputación de un delito grave, de cinco cuando fuere menos grave o de seis meses cuando se trate de delitos leves.

Por otra parte, GARCÍA ALBERO⁶⁷ considera evidente que la orden de alejamiento concierne exclusivamente al penado o sometido a medida cautelar, no a la víctima, de ahí que, desde tal perspectiva, el delito de quebrantamiento se configure como un delito especial propio, dado que solo puede ser autor material directo del delito el titular de la obligación-jurídico penal.

En la medida cautelar de alejamiento no cabe hablar de imposición al margen de la voluntad de la víctima beneficiaria, como acontece con la pena, y en virtud de los intereses de la víctima podría admitirse una especie de clausula “rebus sic stantibus” implícita como presupuesto de la vigencia de la medida. Implica, en definitiva, que la víctima continúa precisándola conforme al principio de definición de sus propios intereses. Si el Juez a posteriori, llegado el caso, hubiese accedido al alzamiento de la medida cautelar ante la

⁶⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *La tutela judicial...* op. cit/ p. 192.

⁶⁷ GARCÍA ALBERO, Ramón. “Título XX Capítulo VIII. Del quebrantamiento...” op. cit/ p. 1557.

solicitud seria y libre de la víctima, entonces no se debería hacer depender el delito de quebrantamiento de tal dato puramente formal. En definitiva, dependiendo del caso concreto, podría excepcionalmente argumentarse la atipicidad material de algunos supuestos, como excepción a la regla general de la punibilidad, en atención al bien jurídico tutelado. No debe olvidarse que, de aceptarse como regla general, entonces resultaría que la condición de autor del delito, dependería en exclusiva de la voluntad de la víctima, lo que colisiona con el principio de seguridad jurídica.

Sea como fuere, en un principio, la STS nº 1156/2005, de 26 septiembre de 2005 vino a declarar, sin más, que la conducta comita por el infractor de la medida de alejamiento, inducido por la víctima que quiso reanudar la convivencia, era atípica. Pero esta precipitada tesis ha sido de corto alcance ya que tras una inicial matización, en el sentido de referirse exclusivamente a la medida cautelar, que no a la imposición del alejamiento como pena, la jurisprudencia ha terminado concluyendo en el sentido de no excluir la punibilidad del quebrantamiento cuando el alejamiento se impone como medida cautelar, invocando tanto a la naturaleza del bien jurídico protegido como a la nula previsión en este delito de la persona de la víctima como causa de extinción de la pena. Finalmente, la Sala de lo Penal del TS, en reunión de Pleno no jurisdiccional de 25 noviembre de 2008 adoptó el acuerdo de que, en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima, éste no excluye la punibilidad, criterio aplicado en la STS nº 39/2009, de 29 enero de 2009.

En este contexto, no es de extrañar que empiecen a aparecer condenas por inducción o cooperación necesaria de la víctima protegida, un ejemplo de lo cual se refleja en la SAP nº 170/2009, de 4 de febrero de 2009.

d) Competencia de los tribunales

Hasta el año 2015, el artículo 468 CP no aparecía incluido en el catálogo de delitos competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, quizá por el deseo del legislador de no aumentar excesivamente el ámbito competencial de estos órganos judiciales.

Tal y como indica MARTÍNEZ GARCÍA⁶⁸, el hecho de que el mencionado delito apareciera excluido de la competencia del JVM llamaba la atención, sobre todo en aquellos casos en los que la medida cautelar o pena quebrantada se hubiera impuesto a consecuencia de la comisión de un acto de violencia de género, competencia por tanto de estos Juzgados, y por consiguiente parecía lógico pensar, que el JVM que conociera de ese primer acto de violencia, es el que estaría en mejor posición para considerar el riesgo en que se encuentra la víctima, a fin de concederla la protección adecuada, evitándola al mismo tiempo el llamado “peregrinaje judicial”.

Lo antedicho, sin embargo, presentaba una excepción en los supuestos en los que el quebrantamiento iba unido a un acto de violencia de género, cómo cuando se quebrantaba una orden de alejamiento y al mismo tiempo se cometía una agresión o amenaza a la persona beneficiaria de la medida en cuestión, no existiendo la menor duda en tales casos de que la competencia correspondía a los JVM.

Tras la entrada en vigor de *Ley Orgánica 7/2015, de 21 julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, el panorama cambia al atribuirse más competencias a los JVM, entre las cuales se añade el apartado g) al artículo 87 ter que asigna a los JVM la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto en el artículo 468 CP cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

⁶⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *La tutela judicial...* op. cit/ pp. 122 y 123.

3. CONCLUSIÓN

El supuesto de hecho estudiado a lo largo de este trabajo fue juzgado y calificado, tanto por la Audiencia Provincial de Alicante, en sentencia nº637/2017 de fecha de 4 de octubre de 2017, como por el Tribunal Supremo, en virtud de sentencia nº 282/2018 de 13 de junio de 2018, existiendo absoluto acuerdo entre ambas instancias, no sólo sobre los delitos cometidos por su autor (asesinato en grado de tentativa con agravante de parentesco, delito de allanamiento de morada, tenencia ilícita de armas y delito de quebrantamiento de medida cautelar), sino también en cuanto a la extensión de cada una de las penas a imponer.

Ambas instancias realizan una fundamentación jurídica amplia y pormenorizada, con un análisis exhaustivo sobre cada figura jurídica aplicada a los hechos; materia que se ha desarrollado a lo largo de los diferentes apartados del trabajo, de ahí la relevancia de ambos fallos, y de la jurisprudencia que consolida la dictada por el Tribunal Supremo.

En el desarrollo de la exposición, se incide especialmente en la figura de los abogados de las partes, que intervienen en las diferentes fases del procedimiento; desde la instrucción hasta su actuación en la última instancia.

Asimismo, a lo largo del estudio de la sentencia, se pone de manifiesto la importancia que ha supuesto la reforma del Código Penal llevada a cabo en la materia, en virtud de *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*.

Para finalizar, señalar que la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2018, adquiere especial relevancia al aplicar por segunda vez, y después de la sentencia nº247/2018 de fecha de 24 de mayo de 2018, la perspectiva de género, al considerar las víctimas de violencia en este ámbito, no sólo como meros testigos, sino como testigos privilegiados, al haber vivido en primera persona los hechos, y ser además sujeto pasivo del delito; siendo por tanto, un testigo cualificado, al mismo tiempo que víctima.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. “La reforma del homicidio doloso y del asesinato por la LO 1/2015”, *Cuadernos de política criminal*, 2015, nº 117.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada”, *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Doctor Don José Casabó Ruiz* 1997, vol. 1º.

CHOZAS ALONSO, José Manuel. *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal: su práctica ante los tribunales*. Madrid: La Ley, 2010.

CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

DE AGUILAR GUALDA, Salud. *La prueba en el proceso penal: a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Barcelona: Bosch, 2017.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “El homicidio y sus formas en el Código Penal de 1995”, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Granada: Comares, 1999.

DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio. *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*. Madrid: Reus, 1994.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-2014): su efectividad, eficacia y eficiencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

GARCÍA ALBERO, Ramón. “Título XX Capítulo VIII. Del quebrantamiento de condena” en *Comentarios al Código Penal español; Tomo I. (artículos 1 al 233)*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director). Navarra: Aranzadi, 2016.

GARCÍA ALBERO, Ramón. “Título XXII Capítulo V. De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos” en *Comentarios al Código Penal español; Tomo I. (artículos 1 al 233)*, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director). Navarra: Aranzadi, 2016.

GÓMEZ RIVERO, Carmen. “Artículo 138” en *Comentarios al Código penal; Tomo II. (Artículos 138-233)*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Director). Valladolid: Lex Nova, 2015.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Los Delitos de Homicidio y de Asesinato en el Código Penal Español. Doctrina y Jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

HERRERO ÁLVAREZ, Sergio. “La actuación del abogado en el proceso penal: análisis práctico” en *Abogacía: claves para la práctica diaria*, ORTEGA BENITO, Victoria (Director). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Los delitos de propia mano*. Madrid: Técnos, 1992.

MARTÍ GARCÍA-MILÁ, Núria. *El abogado en sala; Volumen III, Particularidades en el orden jurisdiccional penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *La tutela judicial de la violencia de género*. Madrid: Iustel, 2008.

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *El delito de asesinato: análisis de la L.O. 1-2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal*. Barcelona: Bosch, 2017.

MATÍA PORTILLA, Francisco Javier. “Artículo 202” en *Comentarios al Código penal; Tomo II. (Artículos 138-233)*, GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Director). Valladolid: Lex Nova, 2015.

PUIG PEÑA, Federico. *Derecho penal, parte especial; Tomo III*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Revista de Derecho privado, 1966.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la parte especial del Derecho Penal; Tomo I*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1972.

ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Lecciones breves de derecho procesal penal*. Granada: Comares, 2017.

ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*. Madrid: Civitas, 2000.

SANZ MORÁN, Ángel José. *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal Parte Especial; Tomo II*. Navarra: Aranzadi, 2005.

VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña. “La indemnización a las víctimas de delitos y proceso penal” en *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, DE HOYOS SANCHO, Monserrat (Director). Navarra: Aranzadi, 2017.

5. RELACIÓN DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Constitucional:

- STC 21 diciembre 1989, JUR 217\1989
- STC 18 diciembre 2007, JUR 1082\2007

Tribunal Supremo:

- STS 13 junio 2018, JUR. 2182\2018
- STS 10 julio 2015, JUR. 4810\2015
- STS 17 septiembre 1994, JUR. 6963\1994
- STS 26 septiembre 2005, JUR. 7380\2005
- STS 25 noviembre 2008, JUR. 34004\2009
- STS 29 enero 2009, JUR. 819\2009
- STS 20 marzo 1963, JUR. 6492\1963
- STS 30 junio 1993, JUR. 53219\1993
- STS 12 abril 2004, JUR. 2218\2004
- STS 22 abril 2010, JUR. 4915\2010
- STS 29 mayo 1993, JUR. 4280\1993
- STS 23 noviembre 1934, JUR 7632\1934
- STS 5 julio 2006, JUR 752\2006
- STS 1 marzo 2006, JUR 1834\2006
- STS 8 julio 2016, JUR 19\2016
- STS 15 abril 2013, JUR 2013\55881
- STS 3 abril 1995, JUR 1995\2805
- STS 24 mayo 2018, JUR 2018\2003
- STS 19 julio 2018, JUR 2018\2758

Audiencias Provinciales:

- SAP 4 octubre 2017, AC. 3554\2017
- SAP 4 febrero 2009, AC. 172840\2009
- SAP 5 febrero 2018, AC. 1\2018

6. ANEXOS

ANEXO 1



En la imagen se muestra una escopeta de la marca MONDIAL, de munición del calibre 12, similar al arma utilizada por el acusado.

ANEXO 2



ANEXO 3

ÓRDENES DE PROTECCIÓN Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD DE LAS VÍCTIMAS (Artículos 544 bis y TER)	INCOADAS	INADMITIDAS	ADOPTADAS	DENEGADAS	Ratio
					Ordenes/Mujeres víctimas
Totales	8.830	305	5.298	3.227	28%
		3%	60%	37%	

Órdenes solicitadas	Acordadas	Denegadas
1.385	974	411
	70%	30%

ANEXO 4

RELACIÓN DE PARENTESCO

CÓNYUGE	EX-CÓNYUGE	REL. AFECTIVA	EX-RELACIÓN AFECTIVA
2.058	1.087	2.565	3.120
23%	12%	29%	35%

ANEXO 5



ANEXO 6

MEDIDAS PENALES	PRIVATIVAS DE LIBERTAD	SALIDA DE DOMICILIO	ORDEN DE ALEJAMIENTO	PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN	PROHIBICIÓN VOLVER AL LUGAR	SUSPENSIÓN TENENCIA Y USO ARMAS	OTRAS
OP	129	596	3.939	3.896	452	709	412
MC	166	250	1.481	1.541	275	279	271
% Medidas Penales OP adoptadas sobre total OP adoptadas	2,4%	11,2%	74,3%	73,5%	8,5%	13,4%	7,8%