



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

VIOLENCIA DOMÉSTICA

Y

VENTA DE COSA AJENA

Autora:

Lucía Díaz Esmorís

Tutora:

Mari Carmen Rodríguez

Martín-Retortillo

ÍNDICE:

I.	ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	3
II.	CASO PRÁCTICO.....	4
III.	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	
	3.1.- Introducción.....	6
	3.2.- Ausencia de hecho: medidas provisionales.....	6
	3.3.- Ausencia legal.....	7
	3.4.- La declaración de fallecimiento.....	8
	A. Causas.....	8
	B. Efectos.....	9
	C. Revocación de la declaración de fallecimiento.....	10
	3.5.- El Registro Civil.....	11
IV.	DETERMINAR LAS CARACTERÍSTICAS DEL DELITO COMETIDO POR MARÍA EN EL BARCO HACIA MANOLO. VALIDEZ DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS.	
	4.1.- Delito cometido por María en el barco hacia Manolo.....	12
	A. Introducción.....	12
	B. Circunstancias cualificativas.....	12
	a) Alevosía.....	13
	b) Precio, recompensa o promesa.....	14
	c) Ensañamiento.....	15
	C. Dolo.....	15
	D. Arrebato, obcecación u otro estado pasional.....	16
	E. Circunstancia mixta de parentesco.....	17
	F. Tentativa.....	18
	4.2.- Validez de las escuchas telefónicas.....	18
	A. Introducción.....	18
	B. Requisitos.....	19
	C. Hallazgos casuales.....	24
	a) Definición.....	24
	b) Jurisprudencia.....	24

V.	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	
	5.1.- Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo de Marcial.....	26
	A. Introducción.....	26
	B. Calificación jurídica.....	27
	C. Concurrencia del artículo 173.2 y 153 del CP.....	29
	D. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.....	30
	5.2.- Calificación jurídica de la vuelta a la convivencia tras la primera denuncia de María.....	31
	A. Introducción.....	31
	B. Análisis jurisprudencial.....	32
	a) Quebrantamientos no dolosos.....	32
	b) Quebrantamientos consentidos.....	32
	b.1) Orden de alejamiento como medida cautelar.....	32
	b.2) Orden de alejamiento como pena.....	35
VI.	VALIDEZ JURÍDICA Y 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. DERECHOS QUE OSTENTAN CADA UNO SOBRE EL INMUEBLE CITADO	
	6.1.- Introducción.....	37
	6.2.- Efectos de la revocación de la declaración de fallecimiento.....	37
	6.3.- Régimen económico matrimonial.....	37
	6.4.- Acción de recobro del artículo 197 del CC.....	38
	6.5.- Derechos sobre los bienes inmuebles.....	41
VII.	CONCLUSIONES	
	7.1.- Validez jurídica del matrimonio entre María y Marcial, y acciones de Manolo para poner fin a su matrimonio.....	42
	7.2.- Delito cometido por María en el barco hacia Manolo y validez de las escuchas telefónicas.....	42
	7.3.- Consecuencias jurídicas del comportamiento de Marcial y calificación jurídica de la vuelta a la convivencia.....	42
	7.4.- Acciones de Manolo y derechos sobre los bienes inmuebles.....	43
VIII.	FUENTES	
	8.1.- Bibliografía.....	45
	8.2.- Normativa.....	46
	8.3.- Jurisprudencia.....	47
	A. Tribunal Supremo.....	47
	B. Audiencia Provincial.....	48
	8.4.- Recursos web.....	48

I. ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAP	Auto Audiencia Provincial
ATS	Auto Tribunal Supremo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Ley Hipotecaria
LIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LO	Ley Orgánica
LRC	Ley del Registro Civil
RRC	Reglamento del Registro Civil
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

II. CASO PRÁCTICO:

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. 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

3.1.- Introducción:

Para dar por fallecida a una persona, el Código Civil tiene en cuenta el tiempo transcurrido desde la desaparición de la persona, señalando una serie de plazos en función de distintos datos, ya sea la avanzada edad del desaparecido o las circunstancias de peligro en que se ha producido la desaparición.¹ Sin embargo, la declaración de fallecimiento es la última fase relativa a la ausencia de una persona, pues en atención a las circunstancias, el desaparecido puede pasar por una representación provisional (ausencia de hecho), por una representación de carácter más permanente (ausencia legal) o puede llegar a ser declarado fallecido (fase de declaración de fallecimiento).

3.2.- Ausencia de hecho: medidas provisionales:

En un primer momento, cuando alguien desaparece, se llevan a cabo una serie de medidas provisionales, siendo la primera de ellas la posibilidad de designar a un “defensor del desaparecido”. Para que se lleve a cabo dicho nombramiento, no es necesario que haya transcurrido un plazo determinado desde la desaparición y ausencia de noticias de la persona, basta que a instancia de parte interesada² o por el Ministerio Fiscal, el Juez nombre al defensor mediante auto. En este sentido, la STS de 23 de enero de 1985 establece, en su considerando 2º, que “el Ministerio Fiscal (...) no tiene legitimación para estar en juicio sino cuando alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes, y esto último en el sentido de los artículos 181 y siguientes del CC y no en el haber sido declarado rebelde en el juicio”.

El artículo 181 del CC establece que en caso de que el desaparecido tuviese cónyuge no separado legalmente, será éste quien ostente la posición de “representante y defensor nato del desaparecido”, es decir, quien asuma funciones puramente cautelares y limitadas legalmente.

Hay que tener en cuenta que el juez puede conferir al defensor la administración de todo o parte de los bienes del desaparecido, y establecer las cautelas que juzgue oportunas en relación con la conservación de dicho patrimonio. De este modo, y según el artículo 186 del CC, los representantes legítimos del declarado ausente, es decir, al cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho, al hijo mayor de edad³ o al ascendiente más próximo de menor edad de una u otra línea, disfrutarán de la posesión temporal del patrimonio del ausente y harán suyos los productos líquidos en la cuantía que el Secretario judicial señale.

¹ PARRA LUCÁN, M.Á, “La ausencia”, en DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado de la Persona*, Madrid, 2008, 3ª edición, pág.513.

² La expresión “parte interesada” ha de interpretarse como un concepto en sentido amplio, pues no se limita a los familiares del desaparecido. LASARTE C., *Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 2009, 15ª edición, pág. 228.

³ Si hubiese varios hijos, serán preferidos los que convivían con el ausente y el mayor al menor.

3.3.- Ausencia legal:

El transcurso del paso del tiempo sin que reaparezca el desaparecido o sin que se tenga nuevas noticias del mismo, implica la declaración de ausencia legal⁴.

El Código Civil, en su artículo 183, pone de manifiesto que dicha situación comienza transcurrido un año desde las últimas noticias o de la desaparición de la persona que no hubiere designado o tuviere nombrado un apoderado general, o transcurridos tres años en caso de existencia de apoderado general del desaparecido. Para el caso de instar la declaración de ausencia legal, las personas obligadas a hacerlo son: el cónyuge del ausente no separado legalmente, los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado⁵ o el Ministerio Fiscal, de oficio o en virtud de una denuncia. Cuando la hayan instado, será el Juzgado quien nombrará el representante del ausente mediante auto. Una vez que haya pasado un determinado período de tiempo, dependiendo de las situaciones en que se haya producido la ausencia, la persona será declarada fallecida. Así lo establece el Código Civil en su artículo 195, de tal modo que “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”. De este precepto se deduce que en la declaración de fallecimiento lo que ha desaparecido es una persona viva, aunque en tales circunstancias que permiten presumir, a partir del transcurso de un determinado período de tiempo, que ha fallecido.⁶

A modo de conclusión podemos decir que el Código Civil, en sus artículos 181 a 192, regula tres situaciones: medidas provisionales, para el caso de una persona simplemente desaparecida, en la cual se le nombra un defensor únicamente para aquellos asuntos que no admitan retraso sin perjuicios graves; ausencia declarada, cuando transcurre un tiempo desde la desaparición de una persona, con total falta de noticias de la misma, y a la cual se le nombra un representante para que administre su patrimonio; y la declaración de fallecimiento, cuando tras una desaparición muy prolongada en el tiempo o sucedida en circunstancias de especial peligro, a la misma se la declara legalmente fallecida.

De esta manera, la declaración de fallecimiento es la tercera de las situaciones en las que se articula la ausencia en nuestro Derecho civil, sin embargo, hay que tener en cuenta que dicha situación no requiere partir de las anteriores⁷, pues tal y como establece el artículo 2042.I de la LEC⁸, “la declaración de fallecimiento a que se refiere los artículos 193 y 194 del Código Civil no requiere la previa declaración de ausencia legal”. Así lo recoge la Audiencia Provincial de Barcelona en su AAP de 23 de mayo de 2000 en el Fundamento Jurídico 2º, pues establece que “la referencia que hace la Ley al “ausente” no es en el sentido técnico de persona afectada por declaración judicial de ausencia, sino que se refiere a persona que no está presente, que se encuentra en paradero desconocido. Interpretación que se confirma si se observa que el art. 2.042 de la antigua LEC dispone

⁴ La situación de ausencia legal implica la necesidad de la declaración judicial de ausencia legal. Véase LASARTE C. *Parte..., cit.*, pág. 229.

⁵ En la actualidad, no parece posible excluir el parentesco adoptivo. Véase LASARTE C., *Parte..., cit.*, pág. 231.

⁶ PARRA LUCÁN, M.Á, “La ausencia”, en DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord), *Curso..., cit.*, pág. 363.

⁷ SÁNCHEZ CALERO FJ. *Curso de Derecho civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, Valencia, 2004, 2ª edición, pág. 139.

⁸ La declaración de fallecimiento se produjo estando vigente la derogada LEC, sin embargo, hay que hacer hincapié en ella porque en dicho momento era válida.

expresamente que la declaración de fallecimiento a que se refieren los arts. 193 y 194 del Código Civil no requiere la previa declaración de ausencia (...)

3.4.- La declaración de fallecimiento:

A. Causas:

La declaración de fallecimiento aparece regulada en los artículos 193-197 del CC, de tal modo que, por una parte, y según el artículo 193 CC, procede la declaración de fallecimiento en caso de que la desaparición de la persona haya tenido lugar en condiciones de peculiar riesgo:

Por un lado, cabe cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias, o a falta de éstas, desde su desaparición, aunque dicho plazo se reduce a la mitad cuando pasados los cinco primeros años desde la desaparición, el ausente hubiera cumplido ya setenta y cinco años.⁹ Se establece un plazo tan largo de 10 años debido a que la mera ausencia de noticias no es determinante para establecer que una persona ha muerto. Sin embargo, dicho plazo se acorta a causa de la probabilidad de muerte debida a la edad avanzada del desaparecido. Es el supuesto más genérico de todos los posibles, pues abarca todos los sucesos de hecho en que no resultan aplicables otras normas para la obtención de la declaración de fallecimiento. Hay que tener en cuenta que 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.

Por otro lado, también cabe, según el artículo 193.3º del CC, cuando “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 haber tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses. Se presume la violencia si 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”, es decir, cuando pasa un año como plazo general para los supuestos de violencia contra la vida y tres meses en caso de siniestro, en particular en los casos de naufragio, inmersión en el mar o siniestro de aeronave¹⁰.

La declaración de fallecimiento en caso de siniestro implica que la desaparición del interesado se produce en unas determinadas circunstancias que permiten concluir que se vio sometido a un siniestro y, en consecuencia, el plazo se reduce considerablemente. Además, en caso de siniestro no especificado, por la vía el artículo 193.3º del CC, deben transcurrir 3 meses desde la desaparición para declararse el fallecimiento, o igualmente 3 meses, pero por la vía del artículo 194.2 del CC, si el siniestro es marítimo, como sucede

⁹ Los plazos expresados se computarán desde la expiración del año natural en que se tuvieron las últimas noticias o, en su defecto, en que ocurrió la desaparición (artículo 193.2 CC), es decir, a los diez años han de sumarse los días que le resten al año en que se tuvieron las últimas noticias o sucedió la desaparición, por lo que el cómputo del plazo siempre comienza el primer día de enero la posibilidad de instar la declaración de fallecimiento. Véase: HUALDE SÁNCHEZ, J.J., “Localización de la persona”, en PUIG I FERRIOL L., GETE-ALONSO Y CALERA M., GIL RODRÍGUEZ J., HUALDE SÁNCHEZ J. *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derecho de la persona*, Madrid, 2001, 3ª edición, pág. 293.

¹⁰ LASARTE C. *Parte...*, cit., pág. 235.

en el presente caso¹¹. Se procedería, pues, a la declaración de fallecimiento a los 3 meses de la desaparición, puesto que se ha producido un naufragio o una inmersión en el mar, cabiendo ambas posibilidades pues en el caso no se especifica.

Finalmente, el artículo 194 CC nos permite determinar que, salvo que exista prueba en contrario, la fecha legal de la muerte, en los distintos supuestos que dan lugar a la declaración de fallecimiento, será pasados dos años desde la fecha del tratado de paz o declaración oficial del fin de la guerra; en la fecha del naufragio o siniestro de la aeronave cuando haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes; cuando se trate de naufragio o siniestro presunto, al finalizar los tres meses; y en caso de naufragio en el que el buque no llega a su destino o no retornase cuando hayan pasado 6 meses transcurridos desde las últimas noticias recibidas o a falta de las mismas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial de viaje.

B. Efectos:

El efecto fundamental de la declaración de fallecimiento es el hecho de declarar a una persona oficialmente fallecida a partir del momento en el que el auto de declaración de fallecimiento determine su muerte.

El comienzo de la iniciativa para esta declaración podrá surgir de parte interesada o del Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta que tiene carácter voluntario y no obligatorio¹² y se seguirá por los trámites del procedimiento de jurisdicción voluntaria. El juez realizará la declaración de fallecimiento, fijando la fecha a partir de la cual se considera fallecido el ausente, pues se presume que ha vivido hasta el momento en que deba reputarse fallecido, de tal modo que toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte¹³.

Cuando el auto del juez cobra firmeza, la declaración de fallecimiento produce la extinción de todas las relaciones jurídicas de carácter personal o patrimonial.

La declaración de fallecimiento se conseguirá por medio de un expediente de jurisdicción voluntaria¹⁴, por los trámites del juicio verbal¹⁵, a pesar de que en la práctica el procedimiento que se lleva a cabo consiste en una investigación acerca de la existencia de una persona. Dicha declaración es un proceso voluntario de carácter constitutivo, pues sólo a través de la intervención del órgano judicial se logra el efecto deseado.¹⁶

En virtud de la declaración de fallecimiento, a la persona desaparecida se le da por muerta, aunque no se sepa a ciencia cierta que el ausente ha fallecido. En principio, los efectos que produce la declaración de fallecimiento son los mismos que produciría la muerte de esa misma persona, aunque matizados en algunos aspectos. Sin embargo, la declaración de fallecimiento no se equipara con la prueba de muerte, por lo que no se extingue la personalidad del declarado fallecido.¹⁷ De este modo, aunque se presume su

¹¹ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, 2011, 1ª edición, pág. 126.

¹² SÁNCHEZ CALERO FJ. *Curso...*, cit., pág. 139.

¹³ Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil, art. 195.

¹⁴ El artículo 2.031 de la LEC establece que “todas las actuaciones que motive el Título VIII del Libro I del Código Civil revisten el carácter de actos de jurisdicción voluntaria (...)”.

¹⁵ El artículo 2.032 de la LEC recoge que “tanto las solicitudes como las oposiciones que se deduzcan se resolverán siguiendo los trámites del juicio verbal”.

¹⁶ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración...*, cit., pág.196.

¹⁷ El artículo 32 del CC establece que la personalidad civil se extingue por la muerte de la persona. *Ibidem*, pág.93.

muerte, cabe la posibilidad de la reaparición del declarado fallecido, con el consiguiente efecto revocatorio del fallecimiento declarado.¹⁸

El hecho de que no exista una certeza absoluta de que se haya producido la efectiva muerte, da lugar a que el artículo 196 del CC recoja una serie de medidas precautorias:

En primer lugar, los herederos no pueden disponer de los bienes a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento, hecho que no se daría en el supuesto de sucesión abierta por muerte real. En segundo lugar, en el caso de que existieran legados, los legatarios no podrán ejercer su derecho a exigir el legado hasta que transcurra dicho plazo de cinco años, excepto, por ejemplo, en caso de que existan legados en favor de instituciones de beneficencia. En último lugar, los sucesores tienen que llevar a cabo un inventario judicial o notarial de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles.

En este caso, como el declarado fallecido estaba casado, la declaración de fallecimiento produce la disolución de su matrimonio, sea cual fuere la forma de su celebración, pues así lo establece el Código Civil en su artículo 85, poniendo de manifiesto que “el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”. De este precepto se concluye que la declaración de fallecimiento disuelve el matrimonio del mismo modo que lo hace la muerte de uno de los cónyuges y el divorcio¹⁹, y que quien fue su cónyuge hasta la declaración de fallecimiento, puede volver a contraer matrimonio, sin que la reaparición del declarado fallecido afecte a su validez.²⁰

Respecto al hecho de volver a contraer matrimonio, hay que tener en cuenta que en el Código Civil se establecen una serie de requisitos para que el enlace sea válido. Así lo recoge el artículo 56 del CC estableciendo que “quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código”.

Por su parte, el artículo 46 del CC recoge claramente que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados ni tampoco los que estén ligados con vínculo matrimonial²¹. En este sentido, de lo recogido en el artículo 85 del CC, y en el caso de que se cumplan los requisitos²² recogidos dicho Código relativos a la validez del matrimonio, el existente entre María y Marcial tendría validez y eficacia jurídica.

C. Revocación de la declaración de fallecimiento:

Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, salvo prueba en contrario. De este precepto del artículo 195 CC se deduce que a partir de ese momento, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo. Sin

¹⁸ El efecto revocatorio se refiere a que es necesario que existan unas reservas sobre el destino y los efectos de la titularidad de los bienes del declarado fallecido.

¹⁹ SÁNCHEZ CALERO FJ. *Curso...., cit.*, pág. 141.

²⁰ HUALDE SÁNCHEZ, J.J., “Localización...”, en PUIG I FERRIOL, L., GETE-ALONSO Y CALERA, M., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J., *Manual...., cit.*, pág. 293.

²¹ Las personas viudas o cuyo matrimonio hubiera sido disuelto por divorcio o declarado nulo, pueden volver a contraer matrimonio. Véase LASARTE, C., *Derecho...., cit.*, págs. 45-46.

²² El artículo 47 del CC establece que “tampoco podrán contraer matrimonio entre sí los parientes en línea recta por consanguineidad o adopción, los colaterales por consanguineidad hasta el tercer grado ni los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos”.

embargo, como ya se ha dicho, cabe la posibilidad de que el declarado fallecido reaparezca, que se pruebe su existencia o que se pruebe su muerte.

Por una parte, la comprobación de la muerte del ausente supondrá el cese de las medidas precautorias establecidas en su sucesión, es decir, las enumeradas en el artículo 196 CC, o la entrega de los bienes a quienes sean sus sucesores si no coinciden con los que lo fueron en la fecha determinada en la declaración de fallecimiento²³. En conclusión, la prueba de la muerte real convierte en definitivo lo que pudiera ser provisional.

Sin embargo, en el caso de que aparezca el ausente o se compruebe su existencia, el que previamente había sido declarado fallecido, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren²⁴. Además, tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido. Por la contra, no podrá reclamar de sus sucesores las rentas, frutos o productos que hubiesen obtenido con los bienes de la sucesión; sólo podrá desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto. Así lo recoge el Código Civil en su artículo 197.

3.5.- El Registro Civil:

El auto de declaración de fallecimiento, así como el que lo deje sin efecto, (art.179.2 RRC)²⁵, se inscribirá de oficio en el Registro Civil, sirviendo de título el testimonio del auto dictado por el Juez²⁶. En este sentido, resulta aplicable el artículo 82 del RRC, pues establece que “las sentencias y resoluciones firmes son títulos suficientes para inscribir el hecho que constituyen o declaran; si contradicen hechos inscritos, deben ordenar para ser inscribibles, la rectificación correspondiente”.

Si el auto del Juez es estimatorio respecto a la revocación de la declaración de fallecimiento²⁷, debido a que se acreditó la existencia del declarado fallecido, dicho auto será ejecutivo e inapelable, de tal modo que solo se puede recurrir en el juicio declarativo correspondiente. En este sentido, el artículo 2.043 de la LEC establece que “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”.

²³ HUALDE SÁNCHEZ, J.J., “Localización...”, en PUIG I FERRIOL, L., GETE-ALONSO Y CALERA, M., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J., *Manual...*, cit., pág. 293.

²⁴ La recuperación de los bienes transmitidos se refiere a los que lo fueron a título oneroso, por lo que no debe afectar a los de título gratuito de los que haya dispuesto a partir de los cinco años de la declaración de fallecimiento. Véase SÁNCHEZ CALERO FJ. *Curso...*, cit., pág. 142.

²⁵ “En la inscripción de declaración de fallecimiento se expresará la fecha a partir de la cual se entiende ocurrida la muerte, salvo prueba en contrario. Son inscribibles las resoluciones judiciales que dejan sin efecto las declaraciones de ausencia o fallecimiento”

²⁶ El artículo 2.047 de la LEC establece que “a los efectos del artículo 198 del CC, el Juzgado remitirá al Registro Central de Ausentes todos los testimonios necesarios para hacer constar en él cuanto en dicho artículo se previene”.

²⁷ Para el caso de la revocación de la declaración de fallecimiento, no es siempre necesario el expediente de jurisdicción voluntaria, aunque es conveniente para poner de manifiesto los aspectos más interesantes y controvertidos que acompañan a este procedimiento. Véase GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración...*, cit., pág. 374.

IV. DETERMINAR LAS CARACTERÍSTICAS DEL DELITO COMETIDO POR MARÍA EN EL BARCO HACIA MANOLO. VALIDEZ DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS.

4.1.- Delito cometido por María en el barco hacia Manolo:

A. Introducción:

El artículo 25 de la CE establece que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. En este sentido, el artículo 7 del Código Penal recoge que para determinar la Ley aplicable en el tipo, la acción típica se considera cometida en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar. Sin embargo, hay que tener en cuenta que tendrá efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, tal y como establece el artículo 2.1 del CP y la disposición transitoria primera del CP. Por su parte, tal y como establece la disposición transitoria segunda del CP, “para determinar cuál es la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código”.

En este sentido, el artículo 139 del Código Penal de 1995 establece que “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 siguientes circunstancias: alevosía; precio, recompensa o promesa; o con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido”. El delito de asesinato contiene una regla especial que agrava la pena para el caso de que concurran más de una de las circunstancias previamente citadas. Así lo establece dicho Código Penal en su artículo 140, estableciendo que “cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años”.

En lo relativo a la naturaleza jurídica del asesinato, la doctrina sigue discutiendo si se trata de un mero homicidio cualificado o de un delito autónomo. Las consecuencias que produce decantarse por una u otra opción está en la participación, es decir, el hecho de que consideremos el asesinato como un delito autónomo obligará a mantener el título de imputación y que todos los partícipes respondan por el delito de asesinato, mientras que si se trata de un tipo agravado o de un homicidio cualificado, las circunstancias objetivas sólo concurrirán en los partícipes que las conozcan, de tal modo que podrá aplicarse a unos partícipes el delito de asesinato y a otros el de homicidio.²⁸ Sin embargo, lo cierto es que la diferencia entre el asesinato y el homicidio reside en que al hecho de matar a alguien se le añade la alevosía, el precio, recompensa o promesa, o el ensañamiento.

B. Circunstancias cualificativas:

Las circunstancias del asesinato son las previstas en el mencionado artículo 139 del CP, las cuales coinciden en su contenido con las del artículo 22 del CP, relativo a las circunstancias modificativas agravantes. Esto no quiere decir que puedan operar como tales, sino que su carácter es siempre de cualificadoras.²⁹

²⁸ NIETO MARTÍN A., PÉREZ CEPEDA A.I., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2007, 1ª edición, pág. 353.

²⁹ ALONSO DE ESCAMILLA, A., “Del homicidio y sus formas”, en LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho Penal Parte Especial*, Madrid, 2011, 6ª edición, pág.50.

a) *Alevosía*:

En lo tocante a la primera de las circunstancias constitutivas del delito, la alevosía aparece reflejada en el artículo 22.1º del CP como aquella circunstancia en la que 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. En este sentido, la alevosía consiste en asegurar la ejecución de la muerte evitando los riesgos de una posible defensa de la víctima, de tal modo que será alevosa la muerte causada a traición o por sorpresa, denominada alevosía proditoria, y la efectuada con medios. Lo determinante es que el autor tiene que aprovecharse de los medios de ejecución con la finalidad de impedir que la víctima se defienda.

Se trata de una circunstancia de carácter mixto (objetivo-subjetiva), pues por un lado, tiene que existir un *modus operandi*, que por los medios o formas empleados asegura el resultado y elimina el riesgo de que el agredido se defienda, y por otro lado, es necesario que el agresor haya realizado la acción conscientemente con el propósito de asegurar la ejecución y anular la defensa del ofendido, tal como establece el Tribunal Supremo en la STS 1437/2002, en su Fundamento Jurídico 1: “la alevosía, a su vez, es circunstancia agravante que puede darse en la comisión de delitos contra las personas, en la que se distinguen dos elementos que han de darse conjuntamente: uno objetivo consistente en la utilización de modos, medios o formas de ejecución que tienen la finalidad de asegurar el propósito dañoso para la integridad personal o la vida del sujeto pasivo del hecho, y otro, subjetivo, que es el elemento tendencial del agente del hecho de escoger esos medios, modos o formas de actuar no solo para asegurar el cumplimiento de sus propósitos sino también de conseguirlos evitando cualquier riesgo previo que de la autodefensa de la víctima se derivara”³⁰.

Además, en su STS 2854/1989, el Tribunal Supremo distingue tres tipos de alevosía³¹: la proditoria o traicionera, la súbita o sorpresiva y la alevosía por desvalimiento o aprovechando una situación de indefensión. Así lo declara estableciendo que la primera “singularizada por el acecho o el apostamiento, por la emboscada, trampa o celada; la súbita o ex improvisu, en la que el agente acomete a la víctima de un modo inesperado, inopinado, repentino y sorpresivo, hallándose dicha víctima, totalmente inermes y desprevenida, pues nada le permitía presagiar o vaticinar el desencadenamiento repentino de un ataque contra su vida o contra su integridad personal; y finalmente la perpetrada con aprovechamiento del especial desvalimiento o desamparo del ofendido, el cual es un niño de corta edad, un anciano valetudinario (...)”³². Respecto a la alevosía súbita o sorpresiva, que es la que se lleva a cabo en este caso, se caracteriza porque tiene lugar de forma repentina e inesperada, de tal modo que no le permite a la víctima reaccionar ni evitar el golpe, independientemente de que esté la víctima de espaldas o de frente³³. De

³⁰ STS 1437/2002 de 13 de septiembre, FJ 1.

³¹ STS 2854/1989 de 8 de mayo, FJ 4.

³² Existen discrepancias acerca de si la alevosía por desvalimiento implica un asesinato por la concurrencia de la alevosía, o si estamos ante un homicidio con la concurrencia de la agravante genérica de abuso de superioridad. En la actualidad, la doctrina mayoritaria de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por calificar el hecho como asesinato debido a que concurre alevosía. Véase MORALES PRATS, F., “Del homicidio y sus penas”, en MORALES PRATS, F. (Coord), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Navarra, 2008, 7ª edición, pág.45.

³³ ARIAS EIBE, M.J., “La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*:”, 2005, núm. 07-03, pág. 15, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-03.pdf>.

manera frecuente se caracteriza porque el agresor no se oculta físicamente, pero tampoco deja ver sus intenciones hasta el momento en que comete la acción, concurriendo un lapso de tiempo escaso entre el pensamiento concreto y la ejecución, de tal modo que, al estar la víctima totalmente desprevenida, no se espera dicha agresión a su integridad corporal y, por tanto, impide cualquier intento de defensa por parte de la misma. De este modo, se entiende que la alevosía puede aparecer en cualquier momento de la ejecución del hecho.

En esta línea, la STS 640/2008 recoge en su FJ 2 que “la reciente S.T.S. número 550/08, retomando precedentes anteriores de nuestra Jurisprudencia que cita profusamente, expone que para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como la facilidad que ello supone, refiriéndose a la indefensión sobrevenida, que se produce en ciertos casos aun cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanude aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima. Es decir, según la Jurisprudencia, la alevosía sobrevenida surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta a la anteriormente realizada”³⁴

La opinión mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia considera que la alevosía incrementa la gravedad del injusto. Esto se debe a que la alevosía, ligada a la acción de dar muerte a una persona, comporta un mayor desvalor de la acción, porque el empleo de determinados medios, formas o modos tendentes a asegurar la ejecución del delito y evitar cualquier posible defensa por parte de la víctima, dan lugar a una mayor peligrosidad objetiva de la acción para el bien jurídico, que es la vida.³⁵

Además, la alevosía absorbe las agravantes de disfraz y abuso de confianza y superioridad, pero esto no quiere decir que siempre que se den estas agravantes se dé también la alevosía, sino todo lo contrario, pues siempre que se aprecie alevosía, no podrá apreciarse a la vez otras agravantes similares.³⁶

b) Precio, recompensa o promesa:

La segunda de las circunstancias constitutivas del delito de asesinato es el precio, recompensa o promesa, que se corresponde con la número 3 del artículo 22 del CP de las agravantes específicas. Hay que tener en cuenta que la única variación radica en la utilización de la preposición “por” en lugar de la expresión “mediante”, acentuándose así el carácter motivador de esta circunstancia. De este modo, no es suficiente por sí sola la mera concurrencia de un precio, recompensa o promesa en la ejecución, es decir, tiene que haber una entrega u ofrecimiento de la retribución que motive llevar a cabo el delito. Esto implica que no se puede apreciar esta circunstancia cuando el autor material del hecho delictivo ya iba a ejecutar dicho hecho con anterioridad al ofrecimiento.

Esta circunstancia es compatible con el resto de las del asesinato pero requiere la intervención de al menos dos personas. Una de ellas es el inductor, que es quien ofrece el

³⁴ STS 640/2008 de 8 de octubre, FJ 2.

³⁵ MORALES PRATS, F., “Del homicidio.”, en MORALES PRATS, F. (Coord), *Comentarios...*, cit., pág.52.

³⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2013, 19ª edición, pág. 49.

precio, recompensa o promesa, y otra el autor³⁷, que es el que actúa por tal oferta, por lo que, según la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, la circunstancia debe aplicarse a ambas personas.³⁸ Para que ello sea sí, el acuerdo sobre el precio tiene que haber tenido lugar con anterioridad a la comisión del delito y que el autor acepte la proposición del inductor.

c) *Ensañamiento:*

La última de las circunstancias recogidas en el artículo 139 CP es el ensañamiento, que consiste en aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. Hay que tener en cuenta que el aumento de los padecimientos tiene que haber sido buscado de forma intencionada y con crueldad. El dolor al que se refiere el Código Penal podrá ser físico o psíquico, debiendo prolongar la agonía de la víctima de tal modo que deberá llevarse a cabo antes de la muerte y no después.³⁹

El fundamento material del ensañamiento es el incremento de contenido de lo injusto, concretado en un aumento del desvalor de resultado. Sin embargo, la producción del dolor ha de ser innecesaria, pues no concurrirá ensañamiento cuando el autor actúe con la finalidad de asegurar la ejecución.⁴⁰

Esta circunstancia del asesinato es compatible con la de alevosía y con la de precio. Por su parte, las circunstancias de alevosía y ensañamiento constituyen medios de ejecución delictiva: la alevosía asegurando sin riesgo la ejecución y el ensañamiento aumentando el dolor. Actualmente, ninguna de las circunstancias del asesinato puede ser considerada como circunstancias genéricas agravantes, manteniendo así su carácter de cualificantes⁴¹, pues las circunstancias del artículo 139 CP son elementos típicos y no circunstancias agravantes del artículo 22 CP, por lo que no siguen el régimen establecido en el artículo 66 CP.

Como se trata de un delito de resultado, cabe la tentativa acabada e inacabada, por lo que el autor de los hechos puede realizar las circunstancias pertenecientes a la antijuridicidad de manera parcial.

C. Dolo:

El artículo 5 del CP establece que no hay pena sin dolo o imprudencia. El dolo es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito⁴². Consta de un elemento intelectual y de otro volitivo. El primero de ellos requiere que el sujeto activo sea consciente de su acción u omisión, de tal modo que el hecho de que conozca o no la ilicitud de su conducta, no afecta a la tipicidad del hecho. Por su parte, el dolo volitivo, consiste en la voluntad de realizar algo que el autor cree que puede realizar.

³⁷ El precio, recompensa o promesa debe consistir en contraprestaciones de naturaleza económica, por lo que la agravación resulta de intentar conseguir un beneficio económico de la realización del delito. Véase ALONSO DE ESCAMILLA, A., "Del homicidio...", en LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho...*, cit., pág.53.

³⁸ NIETO MARTÍN A., PÉREZ CEPEDA A.I., *Comentarios...*, cit., pág. 354.

³⁹ ALONSO DE ESCAMILLA, A., "Del homicidio...", en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Derecho...*, cit., pág.53.

⁴⁰ El agresor ha de ser consciente de que el dolor que causa es innecesario.

⁴¹ ALONSO DE ESCAMILLA, A., "Del homicidio...", en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Derecho...*, cit., pág.54.

⁴² MÚÑOZ CONDE, F., *Derecho...*, cit., pág. 267.

Hay que diferenciar, además, los diversos tipos de dolo, pues por un lado tenemos el dolo directo, en el que el autor quiere realizar precisamente el resultado; por otro lado el dolo indirecto, en el que el resultado es una consecuencia necesaria de lo querido, a pesar de que la finalidad del sujeto no es producir el resultado, y finalmente el dolo eventual, que implica la representación como probable de un resultado vinculado a una acción u omisión, que no se quiere producir, pero que pese a ello el sujeto sigue actuando a pesar del riesgo que pueda producir.⁴³ En este caso estaríamos ante un dolo intelectual y directo.

D. Arrebato, obcecación u otro estado pasional:

En el artículo 21 del Código Penal se regulan las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, entre las que se encuentra, en su apartado 3º, la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

En lo tocante a la atenuante de arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante, es necesario que se produzca unos estímulos y una incitación que afecte a las facultades intelectivas y volitivas del sujeto, que le impulsan a actuar.⁴⁴

En la obcecación, el sujeto, el cual está sometido a una situación de incitación personal de aparición más lenta, pero de mayor duración que si se tratase de un arrebato, sufre un estado de ceguera y ofuscación a causa de un estímulo poderoso.⁴⁵ Lo característico de la obcecación es que su fundamento reside en una pasión determinada, que se va incrementando a lo largo del tiempo en la mente de la persona, llegando a obsesionarla hasta generar una disminución en la inteligencia o en la voluntad.⁴⁶

El Tribunal Supremo la define como una “situación pasional duradera de ofuscación o turbación del ánimo, oscurecedora de las capacidades intelectivas y volitivas del agente que resultan por ello mermadas”⁴⁷.

La Jurisprudencia señala una serie de requisitos para apreciar la atenuante de arrebato, obcecación u otro estado pasional, que son: la existencia de factores estimulantes que produzcan alteraciones psíquicas en el sujeto que los recibe, que los estímulos sean reales, que tales anomalías se concreten en un estado de arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante, que haya una relación de causalidad entre los estímulos y el resultado de la alteración anímica, que las causas desencadenantes del estado pasional provengan de acciones o comportamientos de la víctima, que los estímulos no surjan de una riña mutuamente aceptada, que los estímulos no tengan carácter abyecto y que exista una conexión temporal razonable entre los estímulos y sus efectos.⁴⁸ Así lo recoge la STS 2232/1992 en su Fundamento Jurídico 4, estableciendo que “tal atenuante exige dos requisitos, uno de carácter objetivo, "causas o estímulo poderosos" y otro subjetivo, "arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante", ligados entre sí en relación de causa a efecto, lo que, a su vez, precisa dos exigencias, la inmediatez y la

⁴³ RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal. Comentado y con Jurisprudencia*, Madrid, 2005, 1ª edición, 174.

⁴⁴ ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad...*, cit., pág. 218.

⁴⁵ El lapso de tiempo que transcurre entre los estímulos y la reacción de arrebato u obcecación debe ser escaso, de tal modo no puede existir una desconexión temporal que impida apreciar dicha atenuante, pues en tal caso estaríamos más cerca de una reacción producto de la venganza.

⁴⁶ ALONSO FERNÁNDEZ J.A., *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad. Análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebato u obcecación*, Barcelona, 1999, 1ª edición, pág.42.

⁴⁷ STS 597/1998 de 21 de abril, FJ 2.

⁴⁸ ALONSO FERNÁNDEZ J.A., *Los estados...*, cit., pág.75

intensidad de la causa (o cierta proporcionalidad entre el estímulo y la entidad de la infracción penal a la que la atenuante se pretende aplicar), pues el transcurso de un tiempo excesivo impide su apreciación, como también el que ante un motivo nimio se reaccione de modo desmesurado”⁴⁹.

Además, la doctrina jurisprudencial también considera que no se cumple el requisito de proporcionalidad cuando la conducta del sujeto se debe a estímulos ocasionados por la decisión de ruptura de las relaciones amorosas o de las relaciones sentimentales por parte de la víctima, pues considera que no tiene la relevancia suficiente como para ocasionar un estado pasional. Así lo establece el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en su STS 854/1996: “tampoco es posible tomar en consideración la propuesta de la Defensa de apreciar la concurrencia del arrebató (art. 9.8ª CP.). En efecto, es claro que el arrebató no puede ser una circunstancia atenuante cuando la reacción de la víctima es consecuencia de la conducta anterior del autor. En este caso el Tribunal a quo ha comprobado que el deseo de la víctima de terminar la vida en común con el acusado es consecuencia de las agresiones físicas sufridas por ésta a lo largo de 28 años de matrimonio. Es indudable que en tales circunstancias no cabe pensar en una disminución del reproche que cabe al autor, pues tal atenuación sólo será atendible cuando se base en un "justo dolor" y no simplemente en el dolor que la actitud de su mujer, de separarse para evitar los malos tratos, pudo haberle producido al acusado, toda vez que la separación constituye una reacción defensiva de la víctima frente a la conducta del cónyuge”⁵⁰.

En este sentido, no sería aplicable la atenuante de obcecación en el presente caso.

E. Circunstancia mixta de parentesco:

El artículo 23 del Código Penal establece que la circunstancia mixta de parentesco “es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

La circunstancia mixta de parentesco, con carácter general, actúa como agravante en los delitos dolosos contra las personas y como atenuante en los delitos contra el patrimonio.⁵¹ En este sentido, así lo establece la STS 1165/2002⁵² en su Fundamento Jurídico 2, disponiendo que “este Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 del C. Penal) declarando que, como regla general, opera como agravante "en los delitos que tienen un contenido de carácter personal" (v. sª de 6 de julio de 1992), y que su aplicación demanda "no sólo la concurrencia del vínculo parental, sino también de la afectividad" (v. sª de 30 de abril de 1930), por lo que no deberá apreciarse "cuando, aun no habiéndose disuelto legalmente el vínculo, la relación matrimonial está efectiva y manifiestamente destruida”.

Además, es necesario que no transcurra un largo tiempo de separación efectiva o una cierta irreversibilidad en la ruptura de la relación para poder aplicar dicha circunstancia modificativa.⁵³ En conclusión, cabe decir que la circunstancia mixta de parentesco es

⁴⁹ STS 2232/1992 de 22 de octubre, FJ 4.

⁵⁰ STS 854/1996 de 16 de noviembre, FJ 2.

⁵¹ ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad...*, cit., pág. 192.

⁵² STS 1165/2002 de 17 de junio, FJ 2.

⁵³ STS 1457/2002 de 9 de septiembre, FJ 9 “el que no haya existido proceso ante algún juzgado para tal separación no puede servir de obstáculo para la eliminación de la circunstancia mixta de parentesco cuando

apreciable en el presente caso basándose, entre otras sentencias, en la STS 792/2011, en la que se le aplica al marido la circunstancia mixta de parentesco a causa de atentar contra la vida de su mujer dado que ella decide acabar con la relación, ordenándole abandonar el domicilio.⁵⁴

F. Tentativa:

El artículo 15.1 del CP establece que “son punibles el delito consumado y la tentativa de delito. Por su parte, el artículo 16 del CP define la tentativa del siguiente modo: “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 independiente a la voluntad del autor”.⁵⁵ Así se recoge, pues, en la STS 85/2009, al establecer, en lo relativo a la tentativa, que “hubo una acción idónea para producir la muerte, realizada sobre una persona reducida previamente a una situación de total inermidad; y ese resultado, finalmente, no se produjo por la interferencia de una causa ajena a la voluntad de la autora”.⁵⁶

La tentativa puede ser acabada, es decir, el sujeto realiza todos los actos de ejecución que deberían producir el resultado; o inacabada, cuando el sujeto sólo realiza una parte de los actos de ejecución. Según reiterada jurisprudencia, en el caso en que estemos ante una tentativa acabada, la pena se baja en un grado; y cuando se trate de una tentativa inacabada, en dos.⁵⁷ Tal y como recoge la STS 522/2007, “tal diferencia de pena se justifica porque en la inacabada se intenta el injusto, pero en la acabada se ha podido decir que se realiza el injusto (como en el consumado), aunque el resultado no se produzca”⁵⁸.

En el caso que se nos ocupa, a María se le imputaría, en este sentido, un delito de asesinato en grado de tentativa.

4.2.- Validez de las escuchas telefónicas:

A. Introducción:

El artículo 579 de la LECrim establece que “el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”.

Por su parte, el artículo 18.3 CE garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. De este modo, la intervención telefónica supone una injerencia en el ámbito propio de dicho Derecho Fundamental. Además, el artículo 8 del CEDH recoge el derecho a la vida

realmente el vínculo está roto, repetimos, por un efectivo cese de relaciones por tiempo razonablemente suficiente al respecto”.

⁵⁴ STS 792/2011 de 8 de julio, FJ 2.

⁵⁵ La tentativa sólo será posible en los delitos dolosos, no en los delitos imprudentes.

⁵⁶ STS 85/2009 de 6 de febrero, FJ 3.

⁵⁷ NIETO MARTÍN A., PÉREZ CEPEDA A.I., *Comentarios...*, cit., pág. 106.

⁵⁸ STS 522/2007 de 2 de noviembre, FJ 11.

privada y a la familiar, en el que se establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Con carácter general, no han existido normas que regulen la intervención de las comunicaciones telefónicas, por lo que la jurisprudencia ha ido estableciendo los requisitos que toda intervención telefónica necesita para ser válida.

En primer lugar, la STS 3061/1994 establece una definición de las intervenciones telefónicas, recogiendo que “las intervenciones telefónicas implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso de determinados elementos probatorios”⁵⁹.

En lo relativo a la naturaleza jurídica de las intervenciones telefónicas, en la STS 511/1999 se recoge que “la intervención telefónica puede tener una doble naturaleza en el proceso penal. Puede servir de fuente o de investigación de delitos, orientando la encuesta policial, o puede ella misma utilizarse como medio de prueba, en cuyo caso ha de reunir las condiciones de certeza y credibilidad que sólo queda garantizado en el respeto a las leyes procesales, siendo especialmente importante el proceso de introducción de las intervenciones en la causa penal y su conversión en prueba de cargo”⁶⁰.

B. Requisitos

Respecto a los requisitos necesarios que han de concurrir para que una intervención telefónica sea válida, hay que distinguir aquellos que vienen determinados por la legalidad constitucional y los de legalidad ordinaria. Por un lado, la vulneración de los requisitos relativos a la legalidad constitucional supone la violación del artículo 18.3 de la CE, provocando la nulidad de las intervenciones telefónicas. Por otro lado, la vulneración de los requisitos de la legalidad ordinaria se refiere a la corrección que se practica en dicho medio de prueba.⁶¹ De este modo, los requisitos que se exigen para la legitimidad de las intervenciones telefónicas son:

- **Resolución judicial motivada:** el auto que acuerde las escuchas telefónicas tiene que estar fundado en datos objetivos para la comisión de una infracción punible cuyo teléfono va a ser objeto de la intervención. Dicha motivación⁶² permite el conocimiento y el control de los presupuestos necesarios para su adopción, pues exige que se hagan

⁵⁹ STS 3061/1994 de 31 de octubre, FJ 1.

⁶⁰ STS 511/1999 de 24 de marzo, FJ 1.

⁶¹ TORRES MORATO, M.Á., *La prueba ilícita penal*, Navarra, 2010, 5ª edición, pág. 345.

⁶² STS 4904/1995 de 6 de octubre, establece en su FJ 1 que “el primer motivo se basa en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para denunciar la vulneración del artículo 18.3 de la Constitución Española en relación con el artículo 11.1 de la citada Ley Orgánica. Sustancialmente se aduce, junto a otras irregularidades, la ausencia de motivación en la resolución que intervino los dos teléfonos que se indican”.

constar expresamente los fines a los que se dirige la medida, los indicios que la justifican y las razones que demuestran su necesidad.

El requisito de la motivación de la resolución judicial se considera cumplido mediante la remisión por parte de ésta a la petición policial, si la solicitud de la policía contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias mínimas para llevar a cabo posteriormente la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que conlleva la proporcionalidad de la medida, dado que el Tribunal Constitucional destacó, con carácter general, que la inexistencia de motivación de una resolución que afecta a los Derechos Fundamentales vulnera el artículo 24.1 de la CE.⁶³

La exigencia de motivación viene establecida expresamente para las sentencias, en el artículo 120.3 de la CE, que establece que las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública; y para los autos en el artículo 248.2 de la LOPJ, que recoge que “los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten”.

En la STS 929/2005 se establece que las resoluciones judiciales en las que se autorizan intervenciones telefónicas, no se notifican a la parte interesada hasta el momento en que la misma puede personarse con todas las facultades en las actuaciones, en cuyo momento se le pone de manifiesto todo lo relativo a las actuaciones llevadas a cabo⁶⁴. Lo importante es que existan elementos de juicio suficientes para poder fundamentar la restricción de los correspondientes derechos, y que la resolución responda a los antecedentes obrantes en la causa.

Sin embargo, la motivación de la resolución judicial no abarca sólo el acto inicial de la intervención, sino también las sucesivas prórrogas, cuya fundamentación ha de estar igualmente motivada.

Para acordar la prórroga, es necesario que el Juez conozca el estado de la investigación, pero, sin embargo, no es necesario que haya procedido personalmente a escuchar el contenido de las cintas grabadas⁶⁵, pudiendo valerse de los datos que hayan sido aportados de la investigación, así como de las transcripciones efectuadas y entregadas al Juzgado, para resolver sobre la petición de continuación de la intervención solicitada por la policía.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido cuáles son los tres elementos que integran el contenido de la motivación de la resolución judicial, que son: la existencia de un hecho constitutivo de delito, quienes pueden ser sus autores y cuál es la fuente de conocimiento. En este sentido, la STS 160/2007 dispuso en su Fundamento Jurídico 1º que la medida de intervención telefónica debe precisar los hechos que se están

⁶³ TORRES MORATO, M.A., *La prueba...*, cit., pág. 346

⁶⁴ STS 929/2005 de 12 de julio de 2005, FJ 2: “las resoluciones judiciales en las que se autorizan las intervenciones telefónicas no se notifican a la parte interesada hasta el momento en que la misma puede personarse en las actuaciones con plenitud de facultades, en cuyo momento se le pone de manifiesto la totalidad de lo actuado”.

⁶⁵ SEOANE SPIELBERG, J.L., “Intervenciones telefónicas”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN A.J., FERREIRO BAAMONDE X.X., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., SEOANE SPIEGELBERG J.L., *Derecho Procesal Penal*, Navarra, 2014, 3ª edición, pág.390.

investigando, identificar a la persona sospechosa, y vincularla con las líneas telefónicas que se pretenden intervenir⁶⁶.

Además, es necesario que se acuerde en un procedimiento penal en curso, pues la jurisprudencia ha establecido que si la intervención telefónica se adoptó en las diligencias indeterminadas se estaría ante una mera irregularidad procesal, por lo que para que la intervención sea eficaz, es necesario que el Juez acuerde su incoación, para comprobar un delito, en virtud de una resolución motivada, y de este modo se conviertan en diligencias previas notificando posteriormente al Ministerio Fiscal sobre dicha intervención para que controle la legalidad.

- **Proporcionalidad de la medida:** el principio de proporcionalidad, como elemento imprescindible en toda resolución que afecte a los derechos reconocidos en el artículo 18.3 de la CE, está unánimemente reconocido en numerosas resoluciones del Tribunal Supremo, siendo un ejemplo de ello, el Auto del TS de 18 de junio de 1992⁶⁷. Si el Juez no observa el requisito de proporcionalidad en el auto que acuerde intervención telefónica, se habrá producido una invasión ilegítima del derecho al secreto de las comunicaciones.⁶⁸ Además, hay que tener en cuenta que la intervención telefónica ha de ser necesaria, idónea e imprescindible para la investigación de los hechos, no siendo suficiente con que sea beneficiosa.

- **Temporalidad:** La medida de intervención telefónica no puede ser indefinida, dado que afecta a un derecho fundamental, que es el secreto de las comunicaciones. De este modo, el mencionado artículo 579.3 de la LECrim establece que “el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”.

En este sentido, a pesar de que el apartado 2º del citado artículo no señala ningún plazo, se le aplica igualmente el plazo fijado en el artículo 579.3. Sin embargo, y pese a ello, dicho plazo tiene que establecerse en relación con los artículos 118 y 302 de la LECrim, dado que la intervención telefónica no tendrá sentido si no se ha declarado secreto de sumario, el cual tiene un plazo de vigencia de un mes, sin perjuicio de su posible prórroga. Así lo recoge la STS 1090/2005 en su FJ 13, de tal modo que “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 de la LECrim, la incoación o la existencia del procedimiento debería ser comunicada inmediatamente a los imputados, salvo que se acordara el secreto de las comunicaciones. Sin embargo, la propia naturaleza de la intervención telefónica implica que no pueda ser comunicada su existencia al sospechoso, pues de ser así carecería de toda utilidad, por lo que hemos de entender que el acuerdo de

⁶⁶ STS 160/2007 de 27 de febrero, FJ 1: “La exigencia de intervención de un Juez, como expresión de una atribución exclusiva, se ha entendido en el sentido de que la resolución en la que se acuerde la restricción del mencionado derecho al secreto debe acordarse en el marco de un procedimiento penal, debe revestir la forma de Auto y, en consecuencia, debe estar suficientemente motivada, de manera que de ella resulte la justificación de la medida, previa la ponderación de las razones existentes para acordarla”.

⁶⁷ “impidiendo cualquier conocimiento no deseado ni deseable de aquellas conversaciones ajenas al propósito de la interceptación y haga cesar de manera inmediata dicha intervención cuando no interese a los fines legítimos de la averiguación de un delito grave, cuya gravedad ha de ser siempre proporcional a la invasión de la intimidad, en principio intolerable, de las vidas privadas”.

⁶⁸ TORRES MORATO, M.A., *La prueba.*, cit., pág. 357.

no proceder a la notificación, es decir, de mantener las actuaciones en secreto para el imputado, está materialmente implícito en el auto que acuerda la intervención”⁶⁹.

Además, respecto a la duración temporal de las intervenciones telefónicas, la STS 4519/1993, en su FJ 1, establece que “la medida de interceptación de las comunicaciones telefónicas tiene necesariamente una limitación temporal y no puede extenderse de una manera ilimitada o desproporcionada. Si después de un período de escucha no se obtienen resultados favorables para la investigación en marcha, el órgano judicial responsable de la medida debe ponderar todas las circunstancias concurrentes antes de autorizar una prórroga de la intervención telefónica. Si después de un período razonable no se obtienen resultados positivos se debe suspender la medida por no cumplir los fines para los que se concedió. No es posible una prórroga automática e indefinida”⁷⁰.

Es necesario, pues, que se fije un período temporal determinado en la intervención telefónica, así como en los controles judiciales durante su ejecución, pues el control judicial implica una supervisión procesal para saber si hay razones para continuar con la medida y también la selección de aquellas conversaciones que sean útiles a modo de prueba.⁷¹

- **Existencia de indicios delictivos:** la existencia de indicios delictivos es uno de los pocos requisitos que se exigen expresamente en el artículo 579 de la LECrim para adoptar la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones⁷². El término “indicio” se equiparó al de “sospecha fundada”, y una de las primeras resoluciones en el que aparece es en el ya citado Auto del TS de 18 de junio de 1992, en el que se expuso que las pruebas obtenidas a través de las intervenciones telefónicas eran nulas por concurrir múltiples irregularidades en el proceso de adopción de tales medidas de intervención telefónica, entre ellas la no exteriorización de los indicios delictivos en la autorización judicial, así como la falta de motivación en la resolución judicial, una ausencia de control judicial y una evidente desproporción entre las medidas, entre otros. Se establece en dicho Auto que los indicios racionales de criminalidad son indicaciones o señas que, apreciados judicialmente, permiten descubrir, sin la seguridad de la plenitud probatoria, pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho objeto de investigación a través de la interceptación telefónica, siendo obligación del juez exteriorizar cuál es el indicio o los indicios porque, si no lo hace, de nada valdría la exigencia legal de su existencia que ha de producirse antes de la decisión y no después.

Por su parte, la ya citada STS 4519/1993, establece que “no se puede autorizar la inmisión en un derecho fundamental con una resolución colgada del vacío y sin un soporte firme en un procedimiento penal que corresponde posteriormente desarrollar al Juez que autoriza la interceptación de las comunicaciones telefónicas (...). Para tomar una decisión de esta naturaleza es necesario que el Juez actúe en función de una serie de datos que revelen de manera suficiente la existencia de indicios fundamentados y contrastados que a primera vista justifican la adopción de medidas excepcionales que invaden la intimidad de la persona, (...)”⁷³.

⁶⁹ STS 1090/2005 de 15 de septiembre, FJ 13.

⁷⁰ STS 4519/1993 de 25 de junio, FJ 1.

⁷¹ Se eliminan las conversaciones que no estén relacionadas con los hechos investigados. Véase: SEOANE SPIELBERG, J.L., “Intervenciones...”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN A.J., FERREIRO BAAMONDE X.X., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., SEOANE SPIEGELBERG J.L., *Derecho...*, cit., pág.386.

⁷² *Ibidem*, pág.385.

⁷³ STS 4519/1993 de 25 de junio, FJ 1.

- **Necesidad de la medida:** las intervenciones telefónicas tienen que tener una finalidad probatoria, es decir, tienen que estar encaminadas a descubrir el delito concreto que es objeto de la causa criminal, de tal modo que no habrá lugar a aquellas intervenciones telefónicas que pretendan descubrir de manera general actos delictivos, pues así lo establece el ATS de 18 de junio de 1992. Lo que se pretende es que la investigación produzca el menor daño posible a las personas sobre las que recaen indicios de que ha cometido un delito. En ese sentido, la ya citada STS 4519/1993, establece que la resolución judicial que acuerde la medida debe argumentar sobre su necesidad por no existir otro medio de investigación menos lesivo, además de que la intervención telefónica ha de ser útil para descubrir o comprobar algún hecho delictivo.

El principio de necesidad aparece recogido en el artículo 8.2 del CEDH, en el que se establece que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

- **Control judicial:** el control judicial de la ejecución de la medida aparece regulado en el artículo 18.3 de la CE. Dicho control no implica la necesidad de que el Juez escuche personalmente las cintas, sino que basta con que cuente con la información imprescindible de los resultados obtenidos de las intervenciones telefónicas⁷⁴.

Hay que tener en cuenta que ese control judicial puede implicar la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en el caso de que no se fije una duración temporal, cuando se produzcan incumplimientos por parte de la policía, cuando se cese la intervención telefónica y no se conozcan los resultados obtenidos, etc⁷⁵. Sin embargo, no constituiría vulneración del dicho derecho del artículo 18.3 CE cuando se produzcan irregularidades en el control judicial, pero después de que se hayan obtenido los resultados de las intervenciones telefónicas, pues solo se ve peligrado el derecho al secreto de las comunicaciones durante la ejecución de la medida y no cuando se incorporan los resultados al sumario.⁷⁶

- **Principio de especialidad:** en toda intervención telefónica se exige la concreción del delito por el que se autoriza dicha medida, sin que se pueda investigar acciones criminales distintas. En el caso de que surjan nuevos hechos no previstos en la petición policial de la medida, es necesario obtener una nueva licencia judicial de escucha. Además, dicho principio sólo se vulnera cuando, del resultado de las intervenciones, sólo se constatan indicios de un delito distinto, pero no cuando exista una adición o suma

⁷⁴ STS 1213/2004 de 28 de octubre, FJ 1: “el aludido “control” de la práctica de las intervenciones por la autoridad judicial no exige la necesaria audición personal de las cintas que, no lo olvidemos, se encuentran a su disposición, sino que, al margen de que no cabe presumir que esa audición no se hubiera producido, basta con que, antes de las decisiones posteriores a propósito de la evolución de la injerencia, el Juez cuente con la imprescindible información acerca de los resultados previamente obtenidos, lo que, en este caso, sin duda, se produjo mediante la aportación de transcripciones e informes en apoyo de las nuevas solicitudes de autorización”.

⁷⁵ STS 924/2009 de 7 de octubre, FJ 1.

⁷⁶ SEOANE SPIEFELBERG, J.L., “Intervenciones...”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN A.J., FERREIRO BAAMONDE X.X., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., SEOANE SPIEGELBERG J.L., *Derecho...*, cit., pág.392.

porque, aparte de las conversaciones sobre los hechos investigados, se produzcan otras sobre delitos diferentes⁷⁷.

En la sentencia STS 3/1995, el Tribunal Supremo declaró nula la intervención telefónica porque el Juez no especificó los hechos que se estaban investigando ni el delito del que se trataba: “se produjo así una inadmisibles autorización generalizada a la búsqueda de cualquier hecho delictivo que pudiera cometerse por la persona cuyo teléfono se pretendía someter a la intervención, sin la expresión de la existencia de indicio alguno sobre la realidad del delito y la participación en él del titular del teléfono y sin que, al autorizarse la intervención, se ofrecieran razones concretas y razonamientos que amparan judicialmente la intervención que se autorizó”⁷⁸. En conclusión, en el caso de que se autorizase la intervención para un determinado delito y se investiga otro sin conocimiento del Juez, se infringiría el artículo 18.3 de la CE.

Además, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia ha establecido una serie de casos en los que es posible establecer la intervención telefónica. A este respecto, el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 establece que la intervención telefónica no es posible en cualquier tipo de infracción penal, sino que tiene que tratarse de un delito grave o que suponga un importante deterioro en la convivencia social. La exigencia del principio de especialidad ya se reconoció en la Sentencia del TEDH de 24 de abril de 1990, al afirmar que ley interna debe precisar los supuestos concretos en los que se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones.

C. Hallazgos casuales:

a) *Definición:*

En lo tocante a los hallazgos casuales o fortuitos, se pueden definir como aquellos conocimientos, adquiridos a través de una intervención telefónica ordenada bajo la observancia de las garantías constitucional y legalmente establecida, cuya información obtenida no se corresponde con el fin de la medida o afecta a personas frente a las cuales no se ha ordenado ninguna intervención telefónica⁷⁹.

b) *Jurisprudencia:*

La STS de 11 de octubre de 1994 establece que no puede renunciarse a investigar la sospecha que se descubrió de manera incidental en una intervención encaminada a otra finalidad, por lo que se hace necesario la obtención de una autorización judicial específica o una investigación diferente.⁸⁰ La STS 792/1997 establece el mismo concepto,

⁷⁷ STS 4799/1993 de 2 de julio, FJ único: “el importante o insubsanable defecto de haberse extendido no sólo al delito investigado -robo-, sino a otro delito -tráfico de drogas- sin una intervención judicial intercedente -previa suspensión de la diligencia con las medidas cautelares adecuadas- que resolviera la procedencia de extender el registro a los nuevos hechos, en el supuesto -valorable por el Juzgado- de que el principio de proporcionalidad cubriera la intromisión en el domicilio del acusado de acuerdo con lo prevenido en el artículo 8º del Convenio Europeo de los Derechos Humanos”.

⁷⁸ STS 3/1995 de 12 de enero, FJ 4.

⁷⁹ Hay que tener en cuenta que la reforma de la LECrim en diciembre de 2015 introdujo la regulación relativa a la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales, estableciendo que “La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce”.

⁸⁰ TORRES MORATO, M.A., *La prueba...*, cit., pág. 390.

añadiendo que “otra cosa significaría la impunidad de un grave asesinato que se descubriera en un domicilio registrado para descubrir estupefacientes para el tráfico o acreditar productos de recepción”⁸¹. Por su parte, en la STS 545/1998, se establece que “concedida la autorización de las escuchas para la averiguación de un determinado hecho delictivo, no cabe que a través de la intervención se investiguen acciones criminales distintas, por lo que, de surgir nuevos hechos, no previstos en la solicitud policial inicial, deberá extenderse la licencia judicial de escucha a los mismos de un modo formal”⁸².

De este modo, de la jurisprudencia se concluye que para que dichos hallazgos casuales puedan ser perseguidos, el Juez debe controlar la ampliación del objeto inicial investigado, para que, de este modo, haya una cobertura suficiente para la persecución de los nuevos hechos delictivos.⁸³ Hay que tener en cuenta que en el Auto del TS del 18 de junio de 1992 se rechazó como prueba las conversaciones telefónicas grabadas dado que la autorización judicial se había pedido para investigar un delito pero que finalmente se les acusaba de otro.

En la STEDH del 24 de abril de 1990, se analizaba una intervención telefónica ordenada por el Juez de instrucción en un proceso distinto, por lo que se estimó que las escuchas suponían una vulneración del artículo 8.2 CEDH. Por su parte, en la STS 1898/2000 se recoge una doble posibilidad en el sentido de otorgarle validez probatoria a los hallazgos casuales, pues por un lado puede servir de prueba en otro juicio o permitir la continuación o el inicio de una nueva línea de investigación sobre dicho hallazgo, siempre y cuando exista la correspondiente autorización judicial ampliatoria para ese fin⁸⁴. Además, en la STS 229/2002 se concluye que “aquellas pruebas casualmente descubiertas en una investigación judicial no carecen de valor cuando han sido halladas por medio de diligencias procesales legalmente admisibles para la investigación del delito de que se trate”⁸⁵.

⁸¹ STS 792/1997 de 30 de mayo, FJ 1.

⁸² STS 545/ 1998 de 13 de enero de 1999, FJ 2.

⁸³ TORRES MORATO, M.A., *La prueba...*, *cit.*, pág. 390.

⁸⁴ STS 1898/2000 de 12 de diciembre, FJ único: “La decisión del Juez de Instrucción tomada sobre la base de éstos y de otros antecedentes que constan en el oficio de la Dirección de la Policía cumplen con las exigencias que esta Sala ha establecido para considerar suficientemente motivado un auto de autorización de interceptación de las comunicaciones telefónicas, dado que son elementos que, según la experiencia criminalística, permiten sostener la sospecha de la comisión de un hecho punible. Por lo demás, es claro que el hallazgo casual de la prueba en la causa seguida por el Grupo de Estupefacientes podía ser utilizado como prueba en el presente proceso, dado que el Juez de Instrucción hubiera estado autorizado legalmente a obtenerla por esta vía y que la LECr. no prohíbe tal utilización”.

⁸⁵ STS 229/2002 de 18 de febrero, FJ 3.

V. 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

5.1.- Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo de Marcial:

A. Introducción:

La Constitución Española establece en su artículo 15 el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

En los últimos años se han producido en el derecho español avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género, siendo la violencia de género uno de los ámbitos del Derecho penal que más reformas ha tenido en los últimos años, incluso tras la aprobación del Código Penal de 1995.⁸⁶

La Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 22 de julio, fue elaborada demasiado de prisa, desde presupuestos ideológicos radicales que no siempre son respetuosos con la igualdad constitucional o con los presupuestos de la pena o sus funciones que en dicho texto se establece. El artículo 1 de dicha Ley establece que es objeto de la misma “el 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”. En dicho artículo se ofrece una definición muy amplia de lo que ha de entenderse por violencia de género: “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”. Por su parte, el artículo 2 de la citada Ley recoge los principios rectores de la misma, entre los que se encuentra el hecho de fortalecer las medidas de sensibilización ciudadana de prevención, consagrar los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, garantizar derechos en el ámbito laboral y funcionarial, garantizar derechos económicos, etc.

Los derechos de las mujeres que son objeto de violencia de género contenidos en la Ley del año 2004, pretenden proteger a las víctimas mediante el reconocimiento de una serie de ventajas que le permitan sobrellevar la grave situación a la que están sometidas.⁸⁷

Además, las medidas de protección recogida en dicha Ley no suponen una discriminación al hombre, pues lo que aumenta la pena en los casos de violencia de género no es el género del agresor, sino la condición de la víctima.⁸⁸

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho...*, cit., pág. 195.

⁸⁷ MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A., *El Derecho contra la Violencia de Género*, Madrid, 2007, 1ª edición, pág.75.

⁸⁸ LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Derecho...*, cit., pág. 80.

B. Calificación jurídica:

El Código Penal recoge una serie de conductas que afectan a la integridad física⁸⁹ o mental (artículos 147-156 del CP) y a la integridad moral (artículos 173-177 del Código Penal). Tal y como se ha establecido previamente, hay que tener en cuenta que tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo.

En este sentido, hay que tener en cuenta el artículo 147 del vigente CP, el cual establece que “ 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 tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”. La necesidad de tratamiento médico o quirúrgico que recoge el tipo penal sirve como criterio diferenciador entre el delito y la falta⁹⁰. Sin embargo, el artículo 148.4º del CP recoge que “las lesiones previstas en el artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”, por lo que sería aplicable dicha pena.

Además, sólo son constitutivas de delito aquellas lesiones que requieran para su sanidad una primera asistencia facultativa y un tratamiento médico o quirúrgico, de tal modo que existen lesiones que sin haber recibido dicho tratamiento constituyan el delito citado si objetivamente lo precisaban. De igual modo, aquellas lesiones que recibieran el citado tratamiento y no lo precisaban, no constituirán el precepto legal.⁹¹ En la STS 1531/1998 se recoge que cualquier operación que necesite cirugía y en la que se necesite aplicar puntos de sutura constituye un tratamiento quirúrgico⁹².

En este caso, el comportamiento de Marcial hacia María respecto a una violenta agresión que da lugar a que tenga que ser intervenida quirúrgicamente dos veces por lesiones en el hígado y bazo, implicaría pues la pena de prisión de dos a cinco años.

Por su parte, el artículo 153 recoge las conductas del artículo 617.1 y 2 del Código Penal⁹³, pero aplicadas como delitos por razón del sujeto pasivo. De este modo, dicho artículo 153⁹⁴ establece que “el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro

⁸⁹ La integridad física y la integridad moral están recogidas en el artículo 15 de la Constitución Española.

⁹⁰ LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Derecho...*, cit., pág. 77.

⁹¹ NIETO MARTÍN A., PÉREZ CEPEDA A.I., *Comentarios...*, cit., pág. 372.

⁹² STS 1531/1998 de 9 de diciembre, FJ 3: “Tal resolución estima, con referencia a una cicatriz de tres centímetros, con puntos de sutura, que el delito se produce porque la naturaleza de dicha herida implica el tratamiento. Nada significa el que en ese supuesto hubiera también otra herida mayor en cuanto a distinta lesionada, o que se hablara de herida incisa. Lo importante es señalar que el tratamiento médico o la actuación quirúrgica supone, en tesis sustentada 4 por la Sentencia de 18 de junio de 1993, “la costura con que se reúnen los labios de una herida” porque ella es precisa para restaurar el tejido dañado. La sutura de la herida, los puntos que se aplican a la misma y su posterior restauración dan lugar al delito (ver la Sentencia de 28 de febrero de 1992). Siempre que sea necesario reparar el cuerpo humano, restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones, se estará en presencia del tratamiento quirúrgico”.

⁹³ El artículo 617 del Código Penal aplicable en este caso regulaba las faltas contra las personas. Sin embargo, tras la última reforma del CP en el año 2015, las faltas desaparecieron.

⁹⁴ El artículo 153 del Código Penal recoge la redacción dada por la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género.

menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad (...) será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días (...) así como, cuando el juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guardia o acogimiento hasta cinco años”.

En lo relativo al importante derrame en el ojo derecho a María, así como a los dos puñetazos que recibe en la barriga y a los tres golpes en el estómago, estas tres acciones estarían recogidas en dicho precepto, por lo que se le aplicaría dicha pena a Marcial. Sin embargo, y tal y como establece el artículo 153 en su apartado 3º, dicha pena se impondrá en su mitad superior cuando el delito se perpetre “en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”. De este modo, se aplicaría la pena del artículo 153.1 pero en su mitad superior, respecto a cada una de las conductas cometidas por Marcial.

En su apartado segundo, el artículo 153 del CP recoge que “si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días (...) así como, cuando el juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guardia o acogimiento de 6 meses a 3 años”. En este caso, también se aplicaría la pena en su mitad superior si concurre alguno de los requisitos establecidos en el artículo 153.3 CP. De este modo, el puñetazo propiciado por Marcial a su hija Elisa, provocándole un importante derrame en su ojo derecho sería castigado con la pena establecida en dicho artículo 153.2 pero en su mitad superior.

En lo tocante a los delitos contra la integridad moral, el artículo 173.2 establece que “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, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, (...) y, en su caso, cuando el juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guardia o acogimiento de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”. Dichos actos de violencia física o psíquica podrán ser constitutivos de coacciones, amenazas, detenciones ilegales, agresiones o abusos sexuales, lesiones e, incluso, homicidios.

Además, se contemplan subtipos agravados 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 de las penas contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición

de la misma naturaleza. De este modo, las continuas agresiones, tanto físicas como psíquicas, que Marcial comete sobre María, menoscabando así su integridad moral, serán castigadas con la pena descrita en el apartado 2º del artículo 173, pero imponiendo dicha pena en su mitad superior.

Finalmente, el hecho de que María presentase cicatrices en su cara debido a los golpes implicaría la aplicación del artículo 149, estableciendo que “el que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento (...) una grave deformidad (...) será castigado con la pena de prisión de seis a doce años”, o del 150 del CP, recogiendo que “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”. La aplicación de un precepto u otro se hará en base a la gravedad o no de la deformación en sí misma. Además, en la STS 806/2001 se establece que las cicatrices permanentes deben incluirse en el concepto de deformidad⁹⁵.

Hay que tener en cuenta que el infarto sufrido por María no guarda relación de causalidad entre dicho resultado típico y la acción, pues nada se dice sobre si María padecía del corazón o no y Marcial aprovechó dicha situación para provocarle el resultado citado. En este sentido, la SAP⁹⁶ de Barcelona de 2 de octubre de 2006 recoge un caso en el que no se recoge un nexo causal entre la muerte de la víctima a causa de un infarto y el delito de detención ilegal imputado a los autores. Así lo recoge, pues, en su Fundamento Jurídico 2º, en el que se establece que “ de las periciales practicadas se desprende que su muerte fue debida a una parada cardiorespiratoria, ocasionada por un infarto de miocardio, corazón del fallecido que ya tenía una patología preexistente que le hacía más propenso a padecer el referido infarto. Ello es compatible tanto con una muerte natural sin intervención de otra persona, como lo contrario mediante su intervención impidiéndole respirar o incluso por estrés sufrido por la detención. Evidentemente, la primera hipótesis es razonable, siendo afirmada la misma por los peritos y siendo favorable a los acusados debe prevalecer sobre la tesis acusatoria por aplicación del principio "in dubio pro reo" (...). No era previsible que por causa de la detención ilegal sufrida por Ramón, en la que sí participaron los acusados, éste pudiera fallecer, relación de causalidad que por lo ya indicado tampoco puede considerarse probada”.

C. Concurrencia del artículo 173.2 y del 153 del Código Penal:

El tipo básico del artículo 173 del CP supone ejercicio habitual de violencia doméstica o psíquica contra alguna o varias de las víctimas que especialmente se mencionan, pues de este modo en el apartado 3º de dicho artículo 173, se establece que se requiere habitualidad, la cual la jurisprudencia entiende como un mínimo de tres comportamientos violentos⁹⁷, mientras que la doctrina matiza que dicho criterio no puede asumirse matemáticamente, sino que los hechos deben responder a una cierta unidad de contexto y proximidad temporal. A pesar de ello, estos tres comportamientos violentos no tienen que realizarse siempre sobre la misma víctima.

⁹⁵ STS 806/2001 de 11 de mayo, FJ 2: “Lo descrito es nítidamente acogible en el concepto de deformidad previsto en el artículo 150 CP. (...) Concretamente son innumerables las sentencias de esta Sala que se refieren a las cicatrices como deformidad prevista en el precepto indicado (S.S.T.S. de 19/9/83, 23/1/90, 30/3/93, 15/11/90 o 24/11/99), siendo incluso indiferente la parte del cuerpo a la que afecte”.

⁹⁶ SAP de Barcelona de 2 de octubre de 2006, sección 3ª, FJ 2.

⁹⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código...*, cit., pág.387.

Además, cabe sostener que resulta posible aplicar ambas figuras delictivas del artículo 153 y del 173.2 del Código Penal en un mismo proceso, pues el propio artículo 173.3 CP establece que para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado número 2 se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a su proximidad temporal, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, “y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

De esta forma, es posible que uno o varios actos violentos ya hubieran sido juzgados (y sancionados) en un enjuiciamiento anterior, por lo que eso no debe impedir su nueva valoración al efecto de apreciar la habitualidad del delito del artículo 173.2 CP, por lo que dichas violencias habrían sido estimadas, primero como delitos instantáneos y, después, como partes integrantes de un delito de hábito. Si en el nuevo juicio el único objeto de enjuiciamiento como hecho constitutivo de habitualidad fueran los actos aislados ya condenados sí se vulneraría el principio que prohíbe la doble valoración.

Por tanto, no se incurre en un bis in ídem cuando se aprecia el delito del artículo 153 CP y el delito de violencia habitual, teniendo en cuenta que el artículo 173.2 CP no castiga el mero ejercicio habitual de violencia, sino la lesión de la integridad moral a través del ejercicio habitual de violencia.

D. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal:

En lo tocante a las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, el apartado 2º del artículo 20 del Código Penal recoge la de que “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 a tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

La eximente de drogadicción sólo puede ser apreciada cuando debido a la misma, el sujeto se encuentre incapacitado para comprender la ilicitud del hecho. Así lo establece la STS 967/2000⁹⁸ en su FJ 3, al establecer que “la eximente de drogadicción únicamente puede ser apreciada en el caso de que, a causa de ella, el sujeto estuviere incapacitado para comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión”.

Sin embargo, la drogodependencia puede ser penalmente irrelevante, pues en su determinación influye el informe médico a la hora de determinar si su condición afecta a su facultad volitiva, tal y como recoge la STS 1229/2001⁹⁹; pero también puede aparecer como una eximente completa o incompleta, o como una atenuante en relación al grado en que le afecte a sus facultades mentales en el momento en que comete el delito.

⁹⁸ STS 967/2000 de 8 de junio, FJ 3.

⁹⁹ STS 1229/2001 de 18 de junio, FJ 4: “Respecto a los preceptos invocados establecía la doctrina de esta Sala que la eximente incompleta por drogadicción se podía apreciar cuando por su antigüedad y continuidad hubiera llegado a producir un deterioro de la personalidad con disminución notoria de la capacidad intelectual y volitiva del sujeto. Lo que no ocurre en el presente caso en el que el Tribunal de instancia, tras declarar en el Fundamento de Derecho Primero de su sentencia la indicada condición de toxicómano de Carlos José, añade que, del informe del Centro BESTEDA aportado y de las declaraciones prestadas por su hermano Jose Ignacio, y por su esposa Magdalena, no se deduce merma alguna de sus facultades cognitivas y volitivas”.

Cuando los efectos de la anomalía, de la intoxicación o del síndrome de abstinencia no sean totales aunque sí profundos, se aplicará la eximente incompleta del artículo 21.1º del Código Penal, y en este sentido se ha entendido que la adicción prolongada en el tiempo e intensa a sustancias que causan graves efectos, provocan una disminución intensa en la capacidad del sujeto. Y en los casos en los que se acredite una grave adicción a esas sustancias y además que ésta sea la causa del delito enjuiciado, nos encontraremos ante la atenuante prevista en el artículo 21.2º del Código Penal. Un ejemplo de ello se recoge en la STS 1312/1999¹⁰⁰, en la que se establece que “dado que Eloy era drogodependiente en la fecha de autos, la sustracción que cometió tuvo que haber estado influida y determinada por la drogadicción, y por el propósito de conseguir dinero con el que adquirir estupefacientes”.

El artículo 21.2º del CP establece que “es circunstancia atenuante la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior”. La jurisprudencia exige dos requisitos básicos para aplicar la atenuante del 21.2º: que exista una grave adicción a las drogas o alcohol y que sea precisamente esta grave adicción lo que motive al sujeto a cometer delitos¹⁰¹. Se diferencia de la eximente del artículo 20.2º y de la eximente incompleta del artículo 20.1º, en que aquí no importa la afección de las facultades del sujeto, sino sólo que haya actuado por ser gravemente adicto. En este sentido, no sería aplicable ni la eximente ni la atenuante de los preceptos citados.

Por otra parte, no se podría aplicar la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal como agravante en este caso porque dicho parentesco ya se tiene en cuenta en la descripción típica de la infracción.

5.2.- Calificación jurídica de la vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de María:

A. Introducción:

El artículo 468.2 CP, en su redacción por el artículo 40 de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, establece que “se impondrá, en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 del Código Penal¹⁰² o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, sí como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.

¹⁰⁰ STS 1312/ 1999 de 25 de septiembre, FJ 2.

¹⁰¹ STS 158/2009 de 17 de febrero, FJ 5:“La atenuante se funda por la concurrencia de un doble requisito: a) la existencia de adicción a tóxicos que, en todo caso, debe ser "grave", calidad que debe entenderse referida a la intensidad de la misma y b) que esa adicción se convierta en causa de actuar delictivo, es decir que se trate de la denominada delincuencia funcional, entendiéndose por tal, aquella cuya ejecución se dirige a dar respuesta a las demandas que acucian al sujeto por razón de la adicción. En dicha hipótesis, la relación de causalidad exige atender más a las circunstancias del hecho delictivo concreto y del ulterior propósito del autor que al grado de intoxicación o efectos de la abstinencia que presente el mismo”.

¹⁰² Entre las medidas recogidas en el artículo 48 del Código Penal nos encontramos, entre otras, con la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, prohibición de aproximarse a la víctima o a su familia, o la prohibición de comunicarse con la víctima o familiares.

Esta nueva redacción implica el establecimiento de la pena de prisión como obligatoria frente al carácter facultativo de la redacción anterior (LO 15/2003), donde además se preveía como alternativa la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Además, la pena de prisión se extiende tanto a las penas, como a las medidas cautelares de la misma naturaleza, a diferencia de la anterior redacción del año 2003, donde la prisión sólo se preveía para las penas, de modo que en este caso, sólo podía imponerse multa.¹⁰³ Finalmente, se exige que estas medidas de prohibición, ya se trate de medida cautelar o de pena, se impongan en los supuestos de violencia de género y doméstica.¹⁰⁴

El bien jurídico protegido por el tipo penal contenido en el artículo 468 del CP es la efectividad y el obligado acatamiento de las resoluciones judiciales, matiz de singular importancia puesto que, aun cuando en supuestos como el de autos es evidente que al mismo tiempo se están tutelando los intereses de la parte que se ve beneficiada o protegida por la medida cautelar quebrantada, no puede desconocerse que lo que tutela el indicado tipo penal son las funciones atribuidas constitucionalmente a los órganos jurisdiccionales, dando una respuesta penal a las infracciones que quebrantan el contenido de las resoluciones judiciales que puedan dictarse en las diversas etapas del ejercicio de dicha función.¹⁰⁵

El delito de quebrantamiento de medida cautelar tipificado en el artículo 468 del CP requiere la concurrencia de diversos elementos. Por un lado, la existencia de una resolución judicial que imponga la medida cautelar al acusado, ya se trate de una orden de alejamiento como medida cautelar o como pena. Por otro lado, el conocimiento de la medida por aquél, es decir, ha de notificársele fehacientemente al obligado que incurre en responsabilidad penal, en caso de incumplimiento de la obligación fijada, y requerimiento de abstenerse de realizar la conducta prohibida¹⁰⁶. Finalmente, la inobservancia o incumplimiento consciente y voluntario de la medida, produciéndose la conducta objetiva de quebrantamiento, esto es, la vulneración de la prohibición de acercarse a la víctima a una distancia no permitida.

B. Análisis jurisprudencial:

a) *Quebrantamientos no dolosos:*

La jurisprudencia excluye de dicho artículo 468 CP los supuestos de quebrantamiento de condena no dolosos, es decir, no intencionados, sino que son debidos a encuentros casuales o fortuitos entre el agresor y la víctima. Así lo establecen sentencias de la Audiencia Provincial como la SAP de Madrid 508/2005 donde el encuentro no fue probado como dolosamente buscado, sino que fue fruto de la coincidencia o desconocimiento de que la víctima estaría en el mismo lugar¹⁰⁷.

¹⁰³ JAVATO MARTÍN, M., “El quebrantamiento de la prohibición de acercamiento a la víctima de violencia doméstica o de género. En especial, el quebrantamiento consentido de la propia víctima. Estudio jurisprudencial” en DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles penales y laborales*, Valladolid, 2009, 1ª edición, pág. 126.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pág. 126.

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., SOBRINO MARTÍNEZ AI. *Delitos contra la Administración de Justicia*, Barcelona, 2008, 1ª Edición, pág. 295.

¹⁰⁶ La falta de notificación en forma o la ausencia del día de inicio y término del cumplimiento de la pena de prohibición de acercamiento determina la absolución.

¹⁰⁷ SAP de Madrid 508/2005 de 1 de julio, sección 23ª, FJ 2: “tampoco se deduce una intención clara y patente de incumplir la orden genérica recibida de no comunicarse con la denunciante, pues en los días en que coincidieron, dicha situación no ha quedado acreditado que fuera buscada de propósito por el acusado”.

Otras sentencias como la SAP de Alicante 591/2007 que establece que en ese caso no concurre dolo y absuelven del delito de quebrantamiento cuando es la víctima la que propicia o promueve el acercamiento a su agresor¹⁰⁸. También, la SAP de Madrid 518/2008 establece en su Fundamento Jurídico 3º que “en el comportamiento del acusado, faltaba el requisito del elemento subjetivo del tipo penal del quebrantamiento de condena, al no concurrir la conciencia de su vulneración, siendo su actuación consecuencia de la aceptación por parte de la víctima de la convivencia, lo que comportaba una modificación de las circunstancias con capacidad de anular el dolo típico del delito”¹⁰⁹.

b) *Quebrantamientos consentidos:*

Cuando estamos ante un quebrantamiento consentido, es decir, en el caso de que sea la víctima la que consiente o promueve el acercamiento de su agresor, al cual se le impuso el alejamiento como medida cautelar, la jurisprudencia es muy discrepante.¹¹⁰

b.1) Orden de alejamiento como medida cautelar:

Por un lado, existe un sector jurisprudencial en el que la Audiencia Provincial establece que es irrelevante el consentimiento, existiendo en cualquier caso el delito del artículo 468.2 CP, de tal modo que la doctrina contenida en sus sentencias recoge que en el artículo 468 CP no contiene mención alguna sobre la ausencia del consentimiento de la víctima a efectos de influir en su relevancia típica.¹¹¹ Además, se añade que el Código Penal no recoge como causa de extinción de la pena el perdón de la víctima ni el consentimiento de ésta a reanudar la convivencia con la persona a la que se impone el alejamiento. Más concretamente, en la SAP de Murcia 134/2007 se establece que las medidas cautelares no pueden dejarse al arbitrio de las partes, estableciendo en su Fundamento Jurídico 3º que “ambos han sido compelidos judicialmente a no aproximarse el uno al otro, por lo que no pueden dejar de mutuo acuerdo sin efecto esa resolución judicial”¹¹².

Por otro lado, otro sector jurisprudencial establece que sí es relevante el consentimiento de la víctima, por lo que en este caso estaríamos ante la inexistencia de delito del artículo 468 CP. Diversas sentencias de la AP, tales como la SAP de Valencia 352/2008¹¹³, basan su argumentación, para otorgar relevancia al consentimiento de la víctima respecto del acercamiento del agresor a efectos de excluir el artículo 468 CP, en la doctrina contenida en la STS 1156/2005, que, respecto a un supuesto de quebrantamiento de una medida cautelar de prohibición de aproximación motivada por la

¹⁰⁸ SAP de Alicante 591/2007 de 10 de septiembre, sección 1ª, FJ 2: “de los hechos probados no existe referencia de que se haya cometido un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP para el que se requeriría un elemento específico del dolo de acercarse a la víctima con el específico propósito de quebrantar la orden que en efecto tenía, pero con la ausencia de previo consentimiento de la misma, lo que en este caso no concurre”.

¹⁰⁹ SAP de Madrid 518/2008 de 28 de mayo de 2008, sección 17ª, FJ 3.

¹¹⁰ JAVATO MARTÍN, M., “El quebrantamiento...” en DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela...*, cit., pág. 131.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² SAP de Murcia 134/ 2007 de 3 de octubre, sección 1ª, FJ 3.

¹¹³ SAP de Valencia 352/ 2008 de 11 de junio, sección 2ª, FJ 2: “Con todo lo expuesto procede estimar el recurso de apelación puesto que en ambos periodos la víctima prestó su consentimiento y anuencia a la reanudación de la convivencia como así consta en el acta de juicio oral transcrita por el secretario, reconociéndolo la propia sentencia tanto en los hechos probados como en la fundamentación, “le dejó vivir en la vivienda, porque su esposo no tenía otro sitio para vivir, que nadie la presionó accediendo voluntariamente...”, entendiéndose, tal y como establece el Tribunal Supremo que no concurren los requisitos del tipo, estimado el recurso y acordando la libre absolución del recurrente con todos los pronunciamientos favorables”.

reanudación voluntaria de la convivencia por parte de la víctima, establecía que: “en esta materia, parece decisión más prudente... estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener, en su caso, otra medida de alejamiento. (...) La decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto, supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado por la voluntad de aquélla, (...) si volvió o no a convivir, lo que proyecta al menos una duda seria y razonable sobre el núcleo del tipo penal: el mantenimiento de la voluntad de la ex compañera de que el recurrente no se le acercara, basta y sobra en esta situación para estimar que no ha existido quebrantamiento de medida ni por tanto delito del artículo 468 CP”¹¹⁴. En resumen, en esta sentencia se absolvió al acusado del delito de quebrantamiento de la medida cautelar consistente en una orden de alejamiento, debido a que la propia víctima consintió dicha aproximación.

Sin embargo, un tercer sector jurisprudencial establece que el consentimiento es relevante parcialmente, de tal modo que existe el delito del artículo 468.2 del CP con error de prohibición. Así lo establece la SAP de Huesca 188/2005¹¹⁵, la cual condena por delito de quebrantamiento de medida cautelar con error de prohibición vencible, por haberse acreditado que los acusados incumplieron la orden de alejamiento pero sin saber que con ello estaban cometiendo un delito al pensar que era algo normal para darse una nueva oportunidad como pareja.

También en la SAP de Cádiz 297/2007¹¹⁶ se aprecia el delito de quebrantamiento de condena, dado que la orden estaba vigente, pero aplicando el error de prohibición vencible, pues a pesar de que la mujer víctima le dijo al acusado que había retirado la medida cautelar de alejamiento contra él, el acusado pudo acudir al Juzgado para informarse de si la medida estaba levantada o no.

Finalmente, el Tribunal Supremo en su sentencia 701/2003¹¹⁷ no otorga relevancia al consentimiento de la víctima, afirmando “hemos de decir que la medida cautelar violada por el acusado está destinada, igual que las penas accesorias previstas en el artículo 57 CP, a proteger esenciales bienes jurídicos, no disponibles, de las personas mencionadas en dicha norma, de forma que éstas no pueden en principio renunciar dicha protección admitiendo la aproximación de quienes ya han demostrado su peligrosidad, en la vida en común, atentando contra dichos bienes jurídicos, aunque cabe que, tratándose de medidas cautelares siempre reformables, soliciten su cese del Juzgado de Instrucción que será

¹¹⁴ STS 1156/2005 de 26 de septiembre, sección 1ª, FJ 5.

¹¹⁵ SAP de Huesca 188/2005 de 18 de octubre, sección 1ª, FJ 2: “que los acusados actuaron en la creencia de estar obrando legítimamente, por la normalidad que para ellos presentaba su recíproco y libre deseo de darse una nueva oportunidad como pareja, procede dar entrada el error vencible de prohibición al que se refiere el artículo 14.3 del Código Penal, aplicando la pena inferior en dos grados a la prevista en el tipo aplicado”.

¹¹⁶ SAP de Cádiz 297/2007 de 18 de septiembre, sección 8ª, FJ 2: “error de prohibición vencible, ponderando por un lado el mensaje remitido por la señora Montserrat en el que indicó al señor Rodrigo que había “quitado” el alejamiento y por otro lado que el señor Rodrigo pudo acudir al Juzgado que había dictado la orden de alejamiento para solicitar que se le informase sobre la vigencia de la orden de alejamiento”.

¹¹⁷ STS 701/2003 de 16 de mayo, FJ 4.

quien decida, ponderando prudentemente las circunstancias en cada caso concurrentes, si la medida debe continuar o finalizar”.

En otra de sus sentencias, como la previamente mencionada STS 1156/2005, el Tribunal Supremo declara que sí tiene relevancia el consentimiento de la mujer respecto de la prohibición de alejamiento para que el agresor pueda acercarse. Sin embargo, hay que tener en cuenta que se trata de una sola sentencia cuyo criterio no ha sido consolidado, relativa a hechos ocurridos en el 2001 y, por lo tanto, anteriores a la LIVG, en unas circunstancias en la que la pena de alejamiento era facultativa y que tal criterio no ha sido acogido en otras resoluciones del Alto Tribunal.¹¹⁸ A pesar de ello, en la STS 69/2006¹¹⁹ el Tribunal Supremo asume en parte la doctrina de la STS 1156/2005, pero por la vía de un error invencible de tipo, alegando que “con respecto al pretendido consentimiento para reanudar la convivencia por parte de la víctima, ni consta en los hechos probados, ni puede deducirse inequívocamente del conjunto del desarrollo de los acontecimientos (...) todo lo cual produce que no sea traspolable esta causa a la doctrina resultante de nuestra STS 1156/2005, de 26 de septiembre, pues en ella ya se afirma, con carácter general, que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado, y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar, solamente un consentimiento firme y relevante por parte de la víctima, puede ser apreciado a los efectos interesados por el recurrente, y siempre desde la óptica propuesta de un error invencible de tipo”.

El planteamiento del Tribunal Supremo varía nuevamente en la posterior STS 10/2007¹²⁰, pues en dicha sentencia, en la que se produce un quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento debido a que el esposo fue a vivir al domicilio conyugal con el consentimiento de su esposa, el Tribunal Superior declara que “el consentimiento de la víctima ofendida no podría eliminar la antijuricidad del hecho”.

Finalmente, en la STS 775/2007, se cuestiona la aplicación del artículo 468.2 del CP, dado que la víctima había perdonado al recurrente y ambos habían reanudado la convivencia de común acuerdo, de modo que el alejamiento previamente acordado carecería ya de fundamento. Sin embargo, en dicha sentencia el Tribunal Supremo consolida la doctrina de la relevancia del consentimiento de la mujer en el quebrantamiento pero sólo cuando lo vulnerado sea una medida cautelar, no para el caso de quebrantamiento de penas.¹²¹

a) Orden de alejamiento como pena.

En el caso de que se tratase de una orden de alejamiento impuesta como pena, existen una serie de resoluciones que consideran que el consentimiento es relevante, por lo que no existiría el delito de quebrantamiento. Entre ellas se encuentra la SAP de Madrid

¹¹⁸ JAVATO MARTÍN, M., “El quebrantamiento...” en DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela...*, cit., pág. 135.

¹¹⁹ STS 69/2006 de 20 de enero, FJ 2.

¹²⁰ STS 10/2007 de 19 de enero, FJ 2.

¹²¹ STS 775/2007 de 28 de septiembre, FJ 1: “una cosa es el incumplimiento de una medida de seguridad que, en principio, sólo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese incluso podría acordarse si ésta lo solicitase al Juez, que además tiene por objeto una finalidad meramente preventiva, y más aún incluso cuando, además, no diere lugar posteriormente a la producción de ninguno de los ilícitos que precisamente pretendía impedir, y otra, muy distinta, aquella situación, como la presente en la que, aun contando con la aceptación de la protegida, se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima”.

195/2006, en la que entiende que la doctrina de la ya mencionada STS 1156/2005 sería también aplicable al quebrantamiento impuesto como pena¹²².

A pesar de ello, la mayoría de la jurisprudencia establece que el consentimiento de la víctima es irrelevante cuando dicha orden de alejamiento fue impuesta como pena y no como medida cautelar. Sentencias como la SAP de Oviedo 9/2008¹²³ basan sus fundamentos en la mencionada STS 775/2007, la cual establece que la víctima no puede dejar sin efecto una pena impuesta, dado que son indisponibles para las partes, por lo que sólo cabe solicitar el indulto y la suspensión provisional mientras éste se tramita.

También puede darse el caso en el que sea la víctima la que propicie el acercamiento, por lo que en este caso, según la SAP de Girona 373/2007, no existiría el quebrantamiento de la orden de alejamiento: “(...) aquellas otras situaciones en las que el acercamiento se produce por la acción positiva de la víctima, sin que sea seguida por el voluntario alejamiento del condenado. Será en este caso cuando podamos afirmar que no existe quebrantamiento (...)”¹²⁴.

Finalmente, el TS, además de lo establecido en la ya citada STS 775/2007, en la STS 114/2008¹²⁵, establece que, a pesar de que la mujer consintió el quebrantamiento de la orden de alejamiento, existe el delito del artículo 468.2 del CP, aunque admite que “ciertamente en el caso de rotura de alejamiento consentido por la mujer podría plantearse la existencia de un error de prohibición”.¹²⁶

¹²² SAP de Madrid 195/2006 de 26 de abril, sección 6ª, FJ 1: “Pues bien, aunque la sentencia del Tribunal Supremo (STS 1156/2005) se refiere al supuesto de medida de alejamiento de uno de los cónyuges respecto del otro, es clara la identidad o absoluta analogía con el caso de hijo y padre que deciden voluntariamente reanudar la relación parental a pesar de la existencia de una medida de alejamiento impuesta a uno de ellos respecto del otro, y por ello debe considerarse, como se hizo en la sentencia recurrida, que en la ejecución de los delitos del art. 153 del Código Penal por el acusado no concurrió la agravante específica de quebrantamiento de pena o medida cautelar de alejamiento”.

¹²³ SAP de Oviedo 9/2008 de 18 de enero, sección 3ª, FJ 1: “El silogismo trazado por el Juzgador a quo es ajustado a derecho y la ineficacia del consentimiento que realiza y valora el Juzgador a quo es igualmente acertado tal como por vía consolidada establece el Tribunal Supremo”.

¹²⁴ SAP de Girona 373/2007 de 4 de agosto, sección 4ª, FJ 4.

¹²⁵ STS 114/2008 de 8 de abril, FJ 4.

¹²⁶ En este caso lo descarta porque no se probó que la mujer consintiera realmente el acercamiento.

VI. VALIDEZ JURÍDICA Y 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. DERECHOS QUE OSTENTAN CADA UNO SOBRE EL INMUEBLE CITADO

6.1.- Introducción:

En virtud de la declaración de fallecimiento, a la persona desaparecida se le da por muerto, aunque no se sepa a ciencia cierta que el ausente ha fallecido. En principio, los efectos que produce la declaración de fallecimiento son los mismos que produciría la muerte de esa misma persona, aunque matizados en algunos aspectos. Sin embargo, la declaración de fallecimiento no se equipara con la prueba de muerte, por lo que no se extingue la personalidad del declarado fallecido.¹²⁷ De este modo, aunque se presume su muerte, cabe la posibilidad de la reaparición del declarado fallecido, con el consiguiente efecto revocatorio del fallecimiento declarado.¹²⁸

6.2.- Efectos de la revocación de la declaración de fallecimiento:

En el artículo 197 del Código Civil se recoge que “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”. El artículo 2043 de la LEC establece en su párrafo 1º que “si la persona declarada fallecida se presentase (...) se dejará sin efecto el auto de declaración de fallecimiento”.

De este modo, en el caso de que aparezca el ausente o se compruebe su existencia, el que previamente había sido declarado fallecido, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren¹²⁹. Además, tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido. Por la contra, no podrá reclamar de sus sucesores las rentas, frutos o productos que hubiesen obtenido con los bienes de la sucesión; sólo podrá desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto. Así lo recoge el Código Civil en su artículo 197.

6.3.- Régimen económico matrimonial:

Para atender a dichas cuestiones, es necesario tener en cuenta el régimen matrimonial existente entre María y Manolo, que en el presente caso se trata de una sociedad de gananciales dado que se nos dice que ambos tenían al 50% una casa, que Manolo poseía de manera privativa un piso y que ambos eran titulares de una cuenta bancaria. En este sentido, cabe decir, que la sociedad de gananciales es un régimen económico en el que,

¹²⁷ El artículo 32 del CC establece que la personalidad civil se extingue por la muerte de la persona. GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., “*La declaración...*”, *cit.*, pág.93.

¹²⁸ El efecto revocatorio se refiere a que es necesario que existan unas reservas sobre el destino y los efectos de la titularidad de los bienes del declarado fallecido.

¹²⁹ La recuperación de los bienes transmitidos se refiere a los que lo fueron a título oneroso, por lo que no debe afectar a los de título gratuito de los que haya dispuesto a partir de los cinco años de la declaración de fallecimiento. GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Régimen económico de gananciales”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, Valencia, 2012, 6ª edición, pág. 142.

junto a los bienes privativos de cada uno de los cónyuges, se forma una masa común de bienes, compuesta por las ganancias que ambos obtuvieran durante el matrimonio, los rendimientos que produzcan tanto los bienes gananciales como los privativos de cada uno de ellos, así como lo adquirido con bienes gananciales o con fondos en el que no pueda demostrarse su origen privativo.¹³⁰

En los artículos 1346 y 1347 del CC se recogen los bienes privativos y comunes que pueden darse en el régimen económico matrimonial de gananciales.

En este sentido, mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el matrimonio las ganancias obtenidas por cualquiera de ellos. Para el caso de que se disuelva la sociedad, dichos bienes le serán atribuidos “por mitad”, tal como establece el artículo 1.344 del Código Civil.

El Código Civil recoge, en sus artículos 1.392 a 1.393, una serie de causas de disolución del régimen de gananciales. En esta línea, el citado artículo 1.392 CC establece que “la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio, cuando sea declarado nulo, cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges, cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código”. En este sentido, el artículo consecutivo establece la disolución por decisión judicial. Como el declarado fallecido, en este caso Manolo, estaba casado, la declaración de fallecimiento produce la disolución de su matrimonio, sea cual fuere la forma de su celebración, pues así lo establece el Código Civil en su artículo 85, poniendo de manifiesto que “el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”.

Por su parte, el artículo 660 del Código Civil establece que será heredero el que sucede a título universal. Como en el presente caso María se encuentra en la situación de heredera universal de Manolo, hereda todos sus bienes.¹³¹

6.4.- Acción de recobro del artículo 197 del CC:

En relación con liquidación de la sociedad de gananciales y el artículo 197 del CC, la reaparición del declarado fallecido, implicaría la restitución de los bienes en el estado en que se hallaban en el momento en que se declaró fallecido.

De este modo, Manolo tendría derecho a recobrar los bienes. La acción de recobro, según la doctrina, podría encuadrarse a medio camino entre la acción reivindicatoria y la petición de la herencia en sentido propio.¹³²

La acción reivindicatoria consiste en recuperar la cosa de quien sea poseedor en ese momento, para obtener así la propiedad sobre el bien, es decir, el propietario no poseedor exige la restitución de la cosa al poseedor no propietario. Para que prospere dicha acción, es necesario haber acreditado la condición de propietario por parte del reclamante, es decir, tiene que demostrar el derecho sobre la cosa, aportando el título en que funda su pretensión, porque en el caso de que no pueda acreditar su derecho sobre la cosa, la acción no prosperaría. En este sentido, tanto la acción de recobro del artículo 197 del CC como

¹³⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Régimen...”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso...*, cit., pág.160.

¹³¹ En el caso de que Manolo haya otorgado testamento, no se especifica si Manolo tiene hijos o ascendientes, por lo que la 3ª a heredar sería su cónyuge, en este caso María. En el caso de que hubiera otorgado testamento, se establece que María es la heredera universal.

¹³² GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración...*, cit., pág. 382.

la acción reivindicatoria necesitan una mínima actividad probatoria. Sin embargo, en la acción reivindicatoria se discute sobre la eficacia o ineficacia de la causa de adquisición alegada por la parte, es decir, en el caso de supervivencia del declarado fallecido, se produce la nulidad de la herencia por haberse constatado la no concurrencia de causa para la apertura de la sucesión, por lo que se producirá la “reviviscencia de la titularidad dominical” de los bienes que “erróneamente” fueron objeto de transmisión hereditaria.

Bastará, pues, con probar la existencia del declarado fallecido para que la apertura de la sucesión sea nula, teniendo en cuenta los derechos adquiridos por terceros de buena fe¹³³. Esto no quiere decir que el testamento sea nulo, sino que falta el presupuesto fundamental para que se produzca la sucesión de una persona, pues en este caso no se produce la muerte del causante.

En lo tocante a la petición de la herencia, consiste en que el heredero, a través de su título hereditario, exige la restitución conjunta de los bienes que pertenecen al caudal hereditario, los cuales posee otra persona a título de heredero o sin ningún título.

En este sentido, se entiende que la acción de la petición de la herencia puede ejercitarse cuando lo que se pretende es reclamar el patrimonio sobre el que se abrió la sucesión frente a los propios sucesores. Sin embargo, 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, pues lo único que se genera es un derecho a recuperar lo que a uno le pertenece una vez constatada la reaparición.

Al amparo de lo establecido en el artículo 197 del CC, una vez que se revoque la declaración de fallecimiento, no se puede sostener que ha existido una verdadera apertura de la sucesión, por lo que, tampoco, auténticas personas con derecho hereditario¹³⁴.

El derecho a recobrar los bienes abarca todo el patrimonio, es decir, bienes, derechos y acciones que se transmitieron con la sucesión hereditaria, pero en el estado en que se encuentren. Esto implica que, el reaparecido no abonará los incrementos de valor que haya experimentado en su patrimonio, pero tampoco podrá reclamar por perjuicios o deterioros padecidos¹³⁵.

Además, como se genera un derecho subsidiario para el que había sido declarado fallecido, no siempre tendrá lugar la recuperación de los bienes, de tal modo que aunque el reaparecido tiene derecho a recuperar los bienes en el estado en que se encuentren, si eso no fuera posible, tendrá derecho al precio resultante de la enajenación. Si aun así no fuese posible, tendrá derecho a los bienes que con ese precio se hayan adquirido. De dicho precepto se puede sostener que en el caso de que se haya formalizado un contrato de compraventa, el reaparecido no tendrá derecho al bien objeto del negocio jurídico, sino a su precio, aunque no se le hubiese entregado al tercero comprador¹³⁶. De igual modo, si el que había sido sucesor no puede entregar el precio recibido porque lo gastó en comprar otros bienes, el reaparecido no puede obligarle a que le pague dicho precio, sino que se tendrá que conformar con recibir los bienes que se adquirieron con dicho precio. En esta línea, la AAP de las Palmas de 23 de marzo de 2009, se recoge la obligación, por parte del heredero del reaparecido, a entregarle a éste el precio obtenido por la venta del solar del que era copropietario el previamente declarado fallecido, así como los bienes

¹³³ El artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece que “la buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro”.

¹³⁴ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración...*, cit., pág. 387

¹³⁵ *Ibidem*, pág. 388.

¹³⁶ *Ibidem*, pág. 391.

obtenidos con dicho precio, pues en este caso, el que había sido heredero quería entregarle la cantidad que aún no se había gastado de la venta.¹³⁷

Sin embargo, este principio regirá si el heredero aparente lo es de buena fe, pues para el caso de que lo sea de mala fe, responderá por el valor de la cosa enajenada. Para probar el precio recibido por los bienes enajenados, o los bienes que se han adquirido con dicho precio, el que fuere heredero deberá obrar diligentemente, actualizando el inventario de los bienes recibidos del causante, pues en caso contrario, incumpliría las obligaciones que tiene como sucesor.

En lo relativo al derecho a reclamar los bienes enajenados a terceras personas que adquirieron del heredero aparente, rige el principio general del Derecho *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipset habet*, es decir, el principio por el que sólo el titular de un derecho puede disponer eficazmente del mismo. En este sentido, al combinar dicho principio con la retroacción de los efectos de la aceptación al momento de la muerte de la persona a quien se hereda¹³⁸, implicaría que el reaparecido podrá reivindicar los bienes hereditarios adquiridos por terceros procedentes de negocios realizados por el heredero aparente, pues sus actos transmisivos no tendrían eficacia y podrían ser impugnados por el que había sido declarado fallecido. Sin embargo, en el caso de que el tercero adquiriese dichos bienes de buena fe, jugaría a su favor lo dispuesto en el artículo 34 y 38¹³⁹ de la Ley Hipotecaria en lo relativo a los derechos otorgados sobre bienes inmuebles. De cualquier modo, el que había sido declarado fallecido podrá reclamar los derechos que le hubieran correspondido desde su ausencia hasta la revocación de la declaración de fallecimiento, con los límites derivados de la prescripción adquisitiva o extintiva, de la caducidad o de la protección de terceros.¹⁴⁰

Por todo ello, en el caso de la casa que ambos tenían al 50%, Manolo tendría derecho a la obtención de dicho porcentaje de ese bien, sin embargo, tal y como establece el artículo 197 CC, tendrá derecho al precio de los bienes que se hubieran vendido. En este caso, María tendría que restituirle a Manolo la mitad del dinero que obtuvo con la venta de la casa, y como la vendió por 240.000 euros, Manolo tendrá derecho a reclamarle a María 120.000 euros.

En lo tocante al piso privativo de Manolo valorado en 250.000 euros, Manolo tendrá derecho al precio que se obtuvo con la venta de dicho inmueble, es decir, 175.000 euros.

Finalmente, en lo relativo a la cuenta bancaria de la que ambos eran titulares, Manolo tan sólo tendrá derecho a obtener el 50% del total disponible en la cuenta, es decir, 7.500 euros, dado que su régimen económico matrimonial era el de gananciales.

En la SAP 325/2013, Madrid se recoge el derecho por parte del reaparecido al precio que se obtuvo con la venta de unas fincas o a los bienes que se obtuvieron con dicho

¹³⁷ AAP de Las Palmas 52/2009 de 23 de marzo, sección 4ª, FJ 2: “correspondiente a la mitad del precio de venta del solar en cuestión, toda vez que la expresión contenida en el art. 197 C.C ., "recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren", no puede tomarse en consideración de modo aislado sino aplicando el precepto legal en su totalidad, conforme al cual si los bienes o alguno de los bienes hubiese sido enajenado a tercera persona, dada la imposibilidad de recobrarlo, tendrá derecho según el mismo art. 197 a percibir el precio del que se hubiera vendido, o los bienes que con este precio se hayan adquirido, por lo que es correcta la resolución de instancia, debiendo ser confirmada en este particular”.

¹³⁸ Artículo 989 CC “los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda”.

¹³⁹ “Se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo”.

¹⁴⁰ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración...*, cit., pág. 409.

precio.¹⁴¹ Además se recoge que tendrá derecho a las rentas que se obtuvieron desde el día en que estuvo presente¹⁴².

6.5.- Derechos sobre los bienes inmuebles:

Respecto a los derechos que poseen sobre los inmuebles, María realiza una compraventa de un bien suyo, y no de una cosa ajena, pues al ser la heredera universal, se convierte en propietaria de los bienes que hereda.

En el momento en que los vende, la propiedad pasa a ser de Eustaquio y de Miriam, pero hay que tener en cuenta que la compraventa no transmite por sí sola al comprador la propiedad de la cosa vendida, pues es necesario que se produzca la tradición y entrega de la cosa vendida, poniéndola en poder y posesión del comprador, o a través del otorgamiento en escritura pública como equivalente a la entrega cuando de la misma escritura no resulte lo contrario¹⁴³.

Cabe destacar que la transmisión de los derechos reales se opera al margen del Registro, teniendo la inscripción un alcance meramente declarativo¹⁴⁴, pues en nuestro ordenamiento rige el carácter declarativo de dicha inscripción. La inscripción es, por lo tanto, declarativa, cuando no se exige como un requisito esencial para la transmisión del dominio o constitución y transmisión del derecho real. Además, también rige la inscripción como facultativa, debido a que el acceso al Registro es una iniciativa de los interesados¹⁴⁵.

En este sentido, Eustaquio y María tendrán el derecho sobre la propiedad de los bienes inmuebles objeto de la compraventa, y Manolo tendrá derecho al 50% del precio que se obtuvo con la venta de la casa que ambos tenían, es decir, tendrá derecho a 120.000, pero también tendrá derecho a lo que se obtuvo con la venta de su piso privativa, en este caso, 175.000 euros.

¹⁴¹ SAP de Madrid 325/2013 de 25 de abril, sección 12, FJ 3: “En este precepto (artículo 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”.

¹⁴² SAP de Madrid 325/2013 de 25 de abril, sección 12, FJ 6: “Entendemos que el art. 197 C.C. otorga el derecho a reclamar de sus sucesores rentas, frutos, desde el día de su presencia, pero es de lógica jurídica que deben compensarse con los gastos que se generen por dichos bienes, que producen estas rentas. De las viviendas que haya disfrutado la demandada para uso propio, sus costes y gastos se consideran asumidos por la misma al disfrutar de dicha vivienda, pero de las alquiladas, de cuyos ingresos se está reconociendo el 50% al recurrente, es procedente el descuento de los gastos correspondientes al bien que genera dichos beneficios, pero también los costes que deben ser repercutidos, para no producir enriquecimientos injustos y sin causa”.

¹⁴³ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *Código Civil. Concordancias, notas y jurisprudencia*, Pamplona, 2000, 9ª edición, pág. 635.

¹⁴⁴ LÓPEZ LÓPEZ, Á.M., MONTES PENADÉS, V.L., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, edición 1ª, pág. 804.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pág. 851.

VII. CONCLUSIONES:

7.1.- Validez jurídica del matrimonio entre María y Marcial, y acciones de Manolo para poner fin a su matrimonio:

El matrimonio entre María y Marcial será válido en el caso de que reúnan los requisitos de capacidad del Código Civil y siempre que no estén inmersos en una causa de imposibilidad de contraer matrimonio (ser menores de edad no emancipados o estar ligados con algún vínculo matrimonial) pues la declaración de fallecimiento produce la disolución del matrimonio del mismo modo que lo hace la muerte de uno de los cónyuges y el divorcio, tal y como establece el artículo 85 CC.

En este sentido, Manolo no dispone de ninguna acción para poner fin a su matrimonio con María, pues como ya se ha dicho, la declaración de fallecimiento produce la disolución del matrimonio.

7.2.- Delito cometido por María en el barco hacia Manolo y validez de las escuchas telefónicas:

El delito que comete María hacia Manolo es el tipificado como reo de asesinato en el artículo 139 del CP, pues concurre la circunstancia de alevosía, en este caso denominada alevosía sorpresiva. Esta alevosía se caracteriza porque tiene lugar de forma repentina e inesperada, de tal modo que no le permite a la víctima reaccionar ni evitar el golpe, independientemente de que esté la víctima de espaldas o de frente, como sucede en este caso. Sin embargo, dicha alevosía se produce en ciertos casos aun cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanude aprovechando éste la indefensión en que se encuentra la víctima. De este modo, cuando le golpea fuertemente en la cabeza, María aprovecha la situación de indefensión de Manolo debido a las consecuencias del golpe, y lo tira por la borda, evitando los riesgos de una posible defensa de Manolo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que concurre la tentativa, pues finalmente Manolo sobrevive.

Además, en este caso se le aplica a María la circunstancia mixta de parentesco como agravante, recogida en el artículo 23 del CP.

Las escuchas telefónicas relativas a los hallazgos casuales serán válidas siempre y cuando el Juez controle la ampliación del objeto inicial investigado, para que, de este modo, haya una cobertura suficiente para la persecución de los nuevos hechos delictivos, es decir, es necesario obtener una autorización del juez competente.

7.3.- Consecuencias jurídicas del comportamiento de Marcial y calificación jurídica de la vuelta a la convivencia.

Marcial comete contra María los siguientes delitos tipificados en el Código Penal.

- Delito de lesiones con necesidad de tratamiento médico o quirúrgico del artículo 148.4º, relativo a la violenta agresión de Marcial a María que da lugar a que tenga que ser

intervenida quirúrgicamente dos veces por lesiones en el hígado y bazo, castigado con pena de prisión de dos a cinco años.

- Delito del artículo 153 del CP consistente en causar un menoscabo psíquico o maltratar de obra sin causar lesión, en lo relativo al importante derrame en el ojo derecho a María, así como a los dos puñetazos que recibe en la barriga y a los tres golpes en el estómago. Sin embargo, la pena recogida en dicho artículo se aplicará en su mitad superior debido a las causas recogidas en el apartado 3º del citado artículo 153 (perpetrar los actos de violencia en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o de la víctima, o quebrantando una pena de las recogidas en el artículo 48 del CP). En este sentido, se le castigaría, en su mitad superior, la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

- El mismo delito que el previamente mencionado se le imputará a Marcial respecto al puñetazo que le propició a su hija Elisa, pero recogido en el apartado 2º, pues le provocó un importante derrame en su ojo derecho. Será castigado, por lo tanto, con prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, igualmente en su mitad superior según lo establecido en el artículo 153.3º CP.

- Delito tipificado en el artículo 173.2º, debido a las continuas agresiones, tanto físicas como psíquicas, que Marcial comete sobre María, menoscabando así su integridad moral. Se le castigaría entonces, en su mitad superior igualmente por los mismos motivos previamente citados, con pena de prisión de seis meses a tres años.

- Finalmente, se le imputará también el hecho de causarle a María en la cara cicatrices a causa de los golpes, implicaría la aplicación del artículo 149 o 150 del CP, dependiendo de la gravedad de la deformación. En este sentido, será castigado con prisión de seis a 12 años o con prisión de tres a seis años, atendiendo a la gravedad de la deformidad.

La vuelta a la convivencia de ambos implicaría un quebrantamiento de la orden de alejamiento por parte de Marcial, tipificado en el artículo 468.2 del CP como un delito contra la Administración de Justicia, castigado con una pena de prisión de seis meses a un año.

7.4.- Acciones de Manolo y derechos sobre los bienes inmuebles:

Manolo puede ejercitar la acción de recobro regulada en el artículo 197 del CC, a través del cual "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".

En este sentido, en la casa que tenía al 50% con María, Manolo tendrá derecho a la obtención de dicho porcentaje de ese bien, sin embargo, tal y como establece el artículo 197 CC, tendrá derecho al precio de los bienes que se hubieran vendido. De este modo, María tendría que restituirle a Manolo la mitad del dinero que obtuvo con la venta de la

casa, y como la vendió por 240.000 euros, Manolo tendrá derecho a reclamarle a María 120.000 euros.

En lo tocante al piso privativo de Manolo valorado en 250.000 euros, Manolo tendrá derecho al precio que se obtuvo con la venta de dicho inmueble, es decir, 175.000 euros.

En lo relativo a la cuenta bancaria de la que ambos eran titulares, Manolo tan sólo tendrá derecho a obtener el 50% del total disponible en la cuenta, es decir, 7.500 euros, dado que su régimen económico matrimonial era el de gananciales, y tal y como establece el citado artículo 197 del CC, recobrará los bienes en el estado en que se encuentren.

Finalmente, respecto a los derechos que poseen Eustaquio y María sobre los inmuebles, ambos son propietarios de los citados inmuebles, pues se presume la buena fe de los terceros según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la compraventa no transmite por sí sola al comprador la propiedad de la cosa vendida, pues es necesario que se produzca la tradición y entrega de la cosa vendida, poniéndola en poder y posesión del comprador, o a través del otorgamiento en escritura pública como equivalente a la entrega.

VIII. FUENTES

8.1.- Bibliografía:

ALONSO FERNÁNDEZ J.A., *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad. Análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación*, Barcelona, 1999, 1ª edición.

ARIAS EIBE, M.J., “La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología:*”, 2005, núm. 07-03.

ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 2007, 1ª edición.

DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles penales y laborales*, Valladolid, 2009, 1ª edición.

DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., PARRA LUCÁN, M.Á., *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado de la Persona*, Madrid, 2008, 3ª edición.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., *Código Civil. Concordancias, notas y jurisprudencia*, Pamplona, 2000, 9ª edición.

GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, 2011, 1ª edición.

JIMÉNEZ SEGADO, C., *La exclusión de la responsabilidad criminal. Estudio jurisprudencial penal y procesal*, Madrid, 2003, 1ª edición.

LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho Penal Parte Especial*, Madrid, 2011, 6ª edición.

LASARTE C., *Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 2009, 15ª edición.

LÓPEZ LÓPEZ, Á.M., MONTES PENADÉS, V.L., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, edición 1ª.

MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A., *El Derecho contra la lamia de Género*, Madrid, 2007, 1ª edición.

MATALLÍN EVANGELIO, Á., *La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*, Valencia, 1999, 1ª edición.

MAYORDOMO RODRIGO, V., Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar.

MONTALBÁN HUERTAS, I., *La Ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*, Madrid, 2006, 1ª edición.

MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Navarra, 2008, 7ª edición.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2013, 19ª edición.

NIETO MARTÍN A., PÉREZ CEPEDA A.I., (Coords.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2007, 1ª edición.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN A.J., FERREIRO BAAMONDE X.X., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., SEOANE SPIEGELBERG J.L., *Derecho Procesal Penal*, Navarra, 2014, 3ª edición.

PUIG I FERRIOL L., GETE-ALONSO Y CALERA M., GIL RODRÍGUEZ J., HUALDE SÁNCHEZ J. *Manual de Derecho Civil I. Introducción y derecho de la persona*, Madrid, 2001, 3ª edición.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., SOBRINO MARTÍNEZ AI. *Delitos contra la Administración de Justicia*, Barcelona, 2008, 1ª Edición.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal. Comentado y con Jurisprudencia*, Madrid, 2005, 1ª edición.

SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, Valencia 2012, 6ª edición

SÁNCHEZ CALERO FJ. *Curso de Derecho civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, Valencia, 2004, 2ª edición.

TENA FRANCO, I., *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado*, Madrid, 2005, 1ª edición

TORRES MORATO, M.Á., *La prueba ilícita penal*, Navarra, 2010, 5ª edición.

8.2.- Normativa:

Constitución Española de 1978.

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

Instrumento de Ratificación para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

8.3.- Jurisprudencia:

A. Tribunal Supremo:

- STS de 23 de enero de 1985.
- STS 2854/1989 de 8 de mayo.
- Auto del TS de 18 de junio de 1992.
- STS 2232/1992 de 22 de octubre.
- STS 4519/1993 de 25 de junio.
- STS 4799/1993 de 2 de julio.
- STS de 11 de octubre de 1994.
- STS 3061/1994 de 31 de octubre.
- STS 3/1995 de 12 de enero.
- STS 4904/1995 de 6 de octubre.
- STS 854/1996 de 16 de noviembre.
- STS 792/1997 de 30 de mayo.
- STS 597/1998 de 21 de abril.
- STS 1531/1998 de 9 de diciembre.
- STS 545/1998 de 13 de enero.
- STS 511/1999 de 24 de marzo.
- STS 1312/1999 de 25 de septiembre.
- STS 967/2000 de 8 de junio.
- STS 1898/2000 de 12 de diciembre.
- STS 806/2001 de 11 de mayo.
- STS 1229/2001 de 18 de junio.
- STS 229/2002 18 de febrero.
- STS 1165/2002 de 17 de junio.
- STS 1457/2002 de 9 de septiembre.
- STS 1437/2002 de 13 de septiembre.
- STS 701/2003 de 16 de mayo.
- STS 1213/2004 de 28 de octubre.
- STS 929/2005 de 12 de julio.
- STS 1090/2005 de 15 de septiembre.
- STS 1156/2005 de 26 de septiembre.
- STS 69/2006 de 20 de enero.
- STS 10/2007 de 19 de enero.
- STS 160/2007 de 27 de febrero.
- STS 775/2007 de 28 de septiembre.
- STS 522/2007 de 2 de noviembre.
- STS 114/2008 de 8 de abril.
- STS 640/2008 de 8 de octubre.
- STS 85/2009 de 6 de febrero.

- STS 158/2009 de 17 de febrero.
- STS 924/2009 de 7 de octubre.
- STS 792/2011 de 8 de julio.

B. Audiencia Provincial:

- AAP de Barcelona de 23 de mayo de 2000.
- SAP de Madrid 508/2005 de 1 de julio, sección 23ª.
- SAP de Huesca 188/2005 de 18 de octubre, sección 1ª.
- SAP de Madrid 195/2006 de 26 de abril, sección 6ª.
- SAP de Barcelona de 2 de octubre de 2006, sección 3ª.
- SAP de Girona 373/2007 de 4 de agosto, sección 4ª.
- SAP de Alicante 591/2007 de 10 de septiembre, sección 1ª.
- SAP de Cádiz 297/2007 de 18 de septiembre, sección 8ª.
- SAP de Murcia 134/2007 de 3 de octubre, sección 1ª.
- SAP de Oviedo 9/2008 de 18 de enero, sección 3ª.
- SAP de Madrid 518/2008 de 28 de mayo, sección 17ª.
- SAP de Valencia 352/2008 de 11 de junio, sección 2ª.
- AAP de Las Palmas 52/2009 de 23 de marzo, sección 4ª.
- SAP de Madrid 325/2013 de 25 de abril, sección 12ª.

8.4.- Recursos web:

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

<http://aranzadi.aranzadidigital.es/accedys.udc.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>

<http://noticias.juridicas.com/>

<https://www.boe.es/>