



“VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VENTA DE COSA AJENA”

Alumna:

Alexia Anido Santamariña

Tutor:

Prof. Dr. Santiago Roura Gómez

Trabajo de Fin de Grado – Curso 2015/2016

Facultad de Derecho

Índice:

I.	Abreviaturas.....	3
II.	Supuesto de hecho.....	4
III.	Introducción.....	6
IV.	Cuestiones a resolver.	
	1. Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial. Determinar las acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste.....	7
	2. Determinar las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo, y determinar la validez de las escuchas telefónicas.....	19
	3. Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y contra Elisa, así como su vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de María.....	26
	4. Examinar la validez jurídica y las acciones a llevar a cabo por Manolo, con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por María a Eustaquio y a Miriam. Especificar qué derechos ostentan cada uno sobre el inmueble citado.....	34
V.	Conclusiones.....	41
VI.	Bibliografía.....	43
VII.	Apéndice jurisprudencial.....	44
VIII.	Normativa aplicable.....	45
IX.	Páginas web.....	46
X.	Anexos.....	47

I. Abreviaturas.

Aprox.	Aproximadamente
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
Ed.	Editorial/ Editor
<i>Ibid.</i>	Mismo autor y misma obra
INE	Instituto Nacional de Estadística
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Ley Hipotecaria
LO	Ley Orgánica
Núm.	Número
P.	Página
PP.	Páginas
TS	Tribunal Supremo
<i>Vid.</i>	Véase

II. Supuesto de hecho.

Manolo y María, de 40 y 37 años respectivamente, contraen matrimonio el 26 de marzo de 1996. El 30 de junio de 2007, realizan un viaje en barco, en el cual se produce un accidente del cual sólo consigue regresar María. Debido a la desaparición de Manolo, y a la consecuente declaración de fallecimiento tiempo después, María contra segundas nupcias con Marcial el 17 de agosto de 2009.

Marcial, el nuevo marido de María, es investigado por un delito de tráfico de drogas. En dicha investigación, se realizan una serie de escuchas a través de intervenciones telefónicas, en las cuales, se escucha claramente cómo María, le cuenta telefónicamente a Sara, que sufre una gran ansiedad y pesadillas fruto del presunto accidente de barco en el cual Manolo desaparece. En esta conversación, María relata cómo Manolo le confiesa a María su intención de terminar con el matrimonio, ya que éste había conocido a otra persona. En ese momento María, ante una inmensa sensación de ira y obcecación, golpea fuertemente a Manolo en la cabeza y lo tira por la borda del barco. A través y con motivo de dichas escuchas, María es acusada de asesinato.

Durante el matrimonio de Marcial y María, ésta recibe varias palizas de su marido, además de un continuo maltrato psicológico. La primera de las agresiones se produce en enero de 2010, cuando Marcial llega a casa después de trabajar y María se encuentra hablando por teléfono con un amigo de ésta, despertando un ataque de celos de Marcial, que le propina un fuerte golpe en la cara que le produce un importante derrame en el ojo derecho. En otra ocasión, ya en el mes de marzo, María decide ir a cenar con unas amigas y, durante la cena, recibe tres llamadas telefónicas de Marcial, que le increpa para que regrese a casa, hablándole violentamente; cuando ésta finalmente vuelve a casa, Marcial le propina dos puñetazos en la barriga.

En el mes de abril de 2010, nace Elisa, hija de María y Marcial, y los comportamientos violentos de Marcial hacia María continúan. El 29 de septiembre de 2012, tras una violenta agresión de Marcial, María ingresa en el hospital, donde permanece hasta el 12 de diciembre del mismo año, teniendo que ser intervenida quirúrgicamente dos veces por lesiones en el hígado y bazo, así como presentando cicatrices en la cara derivadas de los golpes. Debido al profundo miedo que María tiene a que Marcial pueda hacerle más daño, decide denunciarlo, solicitando asimismo una orden de alejamiento.

No obstante, en el mes de diciembre de 2012 Marcial regresa a casa, retomando la convivencia con María, y pese a que la orden de alejamiento sigue vigente. En la madrugada del 12 de octubre de 2013, Marcial, en un estado muy alterado, le propina tres golpes en el estómago a María, y además, le da un puñetazo a su hija Elisa, provocando un importante derrame en el ojo derecho. Ante esta situación, María llama a la policía y ambas son llevadas al hospital, donde María requiere de sedación debido a la profunda e incontrolable ansiedad que padece, que le produce un infarto al corazón.

La policía le realiza una prueba de alcohol y drogas, dando éste positivo en cocaína, y dando en el caso del alcohol una tasa de 0,75 ml en aire espirado. Cabe mencionar en este punto que Marcial es una persona drogo dependiente y que, tras este último suceso, decide voluntariamente ingresar en una clínica con expresa voluntad de desintoxicarse, intentando reparar el daño causado.

El 3 de enero de 2014, Manolo reaparece, y se encuentra en la situación de que María, como heredera universal de Manolo, ha vendido la casa que éstos tenían en común al 50% a Eustaquio, por 240.000€. Por otro lado, ha vendido asimismo un piso que Manolo poseía de manera privativa en la costa de Coruña, valorada en 250.000€, pero que sólo se ha vendido por 175.000€, a una amiga suya de la infancia llamada Miriam. Además, ambos eran titulares de una cuenta de 65.000€ en Abanca, que en el momento de la reaparición cuenta tan sólo con 15.000€. Debido a lo sucedido y ante tal situación, Manolo decide emprender medidas legales destinadas a recuperar sus bienes y a ejercitar las medidas pertinentes contra María.

III. Introducción.

A lo largo de este trabajo trataré de aclarar las diversas cuestiones suscitadas tras el supuesto de hecho planteado. Intentaré buscar diversas soluciones para así abordar varios puntos de vista.

Conoceremos las posibilidades y efectos que derivan de una declaración de fallecimiento, tanto en la esfera familiar, y más concretamente la matrimonial, como en la esfera patrimonial. Asimismo, veremos qué sucede cuando el que se creía muerto reaparece.

Por otro lado, analizaremos los diversos delitos cometidos en el caso. Desde un supuesto asesinato, hasta un caso de violencia doméstica, pasando por una diligencia de investigación como son las escuchas telefónicas.

Observaremos la legislación aplicable al momento de los acontecimientos, pero también algunas de las modificaciones que ha sufrido en el pasado o en la actualidad, según el caso.

IV. Cuestiones a resolver:

- 1. Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial. Determinar las acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste.**

En primer lugar, para comenzar con la resolución de la primera de las cuestiones a tratar debemos de dar algunas pinceladas para tener claro en qué consiste exactamente la declaración de fallecimiento.

Tenemos que acudir a los artículos 193 y 194 del Código Civil aplicable a la época en la que sucedieron los acontecimientos para conocer los supuestos en los que procede la declaración de fallecimiento.

En el momento de los hechos, 30 de junio del año 2007, la redacción de dichos artículos había sido afectada por la reforma introducida con la *Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros*¹. Con esta reforma, lo que en principio se pretendía era abordar simplemente las reglas de la declaración de fallecimiento en caso de naufragio, pero los legisladores finalmente se vieron obligados a abordar también la reforma de “*otros siniestros*” puesto que no se puede olvidar que la desaparición de una persona en el mar origina un gran drama humano para sus familiares, y suscita paralelamente diversos problemas de orden personal, asistencial, administrativo y económico, que requieren de un marco legislativo eficaz, operativo y ajustado a la realidad, que ayude a paliar el gran problema humano provocado por la desaparición en el mar de un familiar. Para intentar paliar los daños que sufrían las familias en los casos de desapariciones, siniestros y naufragios era necesario acortar los plazos establecidos anteriormente para poder efectuar la declaración de fallecimiento.² Los artículos tras la modificación quedaron redactados de la siguiente forma:

“Art. 193 C.C.: Procede la declaración de fallecimiento:

Primero: Transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición.

Segundo: Pasados cinco años desde las últimas noticias o, en defecto de éstas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años.

¹ En la actualidad, el art. 194 CC. ha sido modificado nuevamente en el año 2015 por la disposición final 1.41 de la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*.

² D.R. Guinea Fernández, *La declaración de fallecimiento en el Derecho Español*, pp. 169 – 170.

Los plazos expresados se computarán desde la expiración del año natural en que se tuvieron las últimas noticias, o, en su defecto, del en que ocurrió la desaparición.

Tercero: Cumplido un año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses.

Se presume violencia sin en una subversión de orden político o social hubiese desaparecido una persona sin volverse a tener noticias suyas durante el tiempo expresado, siempre que hayan pasado seis meses desde la cesación de la subversión.”

“Art. 194 C.C.: Procede también la declaración de fallecimiento:

Primero: De los que perteneciendo a un contingente armado o unidos a él en calidad de funcionarios auxiliares voluntarios, o en funciones informativas, hayan tomado parte en operaciones de campaña y desaparecido en ellas luego que hayan transcurrido dos años, contados desde la fecha del tratado de paz, y en caso de no haberse concertado, desde la declaración oficial del fin de la guerra.

Segundo: De los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquéllos.

Se presume ocurrido el naufragio si el buque no llega a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido seis meses contados desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje.

Tercero: De los que se encuentren a bordo de una aeronave siniestrada, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del siniestro, sin haberse tenido noticias de aquéllos o, en caso de haberse encontrado restos humanos, no hubieren podido ser identificados.

Se presume el siniestro si en viaje sobre mares, zonas desérticas o inhabilitadas, transcurrieran seis meses contados desde las últimas noticias de las personas o de la aeronave y, en su defecto, desde la fecha de inicio del viaje. Si éste se hiciere por etapas, el plazo indicado se computará desde el punto de despegue del que se recibieron las últimas noticias.”

Podemos deducir, en base a las circunstancias, que la declaración de fallecimiento de Manolo se puede encuadrar en la clasificación de casos de desaparición en circunstancias extraordinarias. La desaparición del interesado se produce en

circunstancias que permiten acortar el plazo, aglutinándose en esta categoría los supuestos de hecho conocidos como de ausencia calificada³, que a su vez se pueden distinguir entre:

- Declaración de fallecimiento en caso de muerte por causa de violencia contra la vida.
- Declaración de fallecimiento en caso de siniestro, siendo este el tipo que nos interesa. La desaparición se produce en circunstancias que permiten concluir que se vio sometido a un siniestro y, en consecuencia, se acorta el plazo considerablemente, teniendo que transcurrir tres meses desde la desaparición en caso de siniestro para poder ser declarado el fallecimiento y, si el siniestro es marítimo o aéreo, deberán transcurrir también tres meses pero desde su comprobación.⁴

Bajo la idea de siniestro se contemplan situaciones que se han producido de forma fortuita causando una destrucción o pérdida importante, como por ejemplo un incendio, un naufragio o similares sucesos y, además, hechos naturales que por su intensidad son capaces de provocar la muerte, tales como seísmos, tornados o riadas... cualquier hecho que se pueda calificar como catastrófico. GUINEA FERNÁNDEZ considera que debe de ser tenido en cuenta como siniestro todo acontecimiento debido a la naturaleza o a la acción del hombre que cause pérdidas tan graves que sea admisible, dadas las circunstancias, pensar que quien estuviera en el lugar de los hechos, probablemente, ha muerto.⁵ No podemos olvidar nuevamente que el cómputo del plazo para el caso de siniestro es de tres meses contados de fecha a fecha, es decir, que se ha podido declarar fallecido a Manolo pasados tres meses desde que se comprobó el supuesto fallecimiento, ya que se trata de un siniestro marítimo. Ciertamente es, que la terminología empleada para el cómputo de los plazos (“desde que se comprobó el fallecimiento”) puede resultar confusa, puesto que ¿cuándo se considera comprobada la muerte si no existe cadáver? Es posible que haya escasas diferencias entre el momento de la comprobación y de la inmersión del desaparecido en el mar, sobre todo cuando existen testigos presenciales de los hechos. Dado que en los casos de naufragio se debe atender al momento de la comprobación del mismo, también se debe atender al mismo momento en el caso del desaparecido en mar por inmersión, siendo los plazos razonablemente breves.⁶

Tras el análisis principal expuesto sobre la declaración de fallecimiento ya podemos sacar una conclusión principal. La declaración de fallecimiento de Manolo se produjo a

³ Llamamos ausencia calificada a la referente a la desaparición ocurrida en circunstancias extraordinarias, al contrario que la ausencia simple, en la que la desaparición se produce en circunstancias normales ajenas a cualquier peligro.

⁴ D.R. Guinea Fernández, *La declaración de fallecimiento en el Derecho Español*, pp. 125 – 126.

⁵ *Ibid.* pp. 152 – 153.

⁶ *Ibid.* pp. 186 – 187.

los tres meses desde que se comprobó su desaparición; el siniestro y la desaparición se producen el 30 de junio de 2007 por lo que la declaración de fallecimiento posiblemente se haya producido el 30 de septiembre del mismo año.

En cuanto a la validez del matrimonio entre María y Marcial, es necesario que nos introduzcamos en los efectos que produce la declaración de fallecimiento en la esfera familiar. No sabemos si María y Manolo habían contraído matrimonio canónico, es decir, por la Iglesia, o simplemente de forma civil, por lo que analizaremos ambos supuestos para no dejar en duda ninguna de las posibilidades.

Si el matrimonio fue contraído por la Iglesia, la disolución del mismo por muerte presunta en el Derecho Canónico es admitida. Se admite la posibilidad de contraer nuevo matrimonio, pero esto no significa que este nuevo matrimonio sea del todo igual que el anterior contraído con el declarado fallecido. Si el cónyuge supuestamente muerto reaparece, se considera subsistente el matrimonio anterior, y el nuevo matrimonio será nulo por impedimento de ligamen. Al reaparecer el cónyuge, el nuevo matrimonio resultaría inválido puesto que ya hay un matrimonio existente anterior a éste.⁷

Si el matrimonio ha sido contraído civilmente, en primer lugar debemos atender al artículo 85 del Código Civil⁸ y al artículo 195 también de nuestro Código Civil⁹, que ya dejan entrever la respuesta a la cuestión que estamos tratando. Pero el ya citado artículo 195 no siempre estuvo redactado de la misma forma y, fue necesaria la derogación¹⁰ de su párrafo tercero, en el que se establecía que la declaración de fallecimiento no bastaría por sí sola para que el cónyuge presente pudiera contraer ulterior matrimonio, para llegar al punto en el que nos encontramos actualmente. Asimismo, el artículo 85 C.C. también fue reformulado¹¹ para incluir como causas de disolución del matrimonio además de la muerte, la declaración de fallecimiento y el divorcio.

La interpretación del artículo 195 fue problemática porque dudaba sobre si quería establecerse la disolución del matrimonio sólo por muerte y si cabía la posibilidad de

⁷ D.R. Guinea Fernández, *La declaración de fallecimiento en el Derecho Español*, p. 324.

⁸ Art. 85 CC: El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

⁹ Art. 195 CC: Por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo investigaciones en contrario. Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario.

¹⁰ El párrafo tercero del art. 195 CC fue derogado por la *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*.

¹¹ El art. 85 CC fue reformado por la misma ley que derogó el párrafo tercero del art. 195 CC, la *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*.

contraer nuevas nupcias, con la concurrencia de algún complemento especial en caso de declaración de fallecimiento.¹² Para DE CASTRO Y BRAVO, el párrafo tercero del artículo 195 CC no permitía al cónyuge presente contraer nuevas nupcias, afirmando que el matrimonio se disolvía sólo por la muerte de uno de los cónyuges y no por la declaración de fallecimiento y que además, la declaración de fallecimiento no autorizaba por sí sola a pasar a segundas o ulteriores nupcias. CASTÁN TOBEÑAS mantiene algo muy parecido puesto que, para este autor, la declaración de fallecimiento por sí sola y tampoco completada con otras pruebas que no sean la muerte del ausente no produce la disolución del matrimonio con el cónyuge presente.¹³ Pero la doctrina intentó ser más flexible al respecto. ROMERO VIÉITEZ entendía que si el art. 195 CC exigía la concurrencia de un complemento para que el cónyuge del declarado fallecido pudiera volver a casarse, este complemento podría ser la aportación de pruebas suficientes para acreditar la no existencia del impedimento del vínculo y que así se pueda declarar la posibilidad de contraer nuevas nupcias. LALAGUNA DOMÍNGUEZ es también permisivo en su criterio puesto que, al hacerse posible la disolución real del matrimonio civil de naturaleza canónica por causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges, cabe también la disolución presunta, no sólo de los matrimonios civiles, sino también de los matrimonios meramente civiles y, a juicio de CALVO CASTILLO, la declaración de fallecimiento implica que oficialmente se desconoce o niega la existencia del declarado fallecido y que, por lo tanto, el vínculo matrimonial queda disuelto de manera presunta por virtud de la presunción de muerte contenida en el art. 195 CC pero que, sin embargo, el párrafo tercero establecía la exigencia de la certeza moral de la muerte para admitir las nuevas nupcias además de la declaración de fallecimiento.

Para GUINEA FERNÁNDEZ el derogado párrafo tercero del artículo 195 CC tenía un doble sentido; por una parte, reconocía implícitamente la disolución del vínculo matrimonial anterior, y por la otra, permitía la celebración de nuevas nupcias, aunque no bastaba solamente con la declaración de fallecimiento, sino que era necesario cumplimentar algún requisito más. Las posturas que anteriormente hemos visto, como por ejemplo la de DE CASTRO Y BRAVO o la de CASTÁN TOBEÑAS, que criticaban la posibilidad de disolución por causas ajenas a la muerte y admitían únicamente la posibilidad de contraer nuevas nupcias de acuerdo con el Derecho Canónico merecen ciertas críticas, puesto que además de dejar al Derecho Civil en un segundo plano, según estos pensadores los efectos de la declaración de fallecimiento no eran los mismos en el ámbito del Derecho de Familia en función de las clases de matrimonio y, además, en nuestro Ordenamiento Jurídico actualizado y vigente estas ideas significarían un trato injusto y discriminatorio para los diversos interesados.¹⁴ Por otro lado, no se puede decir que sólo quepa determinar la muerte por vía de la certeza moral de la misma, pero sí que se podría llevar a cabo al menos en los casos de ausencia

¹²D.R. Guinea Fernández, *La declaración de fallecimiento en el Derecho Español*, p. 329.

¹³ *Ibid.* p. 330.

¹⁴ *Ibid.* p. 334.

calificada en los que, aunque no se hubiera podido certificar la muerte, el Juez, a los meros efectos de autorizar las futuras nupcias del cónyuge viudo superviviente, podría haber concluido que, de acuerdo con el material probatorio aportado, la certeza moral sí existe.¹⁵

Tras las diversas teorías del pasado y las reformas introducidas, llegamos a la conclusión de que el legislador ha querido que el matrimonio se disuelva por la declaración de fallecimiento y que el vínculo matrimonial no reviva con la reaparición del presunto muerto. Si el declarado fallecido reapareciese y deseara volver a su vida matrimonial, sería necesario contraer otra vez nuevas nupcias.¹⁶ El efecto apropiado, en el caso de que uno de los cónyuges sea declarado fallecido, es la disolución irrevocable, puesto que no parece lógico que se ponga en duda la disolución absoluta, permanente y como hemos dicho, irrevocable en caso de declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y que, sin embargo, sea tan fácil divorciarse.¹⁷ No tiene ningún sentido que el cónyuge del declarado fallecido se vea obligado a continuar ligado a un matrimonio en el que la otra parte (el cónyuge desaparecido) posiblemente no reaparezca nunca. Además, con la derogación del controvertido párrafo tercero del art. 195 CC, ya no se exige ningún complemento para que el cónyuge presente pueda contraer nuevas nupcias, lo que refuerza todavía más el efecto disolutorio de la declaración de fallecimiento.

A la vista de lo aquí expuesto, el matrimonio entre María y Marcial sería válido. Si el anterior matrimonio de María con Manolo se celebró conforme al Derecho Canónico, tras la declaración de fallecimiento de su esposo María podría contraer nuevas nupcias con Marcial pero, si Manolo reapareciese, el segundo matrimonio quedaría sin efecto prevaleciendo el primero de ellos, es decir, el único matrimonio válido sería el contraído por María y Manolo al haber existido previamente.

Por otra parte, si el matrimonio hubiese sido celebrado simplemente de forma civil, el vínculo matrimonial existente entre María y Manolo se disolvería tras la declaración de fallecimiento de éste último, de igual forma que se disuelve por muerte o divorcio. Las nuevas nupcias contraídas con Marcial serían válidas pero ¿y si Manolo reapareciese en este caso? El matrimonio entre María y Marcial sería igualmente válido a todos los efectos. Si Manolo quisiera retomar su vida matrimonial con María, tendrían que volver a contraer nuevas nupcias; la disolución del matrimonio como consecuencia de la declaración de fallecimiento es, como ya hemos visto, irrevocable, absoluta y permanente. Además, para que Manolo pueda contraer nuevamente matrimonio es exigible y necesario que se revoque la declaración de fallecimiento, pues mientras esto no concurra se le presumirá muerto. Nadie que haya sido declarado fallecido puede contraer válidamente matrimonio en España, mientras no deje de existir su condición de

¹⁵ D.R. Guinea Fernández, *La declaración de fallecimiento en el Derecho Español*, p. 335.

¹⁶ *Ibid.* p. 337.

¹⁷ *Ibid.* p. 338.

fallecido, como demuestra una curiosa noticia aparecida en prensa en el año 2006, en la que una mujer que pretendía contraer matrimonio aparecía como declarada fallecida en su partida de nacimiento, impidiéndole casarse pese a estar realmente viva. Finalmente se canceló su declaración de fallecimiento por medio de auto y pudo, por fin, celebrar su matrimonio.¹⁸

Por otro lado, antes de producirse la desaparición de Manolo, éste pretendía poner fin a su matrimonio con María. Hay que tener en cuenta que la legitimación en los procesos matrimoniales corresponde con carácter general a los cónyuges y, por lo tanto, son ellos quienes ostentan el poder de decisión sobre si poner fin a su vínculo matrimonial o no. Como deducimos del supuesto de hecho planteado, no parece que la finalización del matrimonio se vaya a producir de forma voluntaria, consensual o amistosa, por lo que nos encontraremos ante un proceso de separación o divorcio contencioso, en el cual, a Manolo le corresponderá la legitimación activa y a María la legitimación pasiva. Cada uno de los cónyuges deberá estar asistido y representado por su propio Abogado y Procurador.

Manolo deberá interponer una demanda de separación o divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal.¹⁹ El Tribunal que tenga competencia para conocer del proceso matrimonial, también lo tendrá para conocer de todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y actos que dicte, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que apruebe.²⁰

Hay que tener en cuenta que la pretensión de separación no se halla dirigida a la disolución del vínculo matrimonial, sino solamente a ciertas obligaciones del matrimonio, aunque ciertamente, en la actualidad se trata de una situación jurídica en todo coincidente con la del divorcio salvo en la posibilidad de contraer ulterior matrimonio. No podemos dejar de lado la reforma introducida por la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*²¹ la cual ya es aplicable al momento en el que Manolo pretende poner fin a su matrimonio con María. En el año 2007, ya no era necesaria una separación previa para luego divorciarse; la exigencia de su concurrencia se ha suprimido como antecedente cronológico preceptivo y vinculante del divorcio. Quien pretendía separarse en lugar de divorciarse lo hacía por motivos de diversa índole pero como es evidente, es posible que los cónyuges no quisieran disolver del todo su relación

¹⁸ Noticia del 23 de enero de 2006 en “El Mundo”.

¹⁹ Art. 769.1 LEC referente a la competencia en los procesos matrimoniales.

²⁰ Art. 61 LEC.

²¹ Esta Ley introduce la modificación del CC y de la LEC en materia de separación y divorcio. Se facilita la disolución del matrimonio al desaparecer la necesidad de alegar causa y el requisito de la separación previa y además reduce de un año a tres meses el plazo mínimo que debe transcurrir desde la celebración del matrimonio para instar su disolución.

puesto que entendemos que la separación es una situación interina, transitoria o provisional, mientras que el divorcio supone una nueva situación jurídica abocada a perdurar en el tiempo.²²

En el año 2007, el número de separaciones era considerablemente inferior al de los primeros momentos de vigencia de la *Ley 15/2005, de 8 de julio*. Las separaciones habían sido un 38.4% menos que el año anterior y, pese a que ya no existía como requisito previo para divorciarse haberse separado antes, en el 26.6% de los divorcios producidos en ese mismo año, en el 2007, hubo separación previa. Sin embargo, los divorcios supusieron el 91.5% de las disoluciones matrimoniales frente a las separaciones, que representaron sólo el 8.4%.²³ En realidad, estas cifras no resultan demasiado sorprendentes, puesto que es normal que exista preferencia por el divorcio cuando lo que se pretende es, al menos por uno de los cónyuges, terminar del todo la relación matrimonial sin la existencia de la menor posibilidad de retornar a la situación anterior.

Como se puede deducir del supuesto de hecho, la intención de Manolo era poner fin a su matrimonio con María de forma definitiva y permanente, puesto que había conocido a otra persona. Lo más probable es que Manolo pretendiese divorciarse de María sin pasar por un periodo de separación previa, pues como se desprende del artículo 85 del Código Civil, el matrimonio se disuelve totalmente por el divorcio.²⁴ Puesto que el divorcio sólo puede tener lugar por sentencia firme que así lo declare²⁵, Manolo tendría que interponer una demanda de divorcio para que el Juez resuelva.

Según el artículo 86 del Código Civil, el divorcio se decretará judicialmente a petición de uno sólo de los cónyuges (como es el caso que nos atañe) o de ambos, cuando concurren los requisitos y circunstancias que se encuentran en el artículo 81 del Código Civil²⁶ aplicable a la época del supuesto de hecho, es decir, el divorcio se podrá llevar a cabo una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. En nuestro

²² S. Calaza López, *Los procesos matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, p. 37.

²³ Datos estadísticos ofrecidos por el INE.

²⁴ Art. 85 CC: El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

²⁵ Art. 89 CC: La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil.

Modificado en 2015, queda de la siguiente forma: Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil.

²⁶ En la actualidad el art. 81 CC ha sido modificado por la disposición final 1.17 de la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*, haciendo ahora referencia a la separación judicial cuando existan hijos menores no emancipados o que dependan de sus progenitores.

caso sí han pasado más de tres meses puesto que su matrimonio fue celebrado el 26 de marzo de 1996 y cuando Manolo pretende ponerle fin es en el año 2007.

Este plazo de tres meses, supone en cierto modo, un obstáculo al derecho a la tutela judicial efectiva de difícil o cuestionable justificación. La motivación del legislador para imponer este plazo no es otra que la intención de incitar a los cónyuges a alcanzar una avenencia durante un periodo de reflexión, en el que, pese a la voluntad de los dos casados, éstos permanecerán legalmente siendo matrimonio les guste o no. Para CALAZA LÓPEZ, en nuestra legislación en materia de divorcio, no debería existir un periodo de reflexión impuesto a los cónyuges al tiempo de disolver su matrimonio, puesto que, a diferencia de lo que acontece en la generalidad de los negocios incluidos en nuestro Ordenamiento Jurídico donde basta con la sola voluntad de las partes, para la disolución del matrimonio se colocan una serie de trabas u obstáculos temporales que lo único que hacen es prolongar en el tiempo un matrimonio no deseado.²⁷

Dado que el matrimonio de María y Manolo ya ha superado con creces el plazo de los tres meses, Manolo puede interponer demanda de divorcio para terminar con su matrimonio.

La demanda de divorcio presentada por Manolo deberá revestir las formalidades establecidas por el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.²⁸ La pretensión principal de su demanda será la solicitud específica, ante el Juez, del divorcio de un cónyuge a otro; esta pretensión no necesita más explicación que la simple manifestación de la voluntad de divorciarse. Manolo, en el contenido de la demanda, además de solicitar el divorcio como pretensión principal, también podrá acompañarla de otras pretensiones acumuladas, como la solicitud de medidas personales y patrimoniales provisionales. La demanda deberá ir acompañada, según el art. 770.1º LEC, de la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, (aunque aquí no hay hijos) de la inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como de los documentos en que el cónyuge funde su derecho. Si Manolo solicita medidas de carácter patrimonial tendrá que aportar los documentos de los que disponga que permitan evaluar la situación económica tanto suya como de María (nóminas, declaraciones tributarias, títulos de propiedad...) Todos estos documentos son imprescindibles para que el Juez pueda admitir la demanda y, además, no podemos olvidar que dicha demanda deberá ir acompañada del poder notarial conferido, de forma expresa, al Procurador o Procuradora.

Manolo podrá pedir que se adopten medidas provisionales en el escrito de demanda, aunque a diferencia de la gran mayoría de procesos civiles, en los matrimoniales estas medidas también podrán ser también adoptadas de oficio y no sólo a instancia de parte. Admitida la demanda, el Tribunal resolverá sobre las medidas anteriormente citadas tras convocar a los cónyuges y, en su caso, al Ministerio Fiscal. María, en su contestación a

²⁷ S. Calaza López, *Los procesos matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, p. 93.

²⁸ Formalidades establecidas para la demanda ordinaria.

la demanda, también podrá solicitar la adopción de medidas provisionales que no se hubieran adoptado ya y que se sustanciarán en la vista principal, cuando ésta se señale dentro de los diez días siguientes a la contestación, resolviendo el Tribunal por medio de auto no recurrible cuando la sentencia no pudiera dictarse inmediatamente después de la vista. Las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o si se pone fin al procedimiento de otro modo.

Si el Juez admite la demanda interpuesta por Manolo se producirán efectos procesales y materiales. Procesales porque, cuando el Juez admita la demanda, comenzará la litispendencia con efecto retroactivo a la fecha de interposición de la demanda.²⁹ Y materiales en cuanto a que, tras la admisión de la demanda, automáticamente se producirá el cese de la efectividad y de la presunción de la convivencia conyugal, la revocación de todos los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro y la supresión de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. Asimismo, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en el Registro Mercantil y en el Registro de la Propiedad de la nueva situación.

María, tras recibir la demanda, podrá adoptar múltiples posturas: podrá no comparecer ni contestar, dando lugar a una declaración de rebeldía; en segundo lugar, podrá interponer con carácter previo a la contestación a la demanda una declinatoria por falta de Jurisdicción o de competencia; y, por supuesto, podrá contestar a la demanda planteando al propio tiempo una reconvencción. María deberá formular la contestación a la demanda contenciosa de divorcio de forma escrita y adaptándose a la formalidades establecidas en el art. 405 LEC para el proceso ordinario, y si la demandada pretendiese formular reconvencción, deberá hacerlo con la contestación a la demanda³⁰ suponiendo ésta la introducción de nuevas pretensiones, aunque hay de tener en cuenta que las posibilidades de reconvenir en el proceso matrimonial se encuentran legalmente tasadas.

La reconvencción de María sólo será admitida:

- 1) Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio.
- 2) Cuando el cónyuge demandado de separación o nulidad pretenda el divorcio.
- 3) Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.
- 4) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el Tribunal no deba pronunciarse de oficio.³¹

²⁹ Art. 410 LEC: La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida.

³⁰ Art. 770.2º LEC: La reconversión se propondrá con la contestación a la demanda. El actor dispondrá de 10 días para contestarla. (...)

³¹ Art. 770.2º LEC

En lo que respecta a la celebración de la vista oral, a pesar de que en los procesos civiles la regla general es la publicidad de las actuaciones conforme se establece en el artículo 138 de la LEC, se establece en el artículo 754 LEC³² una excepción conforme a la cual, en los procesos matrimoniales, serán los Tribunales los que decidan, de oficio o a instancia de parte, sobre la pertinencia de celebrar los actos públicamente o a puerta cerrada y de forma reservada, siempre que las circunstancias lo aconsejen. A las vista deberán concurrir las partes por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.³³ También es obligatoria la presencia de los Abogados de las respectivas partes. En la vista las partes llevarán a cabo la práctica de la prueba sin perjuicio de lo establecido en el art.770.4º LEC que establece que “las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de 30 días” pudiendo acordar el Tribunal de oficio las pruebas que estime oportunas para comprobar si se cumplen las circunstancias necesarias para decretar el divorcio, en este caso de Manolo y María. Cabe resaltar que, en los procesos matrimoniales, cabe la práctica de la totalidad de medios probatorios regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la generalidad de los procesos civiles. Asimismo, en la vista del juicio, si no lo hubieran hecho antes, María y Manolo podrán someter al Tribunal los acuerdos a que hubieran llegado para regular las consecuencias del divorcio.³⁴ Dadas las circunstancias, no parece que vaya a haber acuerdo, por que se adoptará la medida recogida en el art. 774.2º LEC, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges propongan (o el Ministerio Fiscal en su caso) y la que el Tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar. La prueba versará, además de sobre los hechos controvertidos, sobre aquellos que, pese a ser pacíficos y comúnmente admitidos por los cónyuges, se refieren a intereses especialmente protegidos.

Cuando el Juez finalmente dicte sentencia declarando la nueva situación jurídica del estado civil de “divorciados” se producirán efectos tanto procesales como materiales. Procesales porque las sentencias de divorcio tendrán efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.³⁵ La eficacia de cosa juzgada en los procesos matrimoniales no opera solamente frente a quiénes hayan sido parte en el conflicto, sino *erga omnes*. Y materiales porque, la sentencia de divorcio provoca la disolución del vínculo matrimonial, lo que conlleva, de manera necesaria, la automática producción de múltiples efectos materiales como la desaparición de las obligaciones

³² Art. 754 LEC: En los procesos a que se refiere este Título podrán decidir los tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no esté en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente Ley.

³³ Art. 770.3º LEC.

³⁴ Art. 774.1º LEC.

³⁵ Art. 222.3º.II LEC.

conyugales de convivencia, fidelidad y socorro mutuo, la pérdida de los derechos sucesorios, la disolución del régimen económico matrimonial y, cómo no, también deja abierta la posibilidad de contraer nuevo matrimonio.

Frente a la sentencia dictada cabrá recurso de apelación si fue dictada en Primera Instancia, así como casación si se trata de una causa legalmente prevista.

No podemos olvidar que si a María el divorcio le produce un desequilibrio económico en relación con la posición de Manolo, implicando para María un empeoramiento de su situación anterior al matrimonio, ésta tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en la sentencia. Podemos decir que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora.³⁶

³⁶ Art. 97 CC modificado por el art. 1.9 de la *Ley 15/2005, de 8 de julio* y, actualmente, modificado por la disposición final 1.25 de la *Ley 15/2015, de 2 de julio*.

2. Determinar las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo, y determinar la validez de las escuchas telefónicas.

Es necesario acudir a los artículos 138³⁷ y 139³⁸ del Código Penal vigente en el momento del suceso para definir con claridad si el delito cometido por María es realmente un asesinato, delito por el cual es acusada, o si estamos ante un homicidio.

Pues bien, para que estemos ante un asesinato, según el artículo 139 del Código Penal, es necesario que concurra alguno de los elementos de la punibilidad, es decir, de las circunstancias incluidas en el mismo, ya sea alevosía, recibir un precio, recompensa o promesa por ello o que la muerte haya sido llevada a cabo con ensañamiento.

En cuanto a la primera de las circunstancias, la alevosía, es el propio Código Penal el que nos da una definición en su artículo 22.1º.³⁹ De dicho artículo se desprende claramente que el fundamento de tal definición es, como señala CEREZO MIR, “la idea del aseguramiento de la ejecución evitando los riesgos de la posible defensa de la víctima”. Es imprescindible, para que pueda apreciarse, que la finalidad de asegurar la ejecución y la de evitar los riesgos que puedan proceder de una posible defensa de la víctima vayan unidas.⁴⁰

Podríamos decir, dadas las circunstancias, que sí se cumple el requisito de la alevosía en la actuación de María puesto que golpea a Manolo en la cabeza y, posteriormente, lo tira por la borda del barco asegurándose, con esta última acción, la imposibilidad de defensa de Manolo.

Sin embargo, si atendemos a otros criterios doctrinales, la jurisprudencia rechaza la aplicación de la alevosía en situaciones de riña o pelea por considerar que en estos casos

³⁷ Art. 138 CP: El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.

³⁸ Art. 139 CP: Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1ª Con alevosía.

2ª Por precio, recompensa o promesa.

3ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

³⁹ Art. 22.1º (...) 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. (...)

⁴⁰ L. García Martín, *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal español: doctrina y jurisprudencia*, p. 123.

todos los que participan en la riña o pelea pueden esperar un ataque de los demás contendientes, aunque no se puede mantener este criterio de una forma rígida y estricta ya que, las circunstancias pueden variar y las personas envueltas en la riña pueden no esperar un ataque contra su vida ⁴¹, sobre todo en el caso de personas de confianza y cierta relación afectiva, como puede ser este caso, en el que se trata de un matrimonio casado desde hace más de diez años. ¿Podría existir aquí un abuso de confianza de María hacia Manolo? Dada la relación matrimonial entre María y Manolo podríamos pensar que sí, siendo compatible la alevosía con el abuso de confianza ⁴², puesto que, dada su relación, Manolo no habría visto peligrar su vida aunque se produjese una pelea o discusión entre ellos. María golpea a Manolo en la cabeza y se aprovecha de la situación para asegurar el resultado de su acción tirándolo por la borda del barco dada la indefensión de Manolo tras ser golpeado fuertemente.

Otra de las circunstancias que puede concurrir para que un homicidio sea considerado asesinato es el pago de un precio, una recompensa o una promesa ⁴³. En este caso, es necesario que se oferte un precio, recompensa o promesa por la ejecución del hecho por parte de un sujeto a otro y que, además, dicha oferta haya sido la causa desencadenante de la resolución delictiva en el autor del hecho. ⁴⁴ El precio será pactado con anterioridad a la ejecución del delito y no necesariamente tendrá que ser dinerario.

En este caso no se observa este agravante; María no recibe ningún precio, recompensa o promesa por llevar a cabo el acto delictivo contra su marido, Manolo.

La tercera y última circunstancia posible para la concurrencia de asesinato es el ensañamiento, consistente en aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. ⁴⁵ La esencia del ensañamiento consiste en el malvado propósito de hacer más vivo y sensible el sufrimiento de la víctima ⁴⁶, se trata de maldad brutal sin finalidad, del simple placer de hacer un daño desmesurado a la víctima.

Tampoco se puede decir que se aprecie tal ensañamiento en la conducta de María hacia Manolo.

⁴¹ *Ibid.* p. 126.

⁴² L. García Martín, *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal español: doctrina y jurisprudencia*, p. 129.

⁴³ Art. 22.3º CP.

⁴⁴ L. García Martín, *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal español: doctrina y jurisprudencia*, p. 129.

⁴⁵ Art. 22.5º CP.

⁴⁶ Como mantienen Rodríguez Devesa y Serrano Gómez; *vid.* L. García Martín, *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal español: doctrina y jurisprudencia*, p. 136.

Analizadas las características que deben concurrir para producirse la acusación por asesinato, podemos llegar a la hipótesis de que el delito cometido por María ha sido un asesinato con alevosía, única circunstancia de las recogidas en el artículo 139 del Código Penal que podemos incluir en este caso como agravante del hecho punible.

El autor, en este caso la autora, se asegura la acción y evita riesgos que pudieran provenir para su persona de una posible defensa del ofendido, es decir, de la víctima, a través de la utilización de medios de ejecución que, únicamente, pueden concebirse para asegurar dicha ejecución mediante la realización de una conducta activa. Además, la autora asegura la producción del resultado, dado que el sujeto en peligro se encuentra totalmente indefenso y en una situación de absoluta incapacidad para hacer frente por sí mismo a la situación de peligro y de imposibilidad de que sea auxiliado por terceros⁴⁷

Por otro lado, nos encontramos ante otra circunstancia agravante, un posible abuso de confianza⁴⁸ dada la relación matrimonial existente entre ambos desde hacía más de diez años, siendo la propia relación matrimonial entre ambos otra posible circunstancia agravante como se desprende del artículo 23 del Código Penal⁴⁹.

En lo que respecta a las circunstancias atenuantes del artículo 21 del Código Penal, podríamos emplear, para el supuesto de María, la tercera de ellas: “La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.” María le asegura a Sara en su confesión telefónica que los actos perpetrados contra su esposo sucedieron al verse la autora envuelta en una inmensa sensación de ira y obcecación, ante la intención de Manolo de acabar con el matrimonio y ante la confesión de éste de que había conocido a otra persona. Bajo mi punto de vista, las circunstancias de María no me parecen “excusa” suficiente como para la aplicación de este atenuante, puesto que sus facultades mentales se encontraban en perfectas condiciones y, además, no sólo golpeó a Manolo, sino que se aseguró la acción tirándolo por la borda del barco. En el caso de la supuesta ira y obcecación de María, considero que el tiempo que posiblemente medió entre el golpe a Manolo y posteriormente, el tirarlo por la borda, es suficiente para la “recapitación” o “vuelta en sí” de las capacidades psicológicas de la autora que, sin embargo, se asegura el resultado de su acción.

Considero a María responsable criminalmente y autora⁵⁰ del delito de asesinato cometido hacia la persona de Manolo con las circunstancias agravantes de alevosía y

⁴⁷ L. García Martín, *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal español: doctrina y jurisprudencia*, p. 146.

⁴⁸ Art. 22.6º CP.

⁴⁹ Art. 23 CP: Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge conviviente.

⁵⁰ Arts. 27 y 28 CP.

abuso de confianza recogidas en el artículo 22 del Código Penal en sus apartados primero y sexto respectivamente, además del recogido en el artículo 23 del mismo Código.⁵¹

Analizando un poco más la cuestión planteada y adentrándonos en las posibles resoluciones a la pregunta, no podemos olvidar las circunstancias recogidas en el supuesto de hecho. Aunque María golpea fuertemente a Manolo en la cabeza y lo tira por la borda del barco, siendo ésta acusada de asesinato por tal conducta delictiva, Manolo años más tarde, en el año 2014, reaparece vivo. ¿Es correcta entonces la acusación por asesinato a María? ¿Podría ser la supuesta autora del delito exculpada de ello?

Para resolver la controversia aquí planteada debemos tener en cuenta el artículo 16.1⁵² del Código Penal, puesto que podría considerarse que el delito que en principio ha sido cometido, se ha llevado a cabo finalmente sólo en grado de tentativa. Aunque según las actuaciones de María la muerte de Manolo debería de haber sido indudable, esta muerte se ve frustrada por acciones totalmente imprevisibles y ajenas a la propia autora, podríamos decir en palabras más simples que “lo intenta pero no lo consigue”.

Por otro lado, tenemos que distinguir entre tentativa acabada e inacabada, para ello podemos fijarnos en la Sentencia del Tribunal Supremo 798/2006 de 14 de julio⁵³ en la que nos dice que “(...) En general, esta Sala se ha hecho eco de la distinción doctrinal entre tentativa acabada y tentativa inacabada. La primera equivaldría a la antigua frustración en la que los actos de ejecución están completados, y la inacabada, aquella en la que no ha existido una ejecución completa. Por ello, la tentativa acabada, exponente de una mayor temibilidad en el sujeto supondría la imposición de la pena inferior en un solo grado, y la incompleta en dos grados. (...)” Los actos de ejecución llevados a cabo por María están completados para producirse la muerte de Manolo, fijémonos en la Sentencia del Tribunal Supremo 81/2006 de 27 de enero⁵⁴ “(...) Repetidamente hemos sostenido en nuestros precedentes que la tentativa será acabada según el grado de ejecución realmente alcanzado, es decir, que cuando uno de los actos realizados hubiera podido producir el resultado(...)” además de esto, para hablar verdaderamente de tentativa acabada también hay que tener en cuenta según esta misma Sentencia “(...) la contundencia de los golpes, la localización de los mismos (en el cráneo y en la mandíbula, según el “factum”, entre otras localizaciones), la situación de

⁵¹ Art. 23 CP: Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.

⁵² Art. 16.1 CP: Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

⁵³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 798/2006 de 14 de julio. RJ 2006/6053.

⁵⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 81/2006 de 27 de enero. RJ 2006/426.

indefensión de la víctima (...)” Manolo es golpeado fuertemente en la cabeza, es decir, con suficiente contundencia como para producir daño, y su situación es de total indefensión. A la vista de lo acontecido podemos afirmar que sí, nos encontramos ante un asesinato en grado de tentativa acabada en el que la pena impuesta a María podría verse reducida en un grado.

En cuanto a la validez de las escuchas telefónicas en las que María le confiesa a Sara lo sucedido en el barco, hay tener en cuenta, primeramente, el artículo 18 de la Constitución Española⁵⁵ puesto que es necesario mantener el respeto a los derechos fundamentales cuya protección es indiscutible, tanto nacional como internacionalmente. Así lo han proclamado también, por ejemplo, el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁶ o el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁵⁷, así como el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁸.

En este contexto, una de las diligencias de investigación más invasivas, desde el punto de vista de la afectación de derechos fundamentales, y más compleja en su adopción, ejecución y aportación al acto del juicio oral, es la de intervención de las comunicaciones telefónicas.⁵⁹ Si la labor de intervención es cumplida de forma correcta se conseguirá, no sólo la eficacia del proceso penal, sino también el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos que no tendrán por qué verse dañados ni menospreciados. Como dice LOEWENSTEIN, la protección de los derechos y libertades fundamentales es absolutamente esencial y no puede depender de la buena voluntad y de la autolimitación de quien ostenta el poder.⁶⁰

Deben existir unas condiciones determinadas para poder llevar a cabo la intervención de las comunicaciones, en este caso telefónicas. En primer lugar, la diligencia deberá de ser acordada por el Juez, de forma motivada, en el caso de existir indicios que puedan dar lugar a la resolución de la causa o a algún hecho importante de la misma, como se

⁵⁵ Art. 18 CE: 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (...) 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. (...)

⁵⁶ Art. 12 DUDH: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familiar, su domicilio o su correspondencia (...).

⁵⁷ Art. 8 CEDH: Derecho al respeto a la vida privada y familiar. (...)

⁵⁸ Art. 7 CDFUE: Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

⁵⁹ Circular 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. Fiscalía General del Estado, Madrid, 11 de enero de 2013, p. 8.

⁶⁰ J. López Barja de Quiroga, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, p. 155

desprende del artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶¹ aplicable a la época de los acontecimientos. Dado que nuestra legislación es poco concreta y con diversas lagunas en la concreción de los límites legales a tener en cuenta, es necesario acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional e incluso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para aclarar diversas dudas que puedan surgir al respecto, podemos hacer referencia, por ejemplo, a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1308/2011 de 30 de noviembre, en donde se aclaran y se dan todas las pautas a seguir para una intervención de las comunicaciones correcta que respete todos los límites y derechos de las personas.⁶²

Podemos considerar que la confesión de María a Sara es un hallazgo casual. Aunque por tratarse de algo meramente accidental, no se cumplen los requisitos previamente señalados, tenemos que tener presente que la Constitución no exige que el funcionario que se encuentra investigando los hechos de apariencia delictiva, cierre los ojos ante los indicios de delito que se puedan presentar a su vista, aun siendo distintos a los hechos que comprenden la investigación oficial.⁶³ No puede renunciarse a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una investigación dirigida a otro fin, aunque para ello se precisa de una nueva autorización judicial específica. Los hallazgos casuales son válidos, pero necesitan una nueva autorización judicial para poder continuar con la investigación del hecho delictivo descubierto.⁶⁴

Podemos hacer referencia al voto particular emitido por la Ilma. Sra. Magistrada D^a Isabel Sifres Solanes en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 334/2012 de 7 de mayo donde dice que “(...) El hallazgo casual en el curso de una investigación es válido, pero la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo, casualmente detectado, requiere de una renovada autorización judicial y de un procedimiento *ad hoc*, o de una decisión de la ampliación de la investigación a dicho nuevo hecho delictivo (...)”⁶⁵

Por otro lado, lo que se pide al órgano jurisdiccional en estos supuestos, es que dicte una resolución lo suficientemente motivada que justifique el sacrificio del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones para la investigación del nuevo delito, y la

⁶¹ Art. 578.2 LECrim: Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimientos o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

⁶² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a) Sentencia núm. 1308/2011 de 30 de noviembre. RJ 2012/1815.

⁶³ Circular 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. Fiscalía General del Estado, Madrid, 11 de enero de 201, p. 37.

⁶⁴ *Ibid.* p. 38.

⁶⁵ Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3^a) Sentencia núm. 334/2012 de 7 de mayo. ARP 2012/1146.

determinación de sus hipotéticos responsables y, además, hacerlo sin demoras injustificadas, actuando desde que cuente con los indicios imprescindibles para razonar la conveniencia de un sacrificio añadido en los derechos fundamentales de los interlocutores.⁶⁶

En la actualidad tenemos que hacer referencia a la modificación que ha sufrido la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El artículo 579 ha sido modificado y, además, se ha añadido el artículo 579 bis, ambos por la *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*. En base a esta nueva regulación, si las escuchas telefónicas en las que se descubre el delito cometido por María se hubiesen realizado hoy en día, habría que atender a lo estipulado en este nuevo art. 579 bis.

⁶⁶ Circular 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. Fiscalía General del Estado, Madrid, 11 de enero de 2013, p.40.

3. Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y Elisa, así como la vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de María.

La violencia doméstica es una de las formas de violencia de hacia la mujer más extendida en el mundo. No distingue de clases sociales, razas, edades... Se trata de un gran problema no sólo para quien lo sufre, sino también para la sociedad, pues supone unos grandes costes económicos y sociales para el Estado.

En España, cada vez son más las mujeres que formulan denuncias por malos tratos hacia sus maridos o parejas sentimentales, encontrándose entre las causas inmediatas más comunes que provocaban estas situaciones, las discusiones familiares, el alcoholismo, las drogas o los celos.

María desde casi el inicio de su matrimonio con Marcial sufre continuas palizas, golpes y maltrato psicológico. Además de esto, no podemos olvidar que en más de una ocasión María es agredida estando embarazada de su hija Elisa y, como deducimos por la fecha de una de las agresiones (en el mes de marzo de 2010) y la del nacimiento de Elisa (en el mes de abril de 2010) en una de ellas se encuentra en un avanzado estado de gestación atentando contra la vida no sólo de María, sino también de su hija, al propinarle dos puñetazos en la barriga. No sólo en esta ocasión atenta contra la vida de Elisa, también en el año 2013 le propina un puñetazo cuando la niña contaba con 3 años y medio de edad aproximadamente.

Tenemos que acudir al Derecho Penal para dar resolución al comportamiento que ostenta Marcial contra María y Elisa pues, desde la perspectiva de la violencia de género, es un instrumento de sensibilización capaz de implicar a la sociedad civil y de transmitir la idea de que la lucha contra estas situaciones es responsabilidad de todos. Hay que tomar conciencia por parte de la mujer y de todos de que el maltrato como expresión de dominación del hombre sobre la mujer es absolutamente inaceptable.⁶⁷

Aunque coloquialmente y a pie de calle no existe una clara diferenciación entre violencia de género y violencia doméstica, debemos aclarar que, aunque están emparentadas, la violencia de género y la violencia doméstica han sido fenómenos considerados diferentes por la doctrina, que se producen debido a causas distintas y necesitados de respuestas penales autónomas, según palabras de LAURENZO COPELLO.⁶⁸ La jurisprudencia también ha colaborado en la definición de tales preceptos al aclarar que “(...) las situaciones de violencia doméstica son las producidas como manifestación de una situación de abuso, dominación o subyugación de un familiar sobre otro familiar (...)” como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de

⁶⁷ E. Ramón Ribas, *Violencia de género y violencia doméstica*, pp. 14 – 15.

⁶⁸ *Ibid.* p. 47

Castellón núm. 384/2007 de 20 de septiembre.⁶⁹ También podemos hacer referencia al Auto de la misma Audiencia Provincial núm.282/2006 de 12 de julio, que nos dice que la violencia doméstica “(...) hace referencia a una peculiar forma de violencia producida dentro de dicho ámbito (el familiar), elevada a la categoría de fenómeno sociológico claramente identificativo, y caracterizado por la situación de abuso o de dominación que desarrolla uno de los miembros o sujetos de dichas relaciones familiares, sobre otros sujetos de las mismas (...) se debe exigir en todo caso (...) que la conducta se produzca en el ámbito doméstico; o, con palabras utilizadas por el legislador, que la conducta se produzca entre personas integradas en un mismo núcleo de convivencia familiar(...)”⁷⁰

La violencia doméstica, también denominada como violencia habitual, ha tenido siempre un reducido espacio normativo en nuestro Código Penal, pues había que acudir a los delitos contra la integridad moral y al artículo 173.2 de Código Penal para la observancia de este tipo de violencia. Es por ello que, con la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, aparece el concepto de violencia género al referirse a ella el artículo 1.3 de la citada ley de la siguiente forma: “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.” Claro está que dicho artículo hace referencia a los actos de violencia (física o psicológica) que se ejerza por hombre sobre las mujeres.⁷¹ Además, desde la entrada en vigor de esta Ley, los artículos 83, 84 y 88 del Código Penal han comenzado a referirse expresamente a la violencia de género en materia de suspensión condicional de la pena y sustitución de ésta, previendo para el caso un régimen más severo si se trata de delitos relacionados con ella.⁷²

Por otro lado, tenemos que tener presente que la citada *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre*, ha sido modificada recientemente en diversos artículos por la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Con esta reforma, que modifica los artículos 1.2, 61.2, 65 y 66 de la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre*, lo que se pretende es dar mayor protección no sólo a las mujeres maltratadas, sino también a sus hijos menores, puesto que directa o indirectamente también son víctimas y sufren la violencia.

⁶⁹ Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) Sentencia núm. 384/2007 de 20 de septiembre. ARP 2007/711.

⁷⁰ Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) Auto núm. 282/2006 de 12 de julio. ARP 2007/106.

⁷¹ Art. 1.1 LO 1/2004: La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

⁷² E. Ramón Ribas, *Violencia de género y violencia doméstica*, pp. 93 - 95.

Volviendo al tema que nos ocupa en esta ocasión, muchos han sido los pasos que se han tenido que dar en nuestra legislación para llegar al punto en el que nos encontramos. Hasta el año 1989, con la *Ley Orgánica 3/ 1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal* no había en nuestro país un precepto que se refiriese expresamente a la violencia doméstica como tal. Hasta ese momento, la reacción ante tales conductas violentas se llevaba a cabo mediante la aplicación de las mismas normas que se utilizarían indistintamente ante cualquier tipo de violencia. Con la aparición del Código Penal de la Democracia con la *Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, comienzan las primeras reformas y el delito de violencia doméstica o violencia habitual comienza a aparecer más detallado y concreto en el artículo 153 CP, que será reformado nuevamente por la *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Es finalmente 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*, la que traslada el delito de violencia habitual al artículo 173 del Código Penal⁷³ ampliando significativamente el ámbito de aplicación del delito de violencia doméstica no sólo al cónyuge o a la persona que esté ligada al agresor por análoga relación de afectividad, sino también a las personas que por su especial vulnerabilidad sufran esta violencia.

Podemos considerar que el bien que se lesiona con el delito de violencia doméstica o habitual es, sin duda, la paz familiar. Nos referimos a ella como “habitual” porque se configura como un delito de hábito, es decir, existe una repetición de actos violentos que no sólo dañan a la persona que los sufre físicamente, sino también moralmente, siendo degradada o humillada de forma indefinida en el tiempo, olvidando su consideración como persona y sumiéndola en un estado de angustia o temor que no encuentra apenas descanso en los intervalos que median entre cada episodio violento. Existe, en palabras de propio Tribunal Supremo, un estado de violencia permanente.⁷⁴

Pero con anterioridad a esta definición de habitualidad en la que se tiene en cuenta también la integridad moral, la jurisprudencia consideraba que para que este delito fuese de hábito se precisaba una repetición de actos violentos, un mínimo de tres violencias, durante un tiempo determinado. Así lo podemos ver en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 481/2003, de 30 de julio⁷⁵: “(...)no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia, como se ha recogido en algunos postulados doctrinales para exigir la presencia del hecho delictivo por habitualidad del maltrato, sino que lo importante es que el Juez llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.(...)”

⁷³ En la actualidad este artículo ha sufrido diversas modificaciones, en el año 2010 por la *LO 5/2010, de 22 de junio*, y la última de ellas en el año 2015 por la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*.

⁷⁴ E. Ramón Ribas, *Violencia de género y violencia doméstica*, p. 87.

⁷⁵ Audiencia Provincial de Málaga (Sección 1ª) Sentencia núm.481/2003 de 30 de julio. JUR 2003/220947.

Como vemos en esta sentencia, se pone en entredicho si la valoración de habitualidad en torno a las tres o más ocasiones de violencia es correcta, considerando que lo necesario para tal habitualidad es la comprobación por el Juez de que la mujer vive en un estado de violencia y agresiones permanentes.

Queda bastante claro en el supuesto de hecho que estamos ante un caso de violencia doméstica habitual. María sufre constantes palizas y además, una profunda e incontrolable ansiedad que le produce un infarto al corazón. Esta ansiedad no es extraña en casos de malos tratos; la gran mayoría de las mujeres víctimas tienen este tipo de reacciones traumáticas... La ansiedad, los trastornos del sueño, la depresión o dificultades para concentrarse son sólo algunas de ellas.

Aunque como ya hemos dicho, María sufre una constante violencia, no denuncia a Marcial hasta después de varios años y del nacimiento de su hija Elisa. Llama especialmente la atención que tras la denuncia y la solicitud de una orden de alejamiento, Marcial vuelva a casa y retome la convivencia con María. Nos encontramos ante una situación de difícil resolución, pues en repetidas ocasiones los Tribunales han tenido que lidiar con circunstancias similares, en las que la víctima y su maltratador retoman la convivencia, pudiendo destacar entre ellos el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 208/2007, de 12 de marzo⁷⁶, en el que se da un caso de vuelta a la convivencia tras una orden de alejamiento cuando quien consiente ese retorno al domicilio es la propia víctima. El Auto dice lo siguiente: “(...)Se pregunta el Alto Tribunal en dicha Sentencia sobre qué es lo que ha de ocurrir cuando es la víctima quien reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o exconviviente respecto al que rige una orden de alejamiento, ya que si se opta por el mantenimiento incuestionado de la efectividad de la medida, habría que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal. (...)” Finalmente se deja sin efecto la orden de alejamiento siguiendo los deseos de la víctima que retoma la convivencia con su agresor.

En vista de los acontecimientos y en virtud de los preceptos analizados anteriormente, Marcial habría cometido un delito de violencia doméstica habitual, como se desprende del artículo 173.2 del Código Penal⁷⁷:

“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o

⁷⁶ Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 6ª) Auto núm. 208/2007 de 12 de marzo. JUR 2007/137348

⁷⁷ En la actualidad el art. 173 ha sido modificado por la *LO 1/2015, de 30 de marzo*. Se añade el apartado 4 y se modifica el 2.

que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

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

Marcial ejerce de forma habitual y continuada violencia física y psíquica contra su cónyuge María. Además, los actos de violencia en alguna ocasión se llevan a cabo en presencia de Elisa, su hija menor, y en el domicilio en el que reside la víctima, por lo que a Marcial se le deberá imponer la pena en su mitad superior. Por otro lado, en vista a lo estipulado en el párrafo segundo del citado art. 173.2 CP, Marcial retoma la convivencia con María a pesar de existir una orden de alejamiento ¿Está Marcial quebrantando la pena contemplada en el artículo 48 del Código Penal? En principio sí, Marcial debería de ser condenado por ello pero, distinta sería la situación si nos fijamos en la controversia discutida anteriormente en el ya citado Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 208/2007, de 12 de marzo.⁷⁸ Podría darse el caso de que, como en este Auto, María consintiese volver a convivir juntos e incluso pidiese la revocación de la medida de protección.

Asimismo, debemos atender a los preceptos incluidos en los artículos 147.1⁷⁹ y 148⁸⁰ del Código Penal:

“Artículo 147.1:

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una

⁷⁸ Vid. p. 28 del presente trabajo.

⁷⁹ El art. 147 CP ha sido modificado en la actualidad por la *LO 1/2015, de 30 de marzo*.

⁸⁰ El art. 148 CP ha sido modificado en la actualidad por la *LO 1/2015, de 30 de marzo*.

primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.”

“Artículo 148:

Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1º Si en la agresión se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3º Si la víctima fuere menor de 12 años o incapaz.

4º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.”

María necesita asistencia médica y tratamientos médicos y quirúrgicos en más de una ocasión.⁸¹ El 29 de septiembre de 2012 es ingresada en el hospital y es intervenida quirúrgicamente dos veces por lesiones en el hígado y en el bazo, permaneciendo en el centro hospitalario hasta el día 12 de diciembre; también, el 12 de octubre de 2013 cuando María sufre un infarto al corazón presuponemos que, debido a la gravedad de la situación, la víctima también requirió de amplias atenciones médicas. Además, debemos de incluir algunas de las circunstancias recogidas en el art. 148 CP pues la víctima es su esposa y, por otro lado, también nos encontramos ante otra víctima, Elisa, menor de 12 años y también especialmente vulnerable debido a su corta edad cuando Marcial le da el puñetazo (Elisa tenía 3 años y medio aprox.). Además de esto, nos encontramos con el precepto contenido en el artículo 23 de nuestro Código Penal, también de aplicación al supuesto de hecho, en el que se dice textualmente que “(...) puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente (...)” Por otro lado, tras los episodios violentos del 29 de septiembre de 2012, María presenta diversas cicatrices en la cara derivadas de los golpes propinados por Marcial. Podemos

⁸¹ Art. 147.1 CP

considerar aquí de aplicación el artículo 150 del Código Penal⁸² pues como se reitera en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 337/2008 de 22 de julio⁸³ “(...)La deformidad consiste en toda irregularidad física, visible y permanente, que suponga desfiguración ostensible a simple vista, que en alguna medida desfigure o señale a la víctima con algo ajeno a su configuración somática, a la que toda persona tiene derecho (...)” Las cicatrices que María tiene en la cara son un claro caso de deformidad “(...)la agredió fundamentalmente en la cara, causándole las importantes lesiones (...), restándole a la víctima como secuelas cicatrices claramente visibles en el rostro y un brazo jurídicamente constitutivas de deformidad(...)”

Marcial es drogodependiente, definido desde la perspectiva médico-legal como aquel que consume la droga en modo tal que le lleva a sufrir una dependencia psíquica y, a veces, también física.⁸⁴ Cuando la policía le realiza las pruebas pertinentes, da positivo en cocaína y una tasa de 0,75 ml en aire espirado en el caso de alcohol, ¿son estas causas atenuantes o incluso eximentes de responsabilidad del delito de violencia doméstica cometido por Marcial? Habrá que atender a lo que nos digan el artículo 20.2º del Código Penal⁸⁵ para el caso de eximente completa, y al artículo 21 CP⁸⁶ en el caso de atenuantes. Bajo mi punto de vista, no creo que Marcial cumpla los requisitos para encontrarse totalmente exento de responsabilidad criminal. Aunque la tasa de alcoholemia triplica los límites permitidos y había consumido cocaína, no se puede decir que estas circunstancias le impidiesen comprender la ilicitud del hecho, sobre todo porque no era la primera agresión que sufría María. Sí podrían aplicársele diversas circunstancias atenuantes de las previstas en el art. 21 CP puesto que, si el estado de intoxicación o el síndrome de abstinencia no perturban de forma plena o completa las

⁸² Art. 150 CP: El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.

⁸³ Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4º) Sentencia núm. 337/2008 de 22 de julio. ARP 2009/52.

⁸⁴ H.R. Padilla Alba, *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*, p. 21.

⁸⁵ Art. 20.2º: Están exentos de responsabilidad criminal (...)El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

⁸⁶ Art. 21 CP: Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. 2.ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior. 3.ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. 4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades. 5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. 6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. 7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

facultades intelectivas del drogodependiente no se le podrá aplicar la eximente completa del art. 20 CP, pero siempre queda la posibilidad de aplicar esa especie de “eximente incompleta” que son las circunstancias atenuantes.⁸⁷ Serán de aplicación la primera de ellas, al no concurrir todos los requisitos para eximir de la responsabilidad completamente y la quinta, pues el culpable trata de reparar el daño ocasionado a la víctima ingresando voluntariamente en una clínica de desintoxicación.

Concluyo que considero a Marcial responsable criminal y autor⁸⁸ del delito de violencia doméstica⁸⁹ contra su esposa María y su hija menor de edad, Elisa, pudiendo ser castigado con pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad; además la pena podrá ser impuesta en su mitad superior al haberse perpetrado los hechos en presencia de una menor y en el domicilio común y de la víctima. Asimismo, considero de aplicación la circunstancia agravante del art. 23 CP y la atenuante del art. 21.5º al tratar de reparar el daño efectuado con su ingreso en un centro de desintoxicación. También lo considero culpable del delito de lesiones del art. 150 CP pudiendo ser castigado con una pena de tres a seis años.

⁸⁷ H.R. Padilla Alba, *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*, p. 181.

⁸⁸ Arts. 27 y 28 CP.

⁸⁹ Art. 173.2 CP.

4. Examinar la validez jurídica y las acciones a llevar a cabo por Manolo, con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por María a Eustaquio y a Miriam. Especificar qué derechos ostentan cada uno sobre el inmueble citado.

Para la resolución de esta última cuestión debemos analizar los efectos que produce la declaración de fallecimiento en la esfera patrimonial del declarado fallecido, en este caso Manolo.

En primer lugar, fijémonos en el artículo 196 del Código Civil:

“Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría o abintestato, según los casos, o extrajudicialmente.

Los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento.

Hasta que transcurra ese mismo plazo no serán entregados los legados, si los hubiese, ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios, salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador o los legados en favor de instituciones de beneficencia.

Será obligación ineludible de los sucesores, aunque por tratarse de uno solo no fuese necesaria partición, la de tomar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles.”

Si consideramos que el artículo 196 del Código Civil opera como sustituto del artículo 657 también del Código Civil⁹⁰ cuando no sea posible probar la muerte, nos encontramos con que los hipotéticos herederos del causante quedarían en una posición similar a la que habrían quedado de haberse producido una muerte real⁹¹. Los herederos del declarado fallecido le suceden por el mero hecho de la declaración de fallecimiento, en todos sus derechos y obligaciones que no se extingan con la muerte.

A la vista de lo citado anteriormente, la declaración de fallecimiento comporta la apertura de la sucesión, es decir, procederá la adjudicación de los bienes del causante declarado fallecido por los cauces legales oportunos. En este caso, María, como heredera universal, sería la llamada a suceder, aunque hay que entender que la sucesión no queda abierta únicamente en los bienes, sino también en los derechos y obligaciones que compongan la herencia del causante. La apertura de la sucesión se retrotrae al

⁹⁰ Art. 657 CC: Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.

⁹¹ Art. 661 CC: Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

momento fijado como fecha de la muerte, por lo tanto debe retrotraerse a ese momento para determinar el caudal hereditario que le corresponderá a María.

Sin embargo, varios autores, como PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ o SERRANO Y SERRANO coinciden en que, aunque la declaración de fallecimiento produce la apertura de la sucesión del mismo modo que la muerte, la declaración de fallecimiento no tiene los mismos efectos que la inscripción de la muerte, puesto que siempre quedará la duda de si la persona declarada fallecida habrá muerto realmente o si reaparecerá en algún momento. Por esta razón se establecen los límites de los párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 196 C.C., todas estas cautelas dirigidas a que, si el declarado fallecido se presentase vivo antes de haber transcurrido cinco años desde la declaración de fallecimiento, éste pueda recibir los mismos bienes que integraban su patrimonio antes de la desaparición.⁹²

El heredero del declarado fallecido, durante cinco años, podrá disponer libremente del patrimonio heredado, siempre y cuando los negocios jurídicos que se realicen tengan carácter oneroso; existe la prohibición de disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento. Además, a partir de esos cinco años, el heredero podrá realizar cualquier acto dispositivo sobre los bienes heredados, incluidos (ahora sí) los que se realicen a título gratuito. Es importante saber que la prohibición de disponer no alcanza a las rentas, frutos o productos obtenidos con tales bienes, que pertenecen sin limitaciones a los sucesores del causante declarado fallecido.⁹³

Por lo tanto, los herederos gozan de amplias facultades sobre los bienes de la herencia, pero hasta que transcurran cinco años no podrán celebrar negocios jurídicos a título gratuito en sentido estricto, es decir, aquellos que por su propia naturaleza suponen un acto de liberalidad, como por ejemplo la donación o un simple préstamo de carácter gratuito. María, aunque podrá disponer libremente de todo lo heredado, tendrá la limitación hasta que transcurran los ya citados cinco años para poder realizar negocios jurídicos a título gratuito.

La vocación del artículo 196 del Código Civil no es tanto preservar la sustancia del patrimonio sino que se centra más en conservar la integridad económica del mismo. Es por ello que se considera acorde a Derecho la sustitución de alguno de los bienes que forman parte de la masa patrimonial mediante la legítima celebración de negocios jurídicos de carácter dispositivo a título oneroso. La finalidad de la prohibición de disponer en cinco años, no es otra que la de garantizar la devolución de los bienes heredados, o su valor, al legítimo titular en caso de que reaparezca.

⁹² D.R. Guinea Fernández, *La declaración de fallecimiento en el Derecho Español*, p. 265.

⁹³ Art. 197 CC: Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia (...) no podrá reclamar de sus sucesores las rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión (...).

En nuestro supuesto de hecho, Manolo, el declarado fallecido, reaparece y trata de recuperar su patrimonio. Tenemos que analizar qué es lo que sucede en este caso de reaparición, teniendo en cuenta la fecha en que el declarado fallecido reaparece (3 de enero de 2014).

Resulta más que evidente que Manolo deberá principalmente revocar la declaración de fallecimiento. Pues bien, según el artículo 2.043 LEC-1881⁹⁴, el auto de declaración de fallecimiento se dejará sin efecto si la persona declarada fallecida se presentase, quedando plenamente identificada y practicando las pruebas que propongan el Ministerio Fiscal y las partes, si el Juzgado las considera pertinentes, para comprobar que realmente se trata del declarado fallecido. Del mismo modo, y aunque no es este el caso que nos ocupa, si no se presenta pero se tienen noticias de su supuesta existencia, aunque su paradero sea desconocido, se le notificará personalmente al presunto fallecido el auto de declaración de fallecimiento para que aporte las pruebas necesarias sobre su identidad. Sean aportadas o no las pruebas, el Juez, con intervención del Ministerio Fiscal y las partes, practicando previamente las pruebas que se propongan y acuerden de oficio, dictará auto y resolverá.⁹⁵

A la vista de lo anteriormente expuesto, la Dirección General de los Registros y Notariado, en su Resolución de 18 de septiembre de 1993, declaró que no era bastante un expediente registral para obtener la cancelación de la inscripción marginal efectuada, es decir, para cancelar la situación como declarado fallecido del interesado y que por lo tanto, es necesario inscribir también las resoluciones judiciales que dejan sin efecto la declaración de fallecimiento. Ahora bien, para dejar sin efecto el auto de declaración de fallecimiento, no siempre será necesario acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria pues, tal y como declara la Audiencia Provincial de Asturias en su Sentencia núm. 228/2003 de 6 de junio⁹⁶ donde se dice que “(...) nada obsta para que tal pronunciamiento se pueda efectuar a través del juicio ordinario (...)”, pues basta que la

⁹⁴ Art. 2.043 LEC-1881: Si la persona declarada ausente o fallecida se presentase, una vez plenamente identificada, y practicadas las pruebas si fueren propuestas por el Ministerio Fiscal y las partes, previa declaración de su pertinencia por el Juzgado, se dejará sin efecto el auto de declaración de ausencia o fallecimiento.

Si no se presentare, pero se tuvieran noticias de su supuesta existencia en paradero desconocido, se notificará personalmente al presunto interesado el auto de declaración de ausencia o fallecimiento, requiriéndole para que aporte las pruebas de su identidad, y las aporte o no, el Juez, con intervención del Ministerio Fiscal y las partes, previa la práctica de las pruebas que éstas propongan y se acuerden de oficio, dictará auto resolviendo lo procedente.

El auto dejando sin efecto el de declaración de ausencia legal o de fallecimiento, lleva implícita la aplicación inmediata de lo dispuesto en el artículo 197 del Código Civil.

Sin perjuicio de ello, el Ministerio Fiscal o cualquier parte que se estime perjudicada podrá, dentro del improrrogable plazo de tres meses, impugnar el expresado auto en el juicio declarativo correspondiente.

⁹⁵ El citado art. 2.043 LEC-1881 ha sido derogado en la actualidad, puesto que el *Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ha estado vigente hasta el 23 de julio de 2015. Los arts. 1.943 a 2175 han sido derogados por el número 1 de la disposición derogatoria única de la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*.

⁹⁶ Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª) Sentencia núm. 228/2003 de 6 de junio. JUR 2003/268479

persona declarada fallecida se presente o, si no se presenta, que se tengan noticias de su existencia con vida. No obstante, la personación del declarado fallecido o la prueba de su existencia en un procedimiento distinto, permitirá al Juzgado suspender el procedimiento en cuestión y hasta que en sede de jurisdicción voluntaria, mediante el oportuno procedimiento, se deje sin efectos la declaración de fallecimiento y también su inscripción registral.

El Ministerio Fiscal o cualquier parte perjudicada estarán legitimados para impugnar el auto que deja sin efecto el de fallecimiento, una vez comparecido el declarado fallecido dentro del plazo de tres meses improrrogable.⁹⁷

Examinemos ahora los efectos que producen la reaparición y revocación de la declaración de fallecimiento de Manolo en la esfera patrimonial para así llegar a la conclusión de si podrá o no recuperar finalmente sus bienes.

En primer lugar, debemos tener en cuenta el artículo 197 del Código Civil:

“Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto.”

La doctrina se ha planteado si la acción de recobrar los bienes del reaparecido es una acción de petición de herencia en sentido propio, o una acción reivindicatoria u otro tipo de acción. Para GUINEA FERNÁNDEZ, es una acción *sui generis* que se desenvuelve a medio camino entre la *actio petitio hereditatis* y la acción reivindicatoria. Acción reivindicatoria en cuanto a que el declarado fallecido erróneamente dirige la acción a la recuperación de la cosa para lograr la restitución al legítimo titular. Para que la acción prospere es necesario que el reclamante acredite que ostenta la condición de propietario; se debe demostrar el derecho sobre la cosa. Existe cierta identidad entre esta acción reivindicatoria y la acción de recobro del art. 197 CC puesto que será necesaria una mínima actividad probatoria de la titularidad de los bienes pero, a diferencia de la complejidad que pudiera causar en otras ocasiones la acción reivindicatoria, en este caso bastará con probar la existencia del declarado fallecido para que se tenga por nula la apertura de la sucesión y demás consecuencias vinculadas a la misma, respetando siempre los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Por otra parte, la gran mayoría de la doctrina ha defendido que la acción de recobro responde a la categoría procesal a la que pertenece la acción de petición de herencia. Según nuestro autor, es acertado cuestionarse que la acción de petición de herencia pueda ejercitarse cuando lo que se pretende reclamar, frente a los propios sucesores, es el patrimonio sobre el que se abrió

⁹⁷ D.R. Guinea Fernández, *La declaración de fallecimiento en el Derecho Español*, p. 368.

la sucesión en aplicación del art. 196 CC. El hecho de que el patrimonio del declarado fallecido se haya convertido en herencia, no convierte en heredero de su propio patrimonio al que fuera causante de la herencia; lo único que se genera es un derecho a recuperar lo que a uno le pertenece una vez constatada la existencia.⁹⁸

Si nos fijamos en la literalidad del art. 197 CC, en apariencia, la mera presentación o prueba de la existencia del declarado fallecido hará que recobre sus bienes de modo automático, por supuesto, tras la revocación de la declaración de fallecimiento. No se puede admitir que la recuperación de los bienes sea tan automática como se desprende, ni tampoco la recuperación de su titularidad puesto que, aunque efectivamente la revocación de la declaración de fallecimiento debe llevar aparejada la recuperación de la situación patrimonial, ni se puede admitir que no haya habido sucesión, ni se producirán de modo automático cambios en la titularidad registral sobre los bienes inmuebles por el mero hecho de la revocación de la declaración de fallecimiento. Como mucho, la recuperación automática del patrimonio tendrá lugar si los sucesores deciden devolver de forma voluntaria los bienes adquiridos con la sucesión, y si aceptan entregar el precio de los enajenados o los bienes adquiridos con el precio de aquéllos. Si esto no se produce de esta forma tan voluntariosa, el ausente reaparecido tendrá que ejercitar algún tipo de acción encaminada a la recuperación de su patrimonio.⁹⁹

Aunque el derecho a recobrar los bienes se refiere a todo el patrimonio en su conjunto (cosas, derechos y acciones transmitidos con la sucesión hereditaria) esto no quiere decir que se vayan a recobrar tal y como los dejó el ausente; se recobrarán en el estado en que se encuentren. La recuperación de los bienes no siempre tendrá lugar y, en algunas ocasiones, el reaparecido tendrá que conformarse con recibir el precio obtenido por su venta, o los nuevos bienes adquiridos con su importe.¹⁰⁰

En base a lo aquí expuesto y, puesto que Manolo, al haber reaparecido, tendrá derecho a recuperar su patrimonio pero en el estado en que se encuentre en el momento de la reaparición, así como a recibir el precio de los bienes que María hubiese vendido, concluyo que:

- En cuanto a la casa que ambos tenían en común al 50% y que María ha vendido a Eustaquio por 240.000 euros, Manolo tendrá derecho a recuperar su parte. El reaparecido tendrá que recibir el 50% del precio recibido por la venta de la casa, es decir, 120.000 euros. Eustaquio no perderá su derecho como nuevo propietario de la casa puesto que, ciñéndonos a la literalidad de la norma, la posición jurídica del comprador se ve favorecida en detrimento de la del declarado fallecido que reaparece, porque si el contrato de compraventa se ha formalizado, el reaparecido no tiene derecho al bien objeto del citado negocio

⁹⁸ D.R. Guinea Fernández, *La declaración de fallecimiento en el Derecho Español*, pp. 382 a 385.

⁹⁹ *Ibid.* p. 387.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 388.

jurídico, sino a su precio.¹⁰¹ El contrato de compraventa entre María y Eustaquio estaba formalizado en el momento de la reaparición de Manolo y, por lo tanto, éste recibirá el precio de la parte que le corresponde de la venta de la casa.

- En lo que respecta al piso que Manolo poseía de manera privativa en la costa de A Coruña y que María vende a Miriam por el precio de 175.000 euros a pesar de estar valorado en 250.000 euros. Manolo recuperará el precio del bien vendido, es decir, los 175.000 euros, puesto que es el estado en el que se encuentra el patrimonio en el momento de su reaparición. El contrato de compraventa, al igual que en el caso anterior, se ha formalizado y por lo tanto Miriam no perderá su condición como nueva propietaria del bien.
- María y Manolo también tenían una cuenta bancaria de la que ambos eran titulares. En el momento de la desaparición de Manolo la cuenta tenía 65.000 euros, pero cuando reaparece sólo cuenta con 15.000 euros. Al ser la cuenta de ambos, Manolo recibirá el 50% del estado en el que se encuentre dicha cuenta al momento de su aparición; María tendrá que devolver a Manolo 7.500 euros.

Dado que en el supuesto no hay enajenaciones a título gratuito sin que hayan transcurrido los cinco años que dispone el art. 196 CC, Manolo no podrá impugnar el bien o derecho a título gratuito transmitido. De haber sido así, el tercero beneficiario podría oponer en defensa de su derecho la prescripción adquisitiva, o la protección que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹⁰² y el 464 del Código Civil¹⁰³ le otorgan al adquirente de buena fe. Sin embargo, si el negocio jurídico a título gratuito resultase fraudulento, se podrá impugnar en atención a esta causa.¹⁰⁴

Aunque la jurisprudencia referente a declarados fallecidos que reaparecen y pretenden recuperar su patrimonio no es muy amplia, nos encontramos con alguna sentencia que puede hacer que algunas de las conclusiones suscitadas anteriormente tengan más valor y firmeza. Por ejemplo, la Sentencia núm. 325/2013 de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de abril¹⁰⁵ en referencia a la recuperación de la parte que le pertenece al

¹⁰¹ D.R. Guinea Fernández, *La declaración de fallecimiento en el Derecho Español*, p. 391.

¹⁰² Art. 34 LH: El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho (...) Los adquirente a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.

¹⁰³ Art. 464 CC: La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. (...).

¹⁰⁴ D.R. Guinea Fernández, *La declaración de fallecimiento en el Derecho Español*, pp. 393 - 394.

¹⁰⁵ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) Sentencia núm. 325/2013 de 25 de abril. JUR 2013/194402

reaparecido de una propiedad con varios propietarios y que dice lo siguiente: “(...) En este precepto (art. 197 CC) se establece un derecho de recuperación claro y conciso, que aplicándolo al presente caso determina el derecho de recuperar el 50% de la finca de la que era propietario, cuando fue incorrectamente declarado muerto, pero dado que esta finca fue objeto de permuta, es decir de transmisión, se le concede la opción al ausente de obtener el precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido (...)” Además, como hemos visto, hace referencia también al art. 197 CC añadiendo que este precepto es un derecho de recuperación claro y conciso: “(...) El precepto se concierne a la recuperación de los bienes, de las propiedades del considerado fallecido, procurando devolverle al estado previo a una declaración errónea y ajena a su voluntad (...)” Es por ello que el Tribunal en esta sentencia le da la razón al declarado fallecido erróneo declarándolo, efectivamente, titular del 50% de la finca que había sido transmitida y que en un principio le pertenecía.

En el caso que nos ocupa podemos tomar esta sentencia como referencia. Manolo también tiene derecho a recuperar el 50% de la casa que tenía en común con María, es decir, el 50% del precio de la venta puesto que María ha vendido la casa.

V. Conclusiones:

A través del supuesto de hecho propuesto para la elaboración de este trabajo hemos podido conocer y estudiar muy diversas y diferentes cuestiones, tanto del ámbito del Derecho Penal como del Derecho Civil.

Llaman especialmente la atención las cuestiones suscitadas con relación a la declaración de fallecimiento de Manolo. Debido a las dificultades y lagunas normativas que presentaba este tema, se sucedieron diversas reformas. Muy importante fue la producida por la *Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros*, pues tras ella se comienza a tener en cuenta la desaparición de personas en siniestros en el mar y no sólo en naufragios. Tras esta declaración de fallecimiento, se suceden diversos efectos que no sólo implican al declarado fallecido, sino también a los que le rodean pues suponen, como hemos visto, la disolución del matrimonio, aunque con características especiales en caso de reaparición del declarado fallecido para el matrimonio canónico. Asimismo, se abre la posibilidad de contraer nuevo matrimonio y, por supuesto, se inicia la sucesión hereditaria, cuestión esta última de difícil planteamiento si el que se creía muerto reaparece pues, por el mero hecho de la declaración de fallecimiento, los herederos suceden al causante del mismo modo que lo harían en caso de muerte real, es decir, es todos sus derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte, aunque no podemos olvidar que el legislador a previsto algunas cautelas como las contenidas en el artículo 196 del Código Civil para facilitar, en caso de reaparición, la recuperación de los bienes del “no fallecido”.

Hemos analizado también diversos delitos, el supuesto asesinato cometido por María y el delito de violencia doméstica cometido por Marcial. En cuanto al delito de violencia doméstica, se observa con peculiaridad esa distinción a la que se hace referencia entre violencia doméstica y violencia de género pues, antes de estudiarlo, todo indicaba que se trataba de similares cuestiones. Han sido muchas las reformas efectuadas conforme a este tema dada la importancia y cada vez más proliferación de este delito; ya no son casos aislados o “raros”, sino que cada vez son más las mujeres que deciden denunciar a su agresor y poner fin a una situación que, posiblemente, se había llevado en silencio años atrás. La Ley Orgánica, de 21 de junio, de actualización del Código Penal es la primera que tiene en consideración la violencia doméstica pero es con la aparición de nuestro Código Civil de la Democracia y más adelante con la reforma de la *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* cuando se le da un significado más detallado en el artículo 153 CP. Es finalmente 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*, la que traslada el delito de violencia habitual al artículo 173 del Código

Penal ampliando significativamente el ámbito de aplicación del delito de violencia doméstica no sólo al cónyuge sino también a los hijos o personas vulnerables que convivan con el agresor. En la actualidad, han vuelto a surgir reformas con la *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*.

Otro tema de relevancia en el supuesto de hecho es el de las escuchas telefónicas, una de las diligencias de investigación más invasiva desde el punto de vista de afectación a los derechos fundamentales, protegidos tanto nacional como internacionalmente. Se ha podido ver la precaria regulación que en antaño abordaba este tema, que no dejaban demasiado claro el cómo, el cuándo y el por qué de dicha medida a tomar. Ha sido necesario acudir a diversos medios de información y, por supuesto, a la jurisprudencia, para poder resolver el supuesto de hecho de la forma más motivada posible. En la actualidad, la *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica* ha reformulado el artículo 579 y ha añadido un nuevo artículo 579 bis, ambos la Ley de Enjuiciamiento Civil, para tratar de rellenar vacíos legales existentes y porque, nadie pone en duda que en los tiempos que corren la tecnología dista mucho de la existente años atrás y, por lo tanto, se requieren actualizaciones acordes a la realidad del momento.

A largo de este trabajo se ha analizado jurisprudencia y legislación tanto aplicable al momento del supuesto de hecho como de actualidad para observar las diversas reformas efectuadas en los últimos año. También se han tenido en cuenta recursos bibliográficos e Internet como herramienta para dar resolución de la mejor forma posible a las cuestiones del supuesto de hecho.

VI. Bibliografía:

- Calaza López, Sonia, *Los procesos matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.
- García Martín, Luís, *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal español: doctrina y jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Guinea Fernández, David Rafael, *La declaración de fallecimiento en el Derecho Español*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.
- Larrauri, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, Ed. Trotta, Madrid 2007.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Ed. Akal, Madrid, 1989.
- Padilla Alba, Herminio Ramón, *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*, Ed. Comares, Granada, 2001.
- Ramón Ribas, Eduardo, *Violencia de género y violencia doméstica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- Villavicencio Carrillo, Patricia, *La violencia doméstica: su impacto en la salud física y mental de las mujeres*, Ed. Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.

VII. Apéndice jurisprudencial:

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 81/2006 de 27 de enero. RJ 2006/426
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 798/2006 de 14 de julio. RJ 2006/6053
- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 1308/2011 de 30 de noviembre. RJ 2012/1815
- Audiencia Provincial de Málaga (Sección 1ª) Sentencia núm.481/2003 de 30 de julio. JUR 2003/220947
- Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) Auto núm. 282/2006 de 12 de julio. ARP 2007/106
- Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) Sentencia núm. 384/2007 de 20 de septiembre. ARP 2007/711
- Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª) Sentencia núm. 334/2012 de 7 de mayo. ARP 2012/1146
- Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4º) Sentencia núm. 337/2008 de 22 de julio. ARP 2009/52
- Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5ª) Sentencia núm. 228/2003 de 6 de junio. JUR 2003/268479
- Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 6ª) Auto núm. 208/2007 de 12 de marzo. JUR 2007/137348
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) Sentencia núm. 325/2013 de 25 de abril. JUR 2013/194402

VIII. Normativa aplicable:

- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.
- 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.
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

IX. Páginas web consultadas:

Boletín Oficial del Estado: <http://www.boe.es> (Último acceso: 10/06/2016)

Referente a las escuchas telefónicas:

- <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2013/01/Circular-Fiscalia-General-del-Estado-sobre-Intervencion-de-Comunicaciones-Telefonicas.pdf> (Último acceso: 10/06/2016)
- <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4861-intervencion-de-las-comunicaciones-y-escuchas-telefonicas-i/> (Último acceso: 10/06/2016)

X. Anexos:

- Ejemplo de solicitud de declaración de fallecimiento:

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE A CORUÑA

D^a María Luisa Domínguez Prieto , Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de D^a María , mayor de edad, de profesión empresaria , con domicilio en A Coruña , calle Juan Flórez , nº 13 , pta. 2 , que actúa en su propio nombre, cuya representación acredito mediante apoderamiento apud acta otorgado ante el Secretario judicial, comparezco en este JUZGADO con la asistencia del Letrado D^a Alexia Anido Santamariña , del Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña , y DIGO:

Aunque en virtud del art. 68.4 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en la tramitación del presente expediente no es preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, el art. 3.2, segundo inciso de la citada ley establece que las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente, como se hace en la presente solicitud.

Que por medio del presente escrito y en la representación que ostento, promuevo PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA PARA LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO de D. Manolo, mayor de edad, casado/a, cuyo último domicilio conocido se encontraba en A Coruña, calle Juan Flórez, nº 13, pta. 2 , con base en los siguientes

HECHOS:

PRIMERO.- PRIMERO.- D^a María y D. Manolo celebraron su matrimonio en A Coruña, el día 26 de marzo de 1996, encontrándose el mismo inscrito en el Registro Civil de A Coruña , al Tomo 4, Página 234, tal y como se acredita mediante certificación expedida por el encargado de dicho Registro, que se acompaña como Documento nº 1.

SEGUNDO.- SEGUNDO.- D. Manolo, cuya declaración de fallecimiento se solicita, se encontraba navegando con su esposa en barco, en Mallorca, en fecha 30 de junio de 2007, cuando se produjo un accidente. Se acompaña como Documento nº 2, los papeles de la agencia de viajes que certifican que se encontraban en el lugar de los hechos.

Pero debe tenerse en cuenta que si la causa alegada fuese alguna de las contenidas en los apartados 2 y 3 del art. 194 CC, la competencia judicial varía y la legitimación activa se restringe, conforme a lo establecido en el art. 68 LJV.

TERCERO.- TERCERO.- El art. 193.Tercero del Código Civil tan sólo requiere que transcurran tres meses desde la desaparición en caso de siniestro,

Son aplicables a los referidos hechos los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CUARTO.- I. COMPETENCIA. Es competente por razón del último domicilio conocido del presunto fallecido, el Juzgado al que me dirijo, conforme a lo previsto en los arts. 2 y 68 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, al corresponder al último domicilio (o residencia) de la persona cuya declaración de fallecimiento se solicita.

QUINTO - II. PROCEDIMIENTO. Deben seguirse en este asunto las normas sobre jurisdicción voluntaria contenidas en el art. 74 LJV.

Según establece el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, “Las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado por la presente Ley”.

SEXTO - III. CAPACIDAD. Tiene mi mandante capacidad para promover este procedimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y ss LEC.

SÉPTIMO.- IV. LEGITIMACIÓN. La ostenta mi representado/a en su condición de cónyuge del presunto fallecido y padre/madre de los hijos comunes, como sujeto interesado en la declaración de fallecimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193 del Código Civil y en los arts. 68.2 y 74.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

OCTAVO.- V. REPRESENTACIÓN Y DEFENSA.-Aunque en virtud del art. 68.4 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en la tramitación del presente expediente no es preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, el art. 3.2, segundo inciso de la citada ley establece que las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente, como se hace en la presente solicitud.

NOVENO.- VI. DERECHO SUSTANTIVO.- Resultan aplicables los artículos 193 y siguientes del Código civil.

DÉCIMO.- VII. Iura novit curia y cuantas normas resulten procedentes.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO : Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y copia de todo ello lo admita, teniendo por promovida por el Procurador que suscribe, con quien habrán de entenderse las sucesivas diligencias en nombre y representación de D^a María, EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, a fin de declarar el fallecimiento de D. Manolo , y previos los trámites legales oportunos, dicte el Letrado de la Administración de Justicia decreto por el que, estimando lo solicitado, declare a D. Manolo fallecido/a como consecuencia de encontrarse desaparecido por tiempo superior al mínimo que exige la ley y causa amparada en el art. 193 del Código civil (o, en su caso, 194 del mismo Cuerpo legal), expresando la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con los efectos legales derivados de tal declaración, en especial la apertura de la sucesión en los bienes del declarado fallecido.

OTROSI DIGO PRIMERO: que se insta al Juzgado para que expida testimonio del referido auto para la inscripción del mismo en el Registro Civil.

OTROSÍ DIGO SEGUNDO: Que por necesitar para otros usos la copia de escritura de poder para pleitos otorgada en favor de este Procurador que se presenta, solicito al Juzgado me sea devuelta tras dejar en autos testimonio de la misma.

En A Coruña. , a 30 de septiembre de 2007.

Firma y número del Letrado

Alexia Anido (núm. 12130012)

Firma del Procurador

María Luisa Domínguez

- **Ejemplo de solicitud de revocación de la declaración de fallecimiento:**

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE A CORUÑA

D. Iván Martínez Fernández, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. Manolo, mayor de edad, de profesión empresario. , con domicilio en Madrid , calle de las Flores , nº 12 , pta. 1 , cuya representación acreditaré mediante comparecencia apud acta cuando sea requerido para ello comparezco en este JUZGADO con la asistencia del Letrado D^a Alexia Anido Santamariña , del Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña , y DIGO:

Que por medio del presente escrito y en la representación que ostento, me persono en el procedimiento de declaración de fallecimiento de mí representado, autos núm. 224 / 2007, en solicitud de la REVOCACIÓN del decreto de fecha 30 de septiembre de .2007, dictado por el Letrado de la Administración de Justicia de este Juzgado, por el que se le declara fallecido.

Esta solicitud se basa en los siguientes

HECHOS:

PRIMERO.- PRIMERO.- Mi representado, D. Manolo, hijo de D. Bernardo y de D^a Jacinta , nació en A Coruña. el día 1 de enero de 1960 , encontrándose su nacimiento inscrito en el Registro Civil de A Coruña, al Tomo 2 , Página 110 , tal y como se acredita mediante certificación expedida por el encargado de dicho Registro, que se acompaña como Documento nº 1 y DNI del mismo. Su identidad y persona coincide pues con la del declarado fallecido por el decreto de fecha 30 de septiembre de 2007 , dictado por el Letrado de la Administración de Justicia de este Juzgado.

SEGUNDO.- SEGUNDO.- Mi representado se encontraba, por vacaciones navegando, en Mallorca, en fecha 30 de junio de 2007, cuando se produjo un accidente. Tras dicho siniestro, no hubo noticias de mi representado en su ámbito cercano durante un plazo de 3 meses lo que dio lugar a que, a instancias de su cónyuge, se declarase su fallecimiento por este Juzgado en el auto antes citado, dándose lugar a la apertura de su sucesión mortis causa conforme a lo establecido en el artículo 196 del Código civil.

TERCERO.- TERCERO.- Dado que mi representado está vivo, una vez confirmada su identidad y practicadas, en su caso, las pruebas que fueren propuestas por el Ministerio Fiscal y las partes, previa declaración de su pertinencia por el Juzgado, procede dejar sin efecto el auto de declaración de fallecimiento, con aplicación inmediata de lo dispuesto en el artículo 197 del Código Civil.

Son aplicables a los referidos hechos los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CUARTO.- PRIMERO. LEGITIMACIÓN. Es competente el Secretario judicial del Juzgado al que me dirijo, por haber sido el que ha tramitado la declaración de fallecimiento de mi representado.

QUINTO.- SEGUNDO. COMPETENCIA.- Es competente el Secretario judicial del Juzgado al que me dirijo, por haber sido el que ha tramitado la declaración de fallecimiento de mi representado.

SEXTO.- TERCERO. PROCEDIMIENTO.- Debe seguirse en este asunto las normas sobre jurisdicción voluntaria contenidas en el art. 75 LJV.

SEPTIMO.- CUARTO. DERECHO SUSTANTIVO. Resulta aplicable el artículo 197 del Código civil.

OCTAVO.- QUINTO.- Iura novit curia y cuantas normas resulten procedentes.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y copia de todo ello lo admita, teniendo por solicitada por el Procurador que suscribe, en nombre y representación de D. Manolo, la REVOCACIÓN del decreto dictado por el Letrado de la Administración de justicia de este Juzgado de fecha 30 de septiembre de 2007 por el que se declara el fallecimiento de D. Manolo y, previos los trámites legales oportunos, se deje sin efecto el mismo, ordenando en la misma resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 197 del Código civil, que se restituya a mi representado sus bienes en el estado en que se encuentren, y, en su caso, el precio de los que se hubieren vendido o los que se hayan subrogado en su lugar, así como los frutos y rentas de sus bienes desde el día 3 de enero de 2014 , en que los poseedores de tales bienes tuvieron noticia de hallarse vivo mi representado o, en su defecto, desde la fecha en que se les dio traslado de este escrito o desde la fecha de la declaración de no haber muerto aquél.

OTROSÍ DIGO: Que por necesitar para otros usos la copia de escritura de poder para pleitos otorgada en favor de este Procurador que se presenta, solicito al Juzgado me sea devuelta tras dejar en autos testimonio de la misma.

En A Coruña , a 10 de enero de 2014

Firma y número del Letrado

Firma del Procurador

Alexia Anido (núm. 12130012)

Iván Martínez