



# UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Trabajo de Fin de Grado  
Grado en Derecho

**VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VENTA DE COSA AJENA  
VIOLENCIA DOMÉSTICA E VENDA DE COUSA ALLEA  
DOMESTIC VIOLENCE AND THE SALE OF ALIEN PROPERTIES**

Autora:

Ariadna Martínez Pena

Tutor:

Prof. Dr. D. Ricardo Ron Latas

A Coruña, 15 de junio de 2016

## ÍNDICE

Abreviaturas.....	3
Supuesto de hecho.....	4
<b>1.- Validez jurídica del matrimonio entre D<sup>a</sup> María y D. Marcial. Acciones legales que pueda llevar a cabo D. Manolo con respecto a su matrimonio con D<sup>a</sup> María con la finalidad de poner fin a este.</b>	
1.1.- Hechos relevantes.....	5
1.2.- Fundamentos jurídicos	
I.- De la declaración de fallecimiento.....	5
II.- De los efectos de la declaración de fallecimiento sobre el matrimonio.....	8
III.- De la revocación de la declaración de fallecimiento y sus efectos en la esfera matrimonial.....	9
1.3.- Conclusiones.....	12
<b>2.- Características del delito cometido por D<sup>a</sup> María hacia D. Manolo y validez de las escuchas telefónicas.</b>	
2.1.- Hechos relevantes.....	14
2.2.- Fundamentos jurídicos	
2.2.1.- Delito cometido por D <sup>a</sup> María	
I.- Del derecho a la vida y de la vida humana independiente como bien jurídico protegido.....	14
II.- Del delito de homicidio.....	15
III.- Del delito de asesinato.....	16
IV.- De la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.....	18
V.- Otras consideraciones.....	19
2.2.2.- Escuchas telefónicas	
I.- Del secreto de comunicaciones como derecho fundamental.....	20
II.- De las medidas limitadoras del derecho fundamental de secreto de las comunicaciones en el proceso penal.....	22
2.3.- Conclusiones.....	24
<b>3.- Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta D. Marcial contra D<sup>a</sup> María y contra D<sup>a</sup> Elisa, así como la vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de D<sup>a</sup> María.</b>	
3.1.- Hechos relevantes.....	26
3.2.- Fundamentos jurídicos	
3.2.1.- Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo de D. Marcial	
I.- Del problema de la violencia de género y cómo lo afronta el Derecho español.....	26
II.- Del delito de violencia habitual en el ámbito familiar.....	27
III.- De las lesiones.....	29
IV.- De las coacciones.....	33
V.- Del estado de intoxicación y las adicciones.....	34
3.2.2.- Consecuencias jurídicas de la vuelta a la convivencia	
I.- Del orden de protección: especial referencia a la orden de alejamiento.....	34
II.- Del incumplimiento de la medida de alejamiento y la posible importancia del consentimiento de la víctima.....	36
3.3.- Conclusiones.....	37
<b>4.- Validez jurídica y acciones que podría llevar a cabo D. Manolo con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por D<sup>a</sup> María a D. Eustaquio y a D<sup>a</sup> Miriam. Qué derechos ostentan cada uno sobre el inmueble citado.</b>	
4.1.- Hechos relevantes.....	41
4.2.- Fundamentos jurídicos	
I.- De los efectos de la declaración de fallecimiento en el ámbito patrimonial.....	41
II.- De la causa de indignidad del artículo 756.2º CC.....	44
II.- De las consecuencias patrimoniales de la reaparición del declarado fallecido.....	45
4.3.- Conclusiones.....	49
<b>Bibliografía citada.....</b>	<b>51</b>
<b>Repertorio jurisprudencial.....</b>	<b>53</b>
<b>Legislación mencionada.....</b>	<b>55</b>

## ABREVIATURAS

Art./arts.	Artículo/s
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Coord.	Coordinador/a
CP	Código Penal
D.	Don
D <sup>a</sup>	Doña
Dir.	Director
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
Ed.	Edición
Ed alt.	Y otros
Etc.	Etcétera
Ibid.	En el mismo lugar
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Ley Hipotecaria
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRC	Ley del Registro Civil
Op. cit.	Obra citada
Pág./págs.	Página/s
RH	Reglamento Hipotecario
Ss.	Siguientes
SS	Sentencias
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
V. gr.	Por ejemplo
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

## SUPUESTO DE HECHO

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

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

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

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

No obstante, en el mes de diciembre de 2012 Marcial regresa a casa, retomando la convivencia con María, y pese a que la orden de alejamiento sigue vigente. En la madrugada del 12 de octubre de 2013, Marcial, en un estado muy alterado, le propina tres golpes en el estómago a María, y además, le da un puñetazo a su hija Elisa, provocando un importante derrame en el ojo derecho. Ante esta situación, María llama a la policía y ambas son llevadas al hospital, donde María requiere de sedación debido a la profunda e incontrolable ansiedad que padece, que le produce un infarto al corazón. La policía le realiza una prueba de alcohol y drogas, dando éste positivo en cocaína, y dando en el caso del alcohol una tasa de 0,75 ml en aire espirado. Cabe mencionar en este punto que Marcial es una persona drogo dependiente y que, tras este último suceso, decide voluntariamente ingresar en una clínica con expresa voluntad de desintoxicarse, intentando reparar el daño causado.

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

# **1.- VALIDEZ JURÍDICA DEL MATRIMONIO ENTRE D<sup>a</sup> MARÍA Y D. MARCIAL. ACCIONES LEGALES QUE PUEDA LLEVAR A CABO D. MANOLO CON RESPECTO A SU MATRIMONIO CON D<sup>a</sup> MARÍA CON LA FINALIDAD DE PONER FIN A ESTE.**

## **1.1.- HECHOS RELEVANTES.**

I.- Con fecha de 26 de marzo de 1996 D. Manolo y D<sup>a</sup> María, ambos mayores de edad, contraen matrimonio.

II.- El 30 de junio de 2007 el matrimonio emprende un viaje en barco en el cual D. Manolo desaparece, volviendo del mismo tan solo D<sup>a</sup> María.

III.- Posteriormente al viaje en barco y consiguiente accidente se produce la declaración de fallecimiento de D. Manolo.

IV.- Con fecha de 17 de agosto de 2009 D<sup>a</sup> María contrae matrimonio nuevamente con D. Marcial.

V.- El día 3 de enero de 2014 D. Manolo reaparece vivo.

## **1.2.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**

### **I.- De la declaración de fallecimiento.**

Nuestro Código Civil no ofrece una definición de la declaración de fallecimiento. La doctrina se ha encargado de definir esta institución jurídica desde dos puntos de vista diferentes: desde un punto de vista formal o procesal, por un lado, y desde un punto de vista material o de fondo, por otro<sup>1</sup>. En el primer caso algunos autores se han encargado de definirla como la “fijación judicial de la fecha de fallecimiento de un desaparecido, creadora de una situación jurídica de efectos parcialmente coincidentes con los de la inscripción de defunción”<sup>2</sup> o como “el auto judicial que reputa muerto a un desaparecido”<sup>3</sup>. Si bien, debemos puntualizar que en la actualidad esas definiciones deben matizarse, pues ya no es el Juez quien dicta el auto de declaración de fallecimiento, sino que es el Letrado de la Administración de justicia, al que la LEC se sigue refiriendo como Secretario judicial, el encargado de hacerlo mediante decreto. Ya con un criterio de fondo podría definirse como aquella presunción por la que “se le da por muerto (al declarado fallecido), aunque realmente no haya garantía cierta de que el ausente haya fallecido”<sup>4</sup>. Se trata, por tanto, de una presunción *iuris tantum*, dado que cabe la prueba en contrario

A pesar de que esto ocasiona cierta confusión en algunos casos, la declaración de fallecimiento es una institución jurídica con eficacia *erga omnes* que cuenta con total independencia y autonomía con respecto a otras y concretamente con respecto a la ausencia<sup>5</sup>, aunque a veces algunos autores la tratan como una fase de esta. De hecho, el Código Civil lo deja claro que mediante la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal (art. 195.I CC), es decir, son figuras incompatibles entre sí, con lo que una no es una fase de la otra.

El fundamento de la declaración de fallecimiento responde a la necesidad de dar solución a una situación de inseguridad jurídica en la que se desconoce la existencia del sujeto, por no resultar posible probar ni que se haya producido su muerte ni que este sigue con vida<sup>6</sup>. Autores como CORRAL TALCIANI han planteado que lo que hace el legislador en estos casos no es otra cosa que reconocer que

<sup>1</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, La Ley, 2011, págs. 69 y ss.

<sup>2</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, tomo II, 1<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas, 2008, pág. 543.

<sup>3</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I: Introducción y Parte General*, 18<sup>a</sup> ed., Madrid, Edisofer, 2009, pág. 336.

<sup>4</sup> LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil I: Parte General y Derecho de la Persona*, 17<sup>a</sup> ed., Madrid, Marcial Pons, 2011, págs. 236-237.

<sup>5</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán F., *La declaración de fallecimiento*, Madrid, Tecnos, 1991, págs. 58-63.

<sup>6</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., págs. 108 y 109.

se dan unas determinadas circunstancias que conllevan la apariencia de muerte, que tienen como resultado la protección por parte de la ley de esa apariencia mientras no se pruebe la auténtica realidad<sup>7</sup>. Sin embargo, esta relación establecida entre la declaración de fallecimiento y la teoría de la apariencia es puesta en tela de juicio por otros autores por entender que lo que existe realmente es el reconocimiento de una probabilidad, no la aplicación de esta teoría, que supondría dar virtualidad a una situación irreal con el objetivo de proteger los intereses de terceros<sup>8</sup>.

Un requisito fundamental e imprescindible es el transcurso de determinado plazo de tiempo desde la desaparición de la persona en cuestión sin tener noticias de la misma, plazo que variará dependiendo de las circunstancias concretas de la desaparición. Son los artículos 193 y 194 CC los que se encargan de establecer los distintos tipos de plazos. Cuando se proceda a la declaración de fallecimiento por una simple desaparición sin noticias de la persona por un amplio lapso de tiempo el plazo requerido será de 10 años (art. 193.1º CC), reduciéndose a 5 si al expirar el mismo el desaparecido hubiese cumplido ya los setenta y cinco años de edad (art. 193.2º CC). En ambos casos empezará a contar el tiempo desde la expiración del año natural en el que se tuvieron las últimas noticias de la persona desaparecida, o en su defecto, desde el aquel en que se hubiese producido la desaparición. El Código exige unos plazos más breves para ciertos supuestos concretos por haberse dado la desaparición en unas circunstancias de particular riesgo, más breves todavía desde la reforma llevada a cabo por la Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros. Así se exige un año, contado de fecha a fecha, desde la existencia de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida sin haberse tenido noticias del desaparecido, siendo en caso de siniestro el plazo de 3 meses (art. 193.3º CC). Nos aclara este artículo, en su último párrafo que “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”. Por otra parte, para los desaparecidos en operaciones de campaña el plazo será de dos años a partir de la fecha del tratado de paz o desde la declaración oficial del fin de la guerra (art. 194.1º CC), aunque este apartado se aplica solamente a aquellas personas que hubieran pertenecido a un contingente armado, a los unidos a él en calidad de funcionarios auxiliares y a aquellas personas que realizasen en él funciones informativas. Recientemente la Ley 15/2015, de 3 de julio, de Jurisdicción Voluntaria reduce incluso más los supuestos del artículo 194 CC en sus apartados en sus apartados 2º, 3º y 4º. Si bien, hemos de aclarar que en este caso concreto son los plazos de la Ley 4/2000 los que nos conciernen, y no los de la LJV, por ser posterior esta modificación, y por tanto su entrada en vigor, a todos los hechos del supuesto. La versión más actual del artículo 194 CC establece “un plazo mínimo de 8 días en caso de naufragio o siniestro de aviación verificados o que se hayan encontrado restos humanos aunque no fueren identificados; un mes desde las últimas noticias recibidas o desde la fecha de partida del navío o la aeronave si no llegaran a su destino, o desde el punto de despegue si fuere un viaje por etapas”<sup>9</sup>.

Analizaremos ahora el precepto concreto del Código Civil aplicable a este supuesto, es decir, el artículo 194.2º conforme a la redacción tras la reforma producida por la Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros, vigente entre el 11 de enero del año 2000 y el 22 de julio de 2015. Este establecía que procedía la declaración de fallecimiento “de los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquéllos”. Debemos apuntar que en la versión vigente hasta el año 2000, cuya redacción databa de 1939, se hacía referencia tan solo a los tripulantes y pasajeros de una nave naufragada de los que no se hubiesen tenido noticias desde la comprobación del naufragio, prescindiendo por tanto de las personas desaparecidas por inmersión en el mar. Precisamente este supuesto introducido por la modificación del año 2000 es ante

<sup>7</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán F., *La declaración...*, op. cit., pág. 77.

<sup>8</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., págs. 94 y 95.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, *Curso de Derecho Civil I: Parte general y derecho de la persona*, 6ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pág. 110.

el que nos encontramos con D. Manolo, pues la embarcación en la que viajaba junto a su hasta entonces esposa no naufragó, sino que por determinadas circunstancias, en principio explicadas como un accidente, este desapareció en el agua, obviamente por inmersión. No tenemos datos acerca del medio por el que la embarcación navegada, si bien lo más sensato es pensar que lo hacía por el mar. De todos modos autores como GUINEA FERNÁNDEZ apoyan la aplicación analógica del término “por inmersión en el mar” a cualquier desaparición producida por la inmersión del sujeto en un medio acuático<sup>10</sup>, justificándolo con que en el caso del naufragio no se pone el medio en el que el mismo se produzca como requisito de aplicación del precepto, con lo que todo parece apuntar que no es la intención del legislador establecer tal requisito y cabe por ello la aplicación analógica.

Tal y como establece el artículo 195 CC, mientras no se produzca la declaración de fallecimiento se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que se le deba tomar como fallecido, salvo que existan investigaciones que evidencien lo contrario. Así, sirve para fijar la fecha a partir de la cual se le presume fallecido y por tanto la fecha a partir de la cual despliega efectos, que si bien es cierto algunos de ellos son similares a los que esta produciría, no significa que se equipare la declaración de fallecimiento con la muerte, pues la primera no extingue la personalidad del sujeto<sup>11</sup>. Una vez el auto hubiese sido dictado, o sea dictado el decreto en la actualidad, se procederá a realizar una inscripción de la declaración de fallecimiento entendiéndose esta al margen de la inscripción de nacimiento del sujeto, en base a lo dispuesto en el artículo 46 LRC. Podemos decir, de este modo, que el auto dictado por el Juez de Primera instancia era el requisito formal de la declaración de fallecimiento<sup>12</sup>, del mismo modo que lo es ahora el decreto del Secretario judicial.

En cuanto a la fecha que se ha de fijar en el auto o decreto (dependiendo del momento en el que sea dictada la declaración de fallecimiento) y a partir de la cual la declaración de fallecimiento habrá de desplegar sus efectos, no nos ofrece el Código Civil un criterio de cómo determinarla. Lo más simple es fijarla el día siguiente a la expiración del plazo establecido en el Código para el supuesto concreto, y de hecho esto parece ser lo más útil en los casos en los que el sujeto simplemente desaparece de manera prolongada en el tiempo; pero en aquellos casos en los que existe un peligro excepcional, como pueda ser el caso de un naufragio o una inmersión en el mar, la lógica nos lleva a pensar que “parece preferible situar la fecha del fallecimiento en el momento en que se produjo la situación de riesgo de muerte”<sup>13</sup>. Así, en el supuesto que aquí nos ocupa, en el que desconocemos cuándo fue dictado el auto de declaración de fallecimiento y la fecha que en él se establecía, podemos decir que parece razonable que esta última se hubiese fijado con relación al día del supuesto accidente en el que D. Manolo resultó desaparecido, si bien tampoco contamos con este dato.

Actualmente el procedimiento de la declaración de fallecimiento se rige por lo dispuestos en Capítulo IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Sin embargo, y a pesar de no conocer la fecha exacta de la declaración de fallecimiento de D. Manolo, podemos afirmar que esta se produjo con anterioridad a 2009, pues en esa fecha D<sup>a</sup> María se casó de nuevo habiendo ya sido declarado su primer marido. Por ello el procedimiento seguido para la declaración de fallecimiento de D. Manolo se llevó a cabo conforme a lo establecido en el Título XII de la LEC de 1881, dado que la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su apartado 1.1<sup>a</sup> establece que el título de la antigua LEC al que nos hemos referido estaría vigente hasta la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, cosa que no sucedió hasta el 23 de julio de 2015.

El artículo 2042 LEC/1881 establecía que estaban legitimados para instar la declaración de fallecimiento tanto las partes interesadas como el Ministerio Fiscal, sin que fuese necesaria la declaración previa de ausencia. Si resultasen suficientemente acreditados los requisitos del correspondiente artículo del Código Civil dependiendo del supuesto (en este caso el 194.2º CC), para

---

<sup>10</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., pág. 177.

<sup>11</sup> *Ibid.*, pág. 93.

<sup>12</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho Civil I Parte General*, Vol. II, 5ª ed., Madrid, Dykinson, 2008, pág. 246.

<sup>13</sup> *Ibid.*, págs. 246 y 247.

lo cual el juez podría practicar de oficio cuantas pruebas creyese convenientes, este dictaría auto declarando el fallecimiento. También disponía este artículo que se daría “conocimiento de la existencia del expediente, con intervalo de quince días, en el Boletín Oficial del Estado, en un periódico de gran circulación de Madrid, en otro de la capitalidad de la provincia en que el ausente hubiere tenido su última residencia o, en su defecto, su último domicilio y por la Radio Nacional”.

En la actualidad es el artículo 74 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria el que se encarga de regular esta materia. La principal modificación es que ahora será el Secretario judicial el encargado de dictar por decreto la declaración de fallecimiento. Por otro lado, este artículo se encarga de diferenciar aquellos supuestos en los que la declaración de fallecimiento podrá ser instada, bien sea por el Ministerio Fiscal o por los interesados, de aquellos en los que el Ministerio Fiscal habrá de hacerlo necesariamente, así como el plazo tras el que debe hacerlo (inmediatamente después del siniestro para el supuesto del 194.2º CC y tras 8 días sin recuperar los restos, en el caso del 194.3º CC).

## **II.- De los efectos de la declaración de fallecimiento sobre el matrimonio.**

Como ya hemos dicho, la declaración de fallecimiento produce una serie de efectos similares a los de la muerte, si bien no los mismos ni todos los que esta produciría, por lo que no se puede equiparar una cosa a la otra. En palabras del Tribunal Supremo “el hecho de que la declaración de fallecimiento establezca la probabilidad de la muerte del desaparecido, sin excluir la posibilidad de que el mismo siga vivo, no impide que nuestro ordenamiento vincule a la misma importantes consecuencias jurídicas - en los órdenes familiar y patrimonial: artículos 85 y 196 del Código Civil –”<sup>14</sup>. En efecto, con relación a la esfera familiar del sujeto declarado fallecido, el artículo 85 CC dispone lo siguiente: “El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”. La actual redacción de este artículo no deja, por tanto, lugar a dudas: la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges supone la disolución del matrimonio, del mismo modo que si este hubiese muerto. Ello supone que el otro cónyuge es total y absolutamente libre de poder contraer unas nuevas nupcias con toda la validez.

A pesar de ello este artículo 85 CC no está exento de la polémica, y es que no toda la doctrina lo entiende en el mismo sentido. La mayor parte de ella sostiene exactamente lo que acabamos de exponer, el matrimonio se disuelve y se es totalmente libre de casarse de nuevo. Pero otra parte de la doctrina sostiene que si bien existe un efecto disolutorio sobre el matrimonio, este puede ser revocado si el cónyuge declarado fallecido reaparece con vida. Ahora bien, este será un tema que abordaremos en el próximo apartado, pues bien se entienda que la disolución de la relación matrimonial pueda ser revocada o no por la reaparición del declarado fallecido, no se niega la disolución como tal.

Nuestro Código no siempre reconoció esta institución como una causa más de disolución del matrimonio. De hecho, el artículo el artículo 195 CC in fine dispuso, hasta su reforma en el año 1981, que “la declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio”<sup>15</sup>. Este concreto precepto fue objeto de mucha discusión doctrinal, pues no todos los autores lo interpretaron del mismo modo. Así, algunos de ellos apostaban por que suponía la disolución del matrimonio, mientras que otros entendían que la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges se traducía en un “estado de letargia” de la relación matrimonial entre ellos existente<sup>16</sup>. De todos modos, es una discusión irrelevante en este caso dado que queda superada por la reforma anteriormente citada en la que se suprime este apartado y se introduce la actual redacción del artículo 85 CC.

Existen dos líneas doctrinales distintas acerca de en qué momento debe entenderse que se produce el efecto disolutorio de la declaración de fallecimiento sobre el matrimonio. GUINEA

<sup>14</sup> STS –Sala 1ª– 407/2010, de 18 junio de 2010, FJ 4º (Aranzadi RJ 2010\4890).

<sup>15</sup> Dicha redacción databa del año 1939 y estuvo vigente desde el 8 de noviembre de ese año hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, lo que sucedió el día el 9 de agosto de 1981.

<sup>16</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., págs. 336 y ss.

FERNÁNDEZ opta por el momento en el que auto en el cual esta se declara cobra firmeza como solución a los problemas de orden jurídicos que se ocasionarían al seguir la otra de las posturas; mientras que otros como GRAMUNT FOMBUENA entienden que la extinción del matrimonio se retrotrae a la fecha que en el auto conste<sup>17</sup>, lo que parece razonable dado que esa fecha sirve para determinar el momento a partir del cual la declaración de fallecimiento despliega efectos.

Cuestión distinta suponen los efectos de la declaración de fallecimiento sobre el matrimonio celebrado conforme al Derecho canónico<sup>18</sup>. El § 1 del canon 1707 del Código de Derecho Canónico de 1983 establece que “cuando la muerte de un cónyuge no pueda probarse por documento auténtico, eclesiástico o civil, el otro cónyuge no puede considerarse libre de vínculo matrimonial antes de que el Obispo diocesano haya emitido la declaración de muerte presunta”. Tal declaración debe ser instada por el cónyuge de la persona cuya muerte presunta se pretenda declarar. Continúa este canon estableciendo que el obispo emitirá la declaración solo cuando haya alcanzado la certeza moral acerca de la muerte del cónyuge, después de haber realizado las oportunas investigaciones mediante declaración de testigos, fama o indicios. En casos dudosos y complicados este habrá de consultar a la Sede Apostólica, sin que baste para alcanzar esa certeza moral el mero hecho de que el cónyuge se halle ausente, aunque dicha situación se prolongue por mucho tiempo. Por tanto, contando con la declaración de muerte presunta emitida por el obispo diocesano el cónyuge que haya sobrevivido podrá contraer nuevo matrimonio católico.

No obstante, creemos necesario hacer una especial referencia al término “certeza moral”, pues si bien el DRAE define la certeza como el “conocimiento seguro y claro de algo” o “firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar”, el hecho de que esta sea adjetivada implica una diferente connotación. Así pues, en el Derecho canónico podríamos definir la certeza moral como “aquel estado de la mente humana que supone firmeza en su adhesión a la verdad conocida cuando en el objeto de conocimiento entra en juego la libertad humana u otras realidades contingentes – firmeza que no excluye absolutamente la posibilidad del contrario, pero que rechaza toda duda que no admitiría una persona prudente y con sano juicio”<sup>19</sup>.

### **III. De la revocación de la declaración de fallecimiento y sus efectos en la esfera matrimonial.**

Dado que la declaración de fallecimiento no es más que una presunción iuris tantum basada en la incertidumbre acerca de la existencia de una persona, puede suceder que la persona declarada fallecida mediante auto judicial reaparezca y por ello se demuestre que estaba realmente viva. Del mismo modo que la declaración de fallecimiento acarrea una serie de efectos en distintos ámbitos jurídicos también lo hace su revocación<sup>20</sup>.

El procedimiento para revocar la declaración de fallecimiento ha cambiado recientemente. Como ya hemos comentado antes brevemente, algunos de los artículos de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 siguieron vigentes tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento actual (Ley 1/2000, de 7 de enero). En lo que afecta tanto a la declaración de fallecimiento como a su revocación, la disposición derogatoria única de la nueva LEC, en su apartado 1.1<sup>a</sup> estableció que seguiría en vigor el Título XII, en el que se regulaba este tema, de la LEC de 1881 en tanto en cuanto no entrase en vigor una ley de jurisdicción voluntaria. Este hecho que se cumplió con la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que entró en vigor el 23 de julio de 2015 derogando aquellos artículos de la

<sup>17</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., págs. 345 y ss.

<sup>18</sup> El Estado español reconoce este tipo de matrimonio, y por ello despliega efectos civiles, en virtud del artículo 6.1 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, celebrado entre el Estado español y la Santa Sede.

<sup>19</sup> OTUDAY, Javier (dir.), VIANA, Antonio (dir.), SEDANO, Joaquín (dir.), *Diccionario general de derecho canónico*, vol. II, 1<sup>a</sup> ed., Navarra, Aranzadi – Thomson Reuters, 2012, pág. 60.

<sup>20</sup> También puede suceder exactamente lo contrario, es decir, que se pruebe que la persona ha fallecido y por tanto también sea necesario revocar la declaración de fallecimiento, en cuyo caso caben dos posibilidades: que la fecha del fallecimiento real coincida o no con la establecida en el auto de fallecimiento, lo que puede tener consecuencias en la sucesión del causante, si bien no entraremos en ello puesto que no guarda relación con el caso que aquí debemos analizar.

LEC antigua (entre otras leyes) que siguiesen en vigor y concretamente ese Título XII que se encargaba de regular el procedimiento para la declaración de fallecimiento y su posible revocación. Por ello, y dado que no sabemos si D. Manolo llevó a cabo los trámites necesarios para revocar su declaración de fallecimiento al reaparecer en el año 2014, nos parece especialmente importante hacer un apunte:

A. En caso de que D. Manolo hubiese solicitado la revocación de su declaración de fallecimiento a su reaparición en 2014 o, aunque fuese posterior a ese momento, antes de la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria el 23 de julio de 2015 se aplicaría el artículo 2043 LEC/1881. Así pues, tras ser correctamente identificado y ser realizadas las pruebas propuestas por el Ministerio Fiscal y las partes, en caso de haber propuesto alguna, se dictaría auto dejando sin efecto el auto de declaración de fallecimiento del reaparecido. Podía suceder también que la persona no se presentase ante el correspondiente Juzgado de Primera Instancia pero sí se tuviesen noticias del declarado fallecido en paradero conocido, en cuyo caso se le notificaría personalmente el auto en el que se la había declarado fallecido requiriéndole al mismo tiempo que aportase pruebas sobre su identidad. Hubiese este aportado pruebas acerca de su identidad o no, el juez resolvería mediante auto lo que resultase procedente.

B. Para el supuesto de que el auto que en su día declaró fallecido a D. Manolo no hubiese sido revocado todavía o si lo hubiese sido ya pero el proceso fuese posterior al 23 de julio de 2015 se aplicaría ya la Ley de Jurisdicción Voluntaria, puesto que su disposición derogatoria única se encargó de derogar, junto a otros, el artículo 2043 LEC/1881. Es el artículo 75 el que se encarga de regular cómo se ha de proceder en el caso de que la persona declarada fallecida reaparezca o se conozca su existencia. El proceso es esencialmente igual, con la diferencia de que hoy día es el Secretario judicial, actualmente denominado Letrado de la Administración de Justicia, ante el que se llevan a cabo todos los trámites y por tanto el encargado de dictar la resolución, si bien en la actualidad es él mismo quien se encarga de declarar fallecido al sujeto, ya no el Juez.

Es importante hacer referencia al proceso de revocación de la declaración de fallecimiento por lo que a continuación vamos a abordar, y es que dado que la declaración de fallecimiento tiene efectos erga omnes, debe revocarse para que los deje de producir y se corrija la falta de concordancia entre lo jurídicamente establecido y la realidad de hecho<sup>21</sup>. Autores como TALCIANI matizan esta afirmación, pues según este el hecho de que sea necesario la revocación para evitar que la declaración de fallecimiento siga produciendo efectos erga omnes no supone que sea necesaria también para producir efectos en una relación jurídica concreta en la que el sujeto la pretenda invocar. Así lo establece al decir que “si en algún juicio particular se acredita la vida del ausente, los efectos de derecho se regularán conforme a esa prueba, y no de acuerdo a la declaración de fallecimiento que pierde eficacia al enfrentarse a esa acreditación. No obstante, la declaración de fallecimiento, por su entrada al Registro Civil, seguirá desplegando su eficacia respecto de todo el resto de relaciones y situaciones jurídicas y para todos aquellos que no han intervenido en el litigio”<sup>22</sup>.

Centrándonos en los efectos de la revocación de la declaración de fallecimiento sobre el matrimonio que el declarado fallecido hubiese tenido antes de producirse este hecho, debemos retomar la discusión doctrinal acerca de la interpretación del artículo 85 CC para, ahora sí, profundizar un poco más en ella. Como ya adelantamos en el apartado anterior existen dos corrientes: una primera defiende el mantenimiento del efecto disolutorio del matrimonio aunque el cónyuge declarado fallecido reaparezca con vida; la segunda, por su parte, apuesta por la subsistencia del vínculo matrimonial preexistente y la consiguiente revocación del mencionado efecto que la declaración de fallecimiento hubiese producido.

La vertiente defensora de la irrevocabilidad del efecto disolutorio se basa en argumentos tales como que la otra opción posible atentaría contra el principio de seguridad jurídica, principio constitucionalmente garantizado según lo dispuesto en el artículo 9.3 CE. Ello se explica porque revocar la disolución del matrimonio anterior y por consiguiente declarar nulo el posterior supondría

---

<sup>21</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., pág. 359.

<sup>22</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán F., *La declaración...*, op. cit., pág. 316.

anular un matrimonio que al tiempo de su celebración cumplía con los requisitos oportunos en virtud de un impedimento en ese tiempo imposible de prever<sup>23</sup>. Otro argumento que los autores esgrimen en favor de esta teoría es el hecho de que si bien la declaración de fallecimiento tiene efectos familiares y patrimoniales (recogidos en los artículos 85 y 196 CC respectivamente), el artículo 197 CC se encarga de los efectos patrimoniales que se producen con la revocación de fallecimiento, mientras que no existe uno equivalente referente al matrimonio, de lo cual puede deducirse que no es intención del legislador que la revocación produzca ningún tipo de efecto sobre la disolución del matrimonio que se hubiese producido con anterioridad<sup>24</sup>. A mayores GUINEA FERNÁNDEZ expone que siguiendo lo dispuesto en el artículo 3.1 CC si interpretamos el artículo 85 CC conforme “a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas” parece impensable que sea tan sencillo conseguir un divorcio pero, por el contrario, “se ponga en duda la disolución absoluta, permanente e irrevocable del matrimonio en caso de declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges”<sup>25</sup>.

La vertiente contraria se basa principalmente en una interpretación del artículo 85 CC desde la perspectiva de que este no encierra tres sino tan solo dos causas de disolución del matrimonio, puesto que la muerte y la declaración de fallecimiento se equiparan mediante la palabra “o”. De este modo, para ellos, la declaración de fallecimiento funciona solo hasta el punto en que se equipara a la muerte y no de manera independiente, con lo que probada la vida se revoca ese efecto<sup>26</sup>. Así, para los autores de esta opinión sería necesario que se hablase de “muerte, declaración de fallecimiento y divorcio”, en lugar de “muerte o declaración de fallecimiento y divorcio”. Entiende CORRAL TALCIANI que en caso de no revocarse el efecto disolutorio se traduciría en un gran inconveniente a nivel práctico para el cónyuge de la persona que hubiese reaparecido en caso de que se hubiese mantenido fiel a él o a ella, pues en tal caso deberían volver a contraer nuevo matrimonio tal y como si se hubiesen divorciado. Las consecuencias que se derivan de esta postura son, en primer lugar y como resulta obvio, la persistencia del vínculo matrimonial con el declarado fallecido una vez reaparezca este; por consiguiente, se produciría la nulidad de las posibles nupcias posteriores que el otro cónyuge hubiese podido contraer, por ser contrario al impedimento de ligamen del artículo 46.2º CC, que dispone que no pueden contraer matrimonio aquellas personas que ya se encuentren ligadas por vínculo matrimonial.

Llegados a este punto en el que ya hemos explicado los argumentos de ambas teorías debemos decantarnos por la primera por parecernos esta más coherente. A nuestro parecer, no es suficiente el hecho de que el artículo 85 CC tenga una “o y no una coma entre la muerte y la declaración de fallecimiento para sobreentender que por ello el legislador quiere que esa disolución sea revocada en caso de prueba de vida del cónyuge declarado fallecido, pues entendemos que de ser esta la verdadera intención se hubiese expresado. Compartimos el argumento de LLEBARÍA SAMPER para explicar la presencia de la conjunción disyuntiva en el precepto<sup>27</sup>. Según este autor no se trata de recoger dos causas en lugar de tres, sino que se justifica por la naturaleza de los hechos<sup>28</sup>.

Las consecuencias de la postura tomada suponen la validez de las nuevas nupcias contraídas por el cónyuge de la persona declarada fallecida, siempre y cuando fusen contraídas después de tal declaración, como es obvio. Del mismo modo “el reaparecido no podrá ser considerado cónyuge de su consorte aunque este le haya guardado ausencia y no haya vuelto a contraer matrimonio posterior alguno”<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán F., *La declaración...*, op. cit., pág. 374.

<sup>24</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., pág. 338 y ss.; y CORRAL TALCIANI, H. F., *La declaración...*, op. cit., pág. 375.

<sup>25</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., pág. 338.

<sup>26</sup> CORRAL TALCIANI, H. F., *La declaración...*, op. cit., Págs. 376 y ss.

<sup>27</sup> Apud GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., pág. 343.

<sup>28</sup> Si bien este autor sostiene en este argumento que la declaración de fallecimiento supone una negación de capacidad jurídica, con lo que discrepamos, pues estamos de acuerdo con el matiz que GUINEA FERNÁNDEZ realiza sobre tal afirmación al decir que no supone una pérdida de capacidad jurídica, sino que simplemente la eficacia de esta se ve limitada en tanto que no se aclare la discordancia entre las dos realidades existentes: la jurídica y la material.

<sup>29</sup> LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil VI: Derecho de Familia*, 8ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2009, pág. 101.

Por lo que respecta al Derecho canónico, como ya expusimos en el apartado anterior, no reconoce la declaración de fallecimiento exactamente, sino que es preciso que el obispo diocesano emita una declaración de muerte presunta basada en la certeza moral de que la persona ha fallecido. De este modo es posible para su cónyuge contraer nuevo matrimonio conforme al Derecho canónico. Pero no esto no debe llevarnos a confusión, pues que el cónyuge del ausente pueda contraer nuevo matrimonio no significa en ningún caso que este siga siendo válido para el supuesto de que el cónyuge presuntamente muerto reaparezca, probándose así que hubo un error a la hora de probar esa certeza moral tenida en cuenta para declarar la muerte presunta. Sucede en estos casos que el primer matrimonio subsiste, lo que conlleva la consiguiente nulidad del segundo de ellos por impedimento de ligamen. El motivo lo encontramos en el canon 1085.1, que nos dice que “atenta inválidamente al matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado”. En esta línea establece el canon 1085.2 que “aun cuando el matrimonio anterior sea nulo o haya sido disuelto por cualquier causa, no por eso es lícito contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución precedente”. Teniendo en cuenta que la presunción de muerte no deja de ser una presunción<sup>30</sup> y que por tanto no se basa en la certeza, sino en una supuesta “certeza moral”, que no es de ningún modo concluyente, parece obvio que el hecho de que se haya producido la declaración de la muerte presunta de uno de los cónyuges y se permita al otro contraer nuevo matrimonio en base a esa presunción, no significa que el sujeto esté efectivamente muerto. Por ello, cabe una posibilidad de que tal certeza no sea tan certera y el cónyuge se encuentre con vida, lo que desencadenaría, como hemos dicho en la nulidad del segundo matrimonio.

### 1.3.- CONCLUSIONES

I.- D. Manolo fue declarado fallecido por la vía del artículo 194.2º CC por amoldarse el supuesto de su desaparición a uno de los allí recogidos y cumplir los requisitos exigidos por este: desaparición por inmersión en el mar y transcurso de un plazo de tres meses. Dicha declaración de fallecimiento se produce como es obvio, con posterioridad al viaje en barco de junio de 2007, pero con anterioridad a la segunda boda de Dª María en agosto de 2009, motivo por el que podemos afirmar que este plazo se cumple. Este mismo motivo justifica también la aplicación de la antigua versión de este artículo, pues por aquel entonces no había sido reformado todavía. Del mismo modo justifica que la declaración de fallecimiento se produjese conforme a lo establecido en la ya derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (art. 2042 LEC/1881), vigente en este caso hasta la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (23 de junio de 2015) en virtud de la Disposición Derogatoria Única, apartado 1.1ª, de la LEC actual. Esto significa que D. Manolo fue declarado fallecido mediante auto, en el cual se estableció la fecha a partir de la cual se le consideraría fallecido y por tanto a partir de la cual la declaración de fallecimiento desplegaría efectos.

II.- Dicha declaración de fallecimiento disolvió el vínculo matrimonial hasta entonces existente entre D. Manolo y Dª María, tal y como señala el artículo 85 CC, pudiendo así esta contraer nuevas nupcias, cosa que hizo con D. Marcial. Ya que se nos deja claro que María contrae segundo matrimonio dada la desaparición y consiguiente declaración de fallecimiento de su anterior marido, queda suficientemente acreditado que en el momento de la segunda boda la declaración de fallecimiento ya se había producido. Según la postura que hemos adoptado con respecto a la posible revocación del efecto disolutorio del matrimonio, que rechazamos junto a la doctrina mayoritaria, el matrimonio entre Dª María y D. Marcial es perfectamente válido, o al menos, podemos afirmar que en caso de adolecer de alguna causa de invalidez (supuesto que no hemos estudiado porque no tenemos datos que nos lleven a pesar que se dé alguna) esta no será en ningún caso por el impedimento de ligamen recogido en el artículo 46.2º CC. Por todo lo anteriormente expuesto, no es posible que D. Manolo lleve a cabo acciones legales para poner fin a un matrimonio que ya ha sido disuelto años atrás.

III.- Por la poca información que el supuesto de hecho arroja acerca del matrimonio entre D. Manolo y Dª María, no sabemos su forma de celebración. Si bien esto no es relevante a la hora de

---

<sup>30</sup> Según el canon 1584 “la presunción es una conjetura probable sobre una cosa incierta”.

aplicar el artículo 85 CC (puesto que este mismo establece su aplicación “sea cual fuere la forma de su celebración”), no podemos pasar por alto que cabe la posibilidad de que fuese celebrado conforme al Derecho canónico. No es un hecho que podamos afirmar, ni lo hacemos, pero dadas las características de la sociedad española no sería algo inusual y por tanto no parece conveniente obviar la posibilidad de que así sea. Por ello, para el supuesto de que el matrimonio fuese canónico este solo se habría disuelto si D<sup>a</sup> María hubiese solicitado al Obispo Diocesano la declaración de muerte presunta de su marido, conforme al canon 1707 del Código de Derecho Canónico, y este la hubiese declarado por alcanzar la suficiente certeza moral de que D. Manolo había fallecido. En caso de que así hubiese sucedido, y el segundo de los matrimonios fuese también canónico (puesto que al contar con la declaración de muerte presunta D<sup>a</sup> María podría haberse vuelto a casar conforme a este Derecho), al reaparecer D. Manolo las segundas nupcias contraídas por D<sup>a</sup> María serían nulas por impedimento de ligamen recogido en el canon 1085 del Código de Derecho Canónico. De este modo, en caso de que esta teoría se cumpliera, se produciría una clara discordancia entre el Derecho Civil español y el Derecho canónico, puesto que D<sup>a</sup> María seguiría casada con D. Manolo conforme al segundo, pero con D. Marcial conforme al primero.

IV.- Ya que tampoco nos consta que se haya producido la revocación de la declaración de fallecimiento de D. Manolo debemos hacer referencia a las posibles consecuencias que podría tener el hecho de no haber sido revocada todavía. Con la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria se cambia el procedimiento para la declaración de fallecimiento y su revocación. Si bien esta última estuvo hasta entonces, 23 de junio de 2015, regida por el artículo 2043 LEC/1881 (por los mismos motivos ya expuestos en el apartado I de estas conclusiones), lo está ahora por el artículo 75 de la Ley antes mencionada. La mayor diferencia a efectos prácticos es que, en caso de que D. Manolo hubiese procedido a revocar su declaración de fallecimiento a su regreso, o al menos antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley, la revocación se produciría del mismo modo en el que se produjo la declaración en sí misma, el auto de un Juez. En caso contrario, si bien hubiese sido posterior, o incluso no se hubiese revocado todavía, siguiendo por tanto produciendo efectos erga omnes, debería hacerse mediante decreto del Letrado de la Administración de justicia, o como la Ley se sigue refiriendo a estos profesionales, el Secretario Judicial.

## **2.- CARACTERÍSTICAS DEL DELITO COMETIDO POR D<sup>a</sup> MARÍA HACIA D. MANOLO Y VALIDEZ DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS.**

### **2.1.- HECHOS RELEVANTES.**

I.- D. Marcial, el nuevo cónyuge de D<sup>a</sup> María, resulta investigado por un delito de tráfico de drogas, realizándose escuchas telefónicas. A partir de las mismas se descubre una conversación en la que D<sup>a</sup> María relata a D<sup>a</sup> Sara, amiga suya, la ansiedad que le producen los hechos sucedidos en el viaje en barco que la primera había hecho con su primer marido, D. Manolo, del cual había resultado la desaparición del mismo y su posterior declaración de fallecimiento.

II.- En la citada conversación telefónica D<sup>a</sup> María confiesa a su amiga haber golpeado fuertemente a su entonces marido D. Manolo, tirándolo a continuación por la borda del barco; todo ello fruto de la ira y la obcecación que sintió al comunicarle D. Manolo su intención de poner fin a la relación matrimonial existente entre ambos por haber conocido a otra persona.

III.- D<sup>a</sup> María es acusada del asesinato de D. Manolo a raíz de las mencionadas intervenciones telefónicas.

IV.- El 3 de enero del año 2014 D. Manolo regresa con vida.

### **2.2.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**

#### **2.2.1.- DELITO COMETIDO POR D<sup>a</sup> MARÍA**

##### **I.- Del derecho a la vida y de la vida humana independiente como bien jurídico protegido**

En el barco D<sup>a</sup> María atenta contra la vida de su primer marido, D. Manolo, realizando una acción constitutiva de delito de forma dolosa. Por ello, a continuación entraremos a estudiar las figuras del homicidio y el asesinato para aclarar el tipo delictivo que constituyen los hechos cometidos por D<sup>a</sup> María, no sin antes ofrecer unas pinceladas comunes a ambos.

Cabe decir, en primer lugar, que nuestra Constitución reconoce el derecho a la vida como un derecho fundamental en su artículo 15. Si bien esto supone el reconocimiento de un derecho subjetivo del que todos somos titulares, el Código Penal, mediante los tipos delictivos a los que nos hemos referido, lo que protege no es un derecho subjetivo a la vida, sino un bien jurídico, que en este caso se trata de la vida humana independiente<sup>31</sup>. El término “bien jurídico” debe ser entendido como un valor esencial que el Estado tutela mediante su *ius puniendi*, determinando castigos y penas para la realización de ciertos hechos que atentan contra él<sup>32</sup>. El objeto material es en ambos casos un ser humano con vida independiente.

Existen dos corrientes doctrinales que entienden en distinto modo los delitos de homicidio y de asesinato. Por un lado, un sector entiende que el homicidio es el tipo básico de los delitos contra la vida humana independiente y que, por tanto, el delito no es más que un tipo agravado del mismo, sector con el que coincidimos. Otro sector, sin embargo, entiende que cada uno de ellos tiene sustantividad propia, por ser independientes entre sí. Dependiendo de la postura que adoptemos las consecuencias son importantes, y de entre ellas la principal para el proceso penal se basa en el artículo 733 LECrim, pues el Tribunal no podrá condenar por un delito por el que no se haya acusado, aunque sí pueda proponer a las partes la posible concurrencia, pero es totalmente libre de apreciar circunstancias agravantes. En otras palabras, si entendemos que el asesinato es un tipo agravado de homicidio un

<sup>31</sup> GRACIA MARTÍN, Luis; VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 12 y ss.

<sup>32</sup> ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de Derecho Penal: parte general*, 5<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 22.

Tribunal podría condenar por asesinato aunque las partes acusen de homicidio, pero adoptando la tesis contraria no<sup>33</sup>.

## II.- Del delito de homicidio

El homicidio recogido en el artículo 138.1 CP es doloso, pues queda claro D<sup>a</sup> María no obra por imprudencia, si bien el Código recoge tal tipo en el artículo 142 CP, que no entraremos a analizar.

Por ser este un delito común, el sujeto activo puede ser cualquiera, cabiendo la coautoría, aunque aquí no sea el caso. En cuanto al sujeto pasivo, puede serlo también cualquier persona viva –que ha de contar con vida independiente–, aunque debemos tener en cuenta que el propio Código recoge de manera específica los atentados contra la vida de determinadas personas como puedan ser el Rey o un jefe de Estado extranjero (arts. 485 y 605.1 CP respectivamente), por ejemplo, lo que nos impone ya un límite en lo que al sujeto pasivo se refiere, marcado por un concurso de leyes<sup>34</sup>. El tipo objetivo del homicidio doloso supone poner fin a la vida de otra persona. Requiere por tanto un resultado de muerte, que ha de ser producto de la acción (u omisión) de matar. Entre dicha acción y el resultado debe mediar una relación de causalidad, partiendo de la teoría de la equivalencia de condiciones, “en el sentido de que es causa toda conducta que contribuye a la producción de un resultado desde un punto de vista físico, lógico o natural”, según MUÑOZ CONDE<sup>35</sup>. La teoría de la equivalencia debe ser matizada mediante la teoría de la imputación objetiva, que supone que un hecho solo será típico si la acción llevada a cabo por el sujeto activo “ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y este se ha realizado en el resultado”<sup>36</sup>. En la medida en que se cumpla lo establecido por el artículo 11 CP el homicidio podrá ser cometido por omisión, si bien no entraremos en detalles a este respecto dado que no cabe duda alguna acerca de que lo sucedido en este supuesto es por acción, no por omisión.

El tipo subjetivo de este delito consiste en el dolo, ya que como hemos dicho el homicidio imprudente es posible, pero se recoge en otro artículo. El dolo supone el conocimiento y la voluntad de realización del acto típico, en este caso producir la muerte de otra persona (*animus necandi*). Basta con que exista dolo eventual, es decir, que la persona sepa que hay una gran probabilidad de que se produzca el resultado de muerte antes de actuar, y actúe de todos modos<sup>37</sup>. El problema del dolo se encuentra en su prueba, pues al ser algo sumamente subjetivo, puede resultar difícil. La jurisprudencia reconoce tal dificultad, aclarando que el dolo deberá ser deducido de manera racional de los hechos externos realizados por el sujeto activo antes, durante y después de la agresión<sup>38</sup>.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, introduce en el artículo 138.2 CP una serie de homicidios agravados, una suerte de figuras intermedias entre el homicidio básico y el asesinato, lo que doctrinalmente puede causar un problema en la distinción tradicional entre ambos delitos. Este precepto pena de una manera más contundente, con la pena superior en grado de la prevista para el tipo básico, aquellos casos en los que el sujeto pasivo sea menor de 16 años o sea especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad; cuando el homicidio estuviese precedido por un delito sexual del agresor hacia la víctima; cuando el sujeto activo pertenezca a una organización criminal y cuando los hechos sean también constitutivos de delito de atentado (art. 550 CP). Estos supuestos, a excepción del último, son realmente los previstos en el artículo 140.1 CP, que suponen hoy día una agravación del asesinato hasta el punto de estar penados con prisión permanente revisable, si bien el Código se remite a ellos para penar más estas circunstancias cuando se den en el delito de homicidio<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> GRACIA MARTÍN, L; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de...*, op. cit., págs. 16 y ss.

<sup>34</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 15.

<sup>35</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 17.

<sup>36</sup> GRACIA MARTÍN, L; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de...*, op. cit., pág. 50.

<sup>37</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 19.

<sup>38</sup> STS –Sala 2ª– 271/2005, de 28 de febrero, FJ 3º (Aranzadi RJ 2005\1906).

<sup>39</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español Parte Especial*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 28 y ss.

### III. Del delito de asesinato

El delito de asesinato del artículo 139.1 CP es el atentado más grave que se puede llevar a cabo contra la vida humana independiente, que deja de calificarse como homicidio para ser asesinato por concurrir alguna de las causas en este artículo estipuladas, que aumentan la culpabilidad. Ya en épocas romanas, en la *Lex Cornelia sicariis et veneficiis* se penaba especialmente cuando el hecho de matar a otro se realizase por precio. En el derecho germánico tiene origen la alevosía, pues se distinguía entre la muerte “a cara abierta” y la consumada a traición<sup>40</sup>. A continuación analizaremos cada uno de los subtipos que componen el asesinato, para más tarde analizar si alguno de ellos concurre en el supuesto de hecho.

El artículo 139.1.1<sup>a</sup> recoge la alevosía, figura que encuentra su análoga en la circunstancia agravante del art. 22.1 CP, que explica que “hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”. La alevosía no requiere que el autor realice la propia circunstancia, es suficiente con que se aproveche de los medios, modos o formas que ya le vengan dados con el fin de eliminar las posibilidades de que la víctima se defienda<sup>41</sup>. En ciertos casos el medio utilizado para perpetrar el asesinato ya implica alevosía, como por ejemplo envenenar a alguien, incendiar el sitio en el que se encuentra o colocarle un explosivo en el vehículo en el que va a montarse<sup>42</sup>. El Tribunal Supremo en su jurisprudencia viene diferenciando distintos tipos de alevosía: “a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera; b) alevosía súbita o inopinada, llamada también «sorpresiva», en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina; c) alevosía de desvalimiento, en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosa, entre otros”<sup>43</sup>. La jurisprudencia rechaza la alevosía en aquellos supuestos en los que ambos sujetos, activo y pasivo, se encontraban enzarzados en una riña o pelea, por entender que quien participa en ella puede esperar un ataque en cualquier momento<sup>44</sup>.

El artículo 139.1.2<sup>a</sup> CP estipula como segunda circunstancia por la que concurrirá asesinato el hecho de matar a otro por precio, recompensa y promesa. Esta figura tiene su equivalente en el artículo 22.3<sup>a</sup> CP, si bien con una pequeña variación, pues donde este último precepto dice “mediante” el 139.1.2<sup>a</sup> CP dice “por”, lo que para la doctrina supone que en el caso de asesinato no basta con que medie precio, promesa o recompensa, sino que ese debe ser el motivo por el que el sujeto activo se decide a cometerlo. Eso nos lleva a que deben existir aquí, como mínimo tres sujetos: por un lado la víctima o sujeto pasivo, por otro el autor o sujeto activo, pero es necesaria también en este caso la figura del inductor, esto es, la persona que lo ofrece. Según la doctrina mayoritaria en inductor no concurriría tal circunstancia, puesto que no actúa movido por el afán de enriquecerse, aunque otro sector doctrina y alguna jurisprudencia respaldan la aplicación de la agravante genérica para este caso<sup>45</sup>. Se entiende que el precio, promesa o recompensa han de tener contenido económico, como así lo ha establecido el TS en su jurisprudencia<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> GRACIA MARTÍN, L; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de...*, op. cit., pág. 120.

<sup>41</sup> GRACIA MARTÍN, L; VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de...*, op. cit., pág. 123; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 36; SSTS – Sala 2<sup>a</sup>– 239/2004, de 18 febrero, FJ 3<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 2004\1104); 140/2005 de 3 febrero, FJ 5<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 2005\2193).

<sup>42</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 31.

<sup>43</sup> STS –Sala 2<sup>a</sup>– 74/1999, de 1 marzo, FJ 1<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 1999\1939); 49/2004 de 22 enero, FJ 1<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 2004\2171).

<sup>44</sup> SSTS –Sala 2<sup>a</sup>– de 21 mayo 1986, FJ 1<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 1986\2864); 541/2003, de 9 abril, FJ 2<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 2003\4071).

<sup>45</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 43.

<sup>46</sup> SSTS –Sala 2<sup>a</sup>– 1834/1992, de 14 septiembre, FJ 6<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 1992\7129); 791/1998, de 13 noviembre, FJ 8<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 1998\8962).

El ensañamiento aparece en el art. 139.1.3ª CP consistiendo este en aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento del ofendido. Nuevamente este precepto tiene su análogo en el art. 22 CP, más concretamente en su apartado 5º. Representa el sadismo y la crueldad deliberada por parte del sujeto activo<sup>47</sup>. Para la jurisprudencia la esencia del ensañamiento radica en la perversidad del autor, actuando este de modo frío y reflexivo con la intención de martirizar y atormentar innecesariamente a la víctima antes de poner fin a su vida<sup>48</sup>.

La ya mencionada LO 1/2015 introduce un cuarto supuesto (art. 139.1.4ª CP): matar a otro para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra, penando con mayor contundencia la facilitación del delito y la intención de salir impune.

El artículo 139.2 CP supone una hiperagravación de la pena por la concurrencia de más de una de las circunstancias hasta ahora mencionadas, pues estas son alternativas, es decir, la concurrencia de una sola de ellas basta para que se califique como asesinato. Por ello el legislador pena todavía más el hecho de que concurren varias. Además, para los supuestos de art. 140.1 CP mencionados en el apartado anterior (víctima menos de 16 años o especialmente vulnerable, hecho subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, o pertenencia a organización criminal) se pena desde la última reforma con prisión permanente revisable, así como para aquel que hubiese asesinado a más de dos personas (art. 140.2 CP).

Por no ser el asesinato más que un tipo agravado del homicidio, coinciden ambos en muchas cosas, no así en la imprudencia, pues nunca cabe un asesinato imprudente, por motivos obvios es necesario que exista dolo. Tanto en uno como en otro, por ser delitos de resultado, cabe la ejecución imperfecta del tipo, es decir, intentar matar a otro pero no conseguirlo, como es el caso de Dª María, que intenta matar a D. Manolo tirándolo por la borda pero no lo consigue, pues de lo contrario no reaparecería años más tarde.

Ante todo lo anteriormente expuesto debemos calificar los actos realizados por Dª María hacia su entonces marido D. Manolo como asesinato en grado de tentativa por entender que concurre la circunstancia de alevosía. Esto es así porque Dª María golpea fuertemente a D. Manolo en medio de una conversación, sin que él pudiese preverlo y por tanto poner medios para evitarlo, fruto del arrebató que la ira le produce (alevosía sorpresiva). A pesar de que como hemos dicho el TS niega que pueda darse tal circunstancia en situaciones de riña o pelea, no tenemos datos suficientes como para poder llegar a la conclusión de que tal situación se produjese en este caso, de hecho, no nos consta siquiera que hubiese una discusión. Lo único que se afirma es que ella, tras confesarle D. Manolo que quería poner fin al matrimonio, lo golpea a causa de la ira que tal confesión le hace sentir. Por otro lado, tras golpearlo fuertemente lo tira por la borda, lo que con toda seguridad y a pesar de desconocer dónde le golpea, provoque que él se quede aturdido – sin contar que en caso de que el golpe fuese en la cabeza podría haberle producido el desvanecimiento, aunque lo desconocemos– lo que le da a ella una oportunidad perfecta para tirarle por la borda sin que oponga resistencia, pues quizá de otro modo no hubiese sido capaz. Además una vez está en el agua, D. Manolo tiene muy pocas probabilidades de sobrevivir, pues si sucede en mar abierto<sup>49</sup> no tendría a qué agarrarse, no sabría hacia donde poder nadar, ni seguramente pasase nadie que le socorriese, lo que nuevamente causa que no tenga cómo defenderse ante su inminente muerte. Es preciso valorar también el hecho de que aturdido tras el golpe, quizá inconsciente, puede que no fuese ni tan siquiera capaz de flotar por sus propios medios. Por todos estos motivos creemos que queda suficientemente justificado que Dª María utilizó cuantos medios pudo para evitar una defensa por parte de su marido y así poder perpetrar el crimen, lo que finalmente no consiguió, por causas que desconocemos, aunque ni tan siquiera ella lo sabía.

---

<sup>47</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal ...*, op. cit., pág. 38.

<sup>48</sup> SSTS –Sala 2ª– de 26 de septiembre de 1988, FJ 3º (Aranzadi RJ 1988\7029); de 17 marzo 1989, FJ 2º (Aranzadi RJ 1989\2686).

<sup>49</sup> Circunstancia que desconocemos, pero es de suponer que no estaban en puerto ni en zona de costa, pues se dice que tras el “accidente” tan solo regresa Dª María, lo que nos lleva a pensar que estaban en una zona apartada.

#### IV.- De la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

La responsabilidad criminal puede ser modificada por la concurrencia de determinadas circunstancias atenuantes (art. 21 CP) o agravantes (art. 22 CP). Por falta de espacio comentaremos solo aquellos que puedan llegar a concurrir en el caso concreto.

Por lo que respecto a las atenuantes, según los datos con los que contamos solo podemos llegar a debatir la concurrencia de la circunstancia recogida en el art. 21.3ª CP, esto es, “obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”. Establece la jurisprudencia que los términos de arrebato y obcecación deben ser bien diferenciados, pues son estados pasionales distintos<sup>50</sup>. El primero es definido como una conmoción psíquica de furor súbita o de corta duración, mientras que el segundo es un estado de ofuscación con fuerte carga emocional, más prolongado en el tiempo. Por esto, aunque se nos diga que actúa por “ira y obcecación” en el supuesto, la obcecación debemos descartarla, pues no se prolonga en el tiempo. En cuanto al arrebato, el TS establece cinco requisitos<sup>51</sup> para que se pueda considerar esta atenuante: primeramente, que haya estímulos poderosos y suficientes para explicar la reacción; en segundo lugar, que como consecuencia la conciencia del sujeto se vea afectada; tercero, que entre la acción y el estímulo exista una relación causal; cuarto, que exista conexión temporal; y por último, que un observador imparcial no pudiese calificar la acción como “repudiable”. De este modo la jurisprudencia de este tribunal rechaza el arrebato en supuestos de “simples reacciones coléricas”, no cualquier estímulo es suficiente para justificar la aplicación de esta atenuante. En palabras del propio TS “si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación”<sup>52</sup>. Por ello, no creemos que deba ser apreciada esta circunstancia en el caso de Dª María, pues a pesar de los pocos datos que se nos ofrecen al respecto, parece más posible que actúe por mera cólera, que le lleva a tener una reacción del todo desmedida, incomprensible y, por supuesto, repudiable. Como bien expone el TS en su jurisprudencia esta atenuante “no supone que el derecho venga a reconocer un menor reproche o a privilegiar de alguna forma reacciones coléricas que lesionan bienes ajenos, y menos aún para atenuar la responsabilidad de quien actúa violentamente para imponer a otro una relación afectiva o de pareja no deseada o para represaliar su libre decisión de no continuarla”<sup>53</sup>.

Al hablar de agravantes, debemos recordar que no pueden ser aplicadas como agravantes genéricas aquellas que aparecen como tipos alternativos del asesinato, pues en ese caso deberían ser calificadas por la vía del art. 139.2 CP. De las demás circunstancias del art. 22 CP, no parece concurrir ninguna, pero no hemos de olvidar que el art. 23 CP recoge la conocida como circunstancia mixta de parentesco. Dicho precepto supone que dependiendo del tipo de delito cometido por el sujeto activo, la relación de parentesco<sup>54</sup> con el sujeto pasivo podrá ser tomada bien como atenuante o como agravante<sup>55</sup>. Para el caso de delitos violentos en general, el parentesco actúa como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal del sujeto activo por ser especialmente reprochable el comportamiento<sup>56</sup>. Así, debemos apreciar una agravante de parentesco en este supuesto por ser D. Manolo marido de su agresora.

<sup>50</sup> SSTS –Sala 2ª– 1116/1997, de 10 octubre, FJ 1º (Aranzadi RJ 1997\7600); 381/2006, de 31 marzo, FJ 3º (Aranzadi RJ 2006\4884).

<sup>51</sup> STS –Sala 2ª– 1233/2006, de 12 de diciembre, FJ 2º (Aranzadi 2007/459).

<sup>52</sup> STS –Sala 2ª– 428/1992, de 27 febrero, FJ 6º (Aranzadi RJ 1992\1386).

<sup>53</sup> STS –Sala 2ª– 1472/2005, de 7 diciembre, FJ 8º (Aranzadi RJ 2006\571).

<sup>54</sup> Entendiendo por pariente al cónyuge o persona con la que exista análoga relación de afectividad, al ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, del ofensor o de su cónyuge o conviviente (art. 23 CP).

<sup>55</sup> Como por ejemplo en las SSTS –Sala 2ª– 780/2000, de 11 septiembre, FJ 2º (RJ 2000\7932); 136/2012, de 6 de marzo, FJ 4º (RJ 2012\3794); 540/2016, de 10 marzo, FJ 1º (JUR 2016\82401).

<sup>56</sup> QUINTANAR DÍEZ, Manuel (dir.); ORTIZ NAVARRO, José Francisco, *Elementos de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 172.

## V. Otras consideraciones

Una vez hemos calificado los hechos cometidos por D<sup>a</sup> María debemos hacer un par de consideraciones más. En primer lugar, hemos hecho referencia a una reciente modificación del CP, con lo que debemos analizar la ley penal aplicable al supuesto. Por regla general, y de acuerdo con los artículos 9.3 CE, 1 y 2.1 CP, la ley penal aplicable a los hechos es aquella vigente en el momento de su comisión. No es posible, en principio, la aplicación retroactiva, de acuerdo con los principios de legalidad y seguridad jurídica<sup>57</sup>. Sin embargo esta regla general tiene una excepción prevista en el artículo 2.2 CP, que dice así: “(...) tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena (...)”. El principio de aplicación de la ley penal más favorable al reo es sumamente importante, hasta el punto de que existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha apreciado una vulneración del principio de legalidad por la no aplicación retroactiva de ciertas normas penales más favorables al reo<sup>58</sup>.

En principio se aplicaría el CP tal y como estaba redactado al momento de la comisión del delito (cuya fecha desconocemos pero podemos situar en algún momento entre el 30 de junio de 2007, momento en el que empieza el viaje en barco, y 2009 puesto que en ese año D. Manolo ya había sido declarado fallecido), excepto si fuese más favorable para ella la aplicación de una ley posterior. La disposición transitoria 1<sup>a</sup> de la LO 1/2015, en su apartado segundo establece que para la determinación de la ley más favorable “se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente Ley”. Si partimos de la pena en abstracto recogida por el Código Penal en caso de asesinato: con anterioridad a la modificación de 2015 la pena era de 15 a 20 años, ahora es de 15 a 25, se ha agravado. Dado que se trata de una tentativa y se aplicará la pena inferior en 1 ó 2 grados, lo importante para la pena concreta es el límite mínimo, que no ha variado y por ello tampoco resulta más favorable la modificación. Así, no es preciso entrar a analizar más aspectos y deberá aplicarse la ley penal vigente en el momento a la comisión del delito.

De acuerdo con el art. 62 CP, por tratarse de un delito en grado de tentativa se aplicará la pena inferior en uno o dos grados (de 3 años y 9 meses a 15 años menos un día, pues de acuerdo con el art. 66.1.8<sup>a</sup> CP “cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión”). Además concurre una circunstancia agravante (parentesco, art. 23 CP), con lo que siguiendo lo establecido en el art. 66.1.3<sup>a</sup> la pena deberá ser aplicada en su mitad superior. Por tanto la pena correspondiente sería de 9 años, 4 meses y 16 días a 15 años menos un día.

Como penas accesorias, dado el tipo de delito y la relación conyugal que existía entre agresora y víctima, el artículo 57.2 CP obliga a imponer prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares que el tribunal determine, así como potestativamente (art. 57.1 CP) prohibición de residir en determinados lugares o comunicarse con la víctima, sus familiares o personas que el tribunal especifique. Si la pena fuese igual o mayor a 10 años, llevará aparejada la inhabilitación absoluta durante la condena (art. 55 CP) y en caso de ser menor se impondrá, atendiendo a las circunstancias, alguna de las penas del art. 56 CP.

Otra cuestión fundamental que debemos tratar es el hecho de que realmente desconocemos dónde se produjeron los hechos, lo que es vital para justificar que los tribunales españoles puedan conocer del caso, pues por regla general corresponderá a la jurisdicción penal española solo “el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles” (art. 23.1 LOPJ, que recoge el principio de territorialidad). De este modo podemos sacar dos conclusiones iniciales: podrán conocer del caso si el barco se encontraba en aguas españolas independientemente de su pabellón, y si la comisión hubiese tenido lugar en aguas internacionales o de un tercer Estado pero el barco en el que viajasen tuviese bandera española. Además, según el principio personal (art. 23.2 LOPJ), aunque el delito no hubiese sido cometido en

<sup>57</sup> ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de...*, op. cit., pág. 111.

<sup>58</sup> STC 232/1997, de 16 diciembre, FJ 2<sup>o</sup> (Aranzadi RTC 1997/232).

territorio nacional, podrán conocer los tribunales españoles dado que la responsable es de nacionalidad española (no se afirma como tal, pero lo entendemos al no decirse que ninguno de ellos sea extranjero), siempre que se den las circunstancias siguientes: que el hecho sea punible en España, y no hay duda de que lo es; que el agraviado (D. Manolo) o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los tribunales españoles; y que D<sup>a</sup> María no haya sido absuelta, indultada o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena – condición que suponemos que se da, por no mencionarse nada al contrario –.

## 2.2.2.- ESCUCHAS TELEFÓNICAS

### I.- Del secreto de comunicaciones como derecho fundamental

El artículo 18.3 CE dispone lo siguiente: “Se garantiza el secreto de comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Este derecho es uno de los derechos fundamentales que “son derechos básicos, los más elementales que pueden corresponder a los hombres, (...) merecen una garantía especial, por cuanto afectan a las facetas más esenciales de la vida personal y social de los individuos”<sup>59</sup>. Son, por tanto, un conjunto de derechos que se caracterizan por ser especialmente elementales e importantes para todo ser humano, lo cual los hace merecedores de un estatus específico, con mayores garantías. Tal y como señala el Tribunal Constitucional “esos derechos ya existen con carácter vinculante para todos los poderes públicos (...) desde el momento mismo de entrada en vigor del texto constitucional”<sup>60</sup>. Preexisten a la ley, y por ello no son disponibles para el legislador. Constituyen una nota esencial del Estado de Derecho<sup>61</sup> que nuestro texto constitucional proclama en su artículo 1.1. Tanto la doctrina como la jurisprudencia ponen de relieve una doble naturaleza de los derechos fundamentales: como derecho subjetivo y como elementos objetivos del ordenamiento. En este sentido señala la jurisprudencia del TC que “en primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”<sup>62</sup>. Así pues, este tipo de derechos no son solo derechos individuales, que cada persona puede hacer valer contra el Estado, sino que son valores esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, lo que implica que el Estado no tiene solo la obligación de respetarlos y no lesionarlos, pues tiene también el deber de contribuir a su efectividad<sup>63</sup>.

Para que los derechos fundamentales sean totalmente efectivos precisan de una serie de garantías. Tal y como establece TEJADURA TEJADA “un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías”<sup>64</sup>, pues un derecho que no está garantizado y que no goza de protección es un derecho vacío. La primera de estas garantías es el hecho de que estén recogidos en la Constitución, norma suprema de nuestro ordenamiento, vinculando a los poderes públicos, como ya hemos comentado y como señala el artículo 53.1. CE. Además la propia Constitución establece también una reserva de ley respecto de los derechos fundamentales, y es que el artículo 81.1 CE exige que el desarrollo de estos se lleve a cabo mediante ley orgánica<sup>65</sup>. Otra garantía de los derechos fundamentales es la especial tutela judicial con la que cuentan: en primer lugar mediante el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE, también un

<sup>59</sup> SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho Constitucional*, 1ª ed., Madrid, Dykinson, 2004, pág. 459.

<sup>60</sup> STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1º (Aranzadi RTC 1982\80).

<sup>61</sup> TEJADURA TEJADA, Javier, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 30.

<sup>62</sup> STC 25/1981, de 14 de julio, FJ5º (Aranzadi RTC 1981\25).

<sup>63</sup> TEJADURA TEJADA, J., *Los derechos fundamentales y...*, op. cit., págs. 34 y ss.

<sup>64</sup> TEJADURA TEJADA, J., *Los derechos fundamentales y...*, op. cit., pág. 39.

<sup>65</sup> Lo cual implica que deben ser aprobadas por mayoría absoluta en el Congreso, tal y como exige el art. 81.2 CE, frente a la mayoría simple necesaria para aprobar una ley ordinaria.

derecho fundamental) que permite hacer valer cualquier derecho ante los tribunales, y a mayores el recurso de amparo que se puede interponer ante el Tribunal Constitucional, tal y como aparece recogido en el artículo 53.2 CE. También como garantías podríamos mencionar ciertas instituciones como el Defensor del Pueblo (art. 54 CE) o el Ministerio Fiscal (art. 124.1 CE). Además, el artículo 10.2 CE establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales (...) que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Este precepto es un reflejo de la internacionalización de los derechos fundamentales, lo que les proporciona no solo protección a nivel nacional, sino también a nivel internacional<sup>66</sup>.

Las especiales características de los derechos fundamentales no los convierten en ilimitados ni mucho menos. Sin embargo su limitación es excepcional, como así lo reconoce el Tribunal Constitucional: “cuando se coarta, como en este caso, el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que los justifican deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos”<sup>67</sup>. El Tribunal Constitucional deja claro que no existe derecho ilimitado, pues tal limitación es necesaria tanto para preservar otros derechos constitucionales como ciertos bienes constitucionalmente protegidos<sup>68</sup>. Por el especial carácter de estos derechos y la excepcionalidad de su limitación, debe respetarse en todo caso su contenido esencial, pues así lo establece el artículo 53.1 CE al referirse este artículo a la regulación de su ejercicio mediante ley (que debe entenderse como ley orgánica en este caso por lo establecido en el art. 81 CE). La jurisprudencia constitucional establece dos caminos para definir tal contenido esencial. El primero de ellos hace referencia “al modo de concebir o de configurar cada derecho”, mientras que el segundo consiste en delimitar “intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”<sup>69</sup>. Según el primero de los caminos el contenido esencial está formado por un el conjunto de facultades que son necesarias para que el derecho sea reconocible con respecto al tipo descrito, sin las cuales quedaría desnaturalizado y por tanto dejaría de pertenecer a ese tipo. El segundo camino establece la esencialidad como el núcleo del derecho necesario para que los intereses jurídicos no sean impracticables, su ejercicio este limitado más de lo razonable o queden sin la protección precisa.

Por lo que respecta al derecho fundamental concreto que aquí nos concierne, guarda relación con la privacidad del individuo como aspecto básico de su personalidad y valor realmente importante en nuestra sociedad. Se trata de aquella esfera en la que la persona puede vivir y expresarse libremente, sin atender a los convencionalismos de la sociedad<sup>70</sup>. Es por este motivo que el artículo 18 CE se encarga de establecer diversos derechos fundamentales que tienen que ver con esa privacidad, como son, por ejemplo, la intimidad personal y familiar, la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones. Este último ha ido evolucionando a lo largo de los años, pues los avances tecnológicos han puesto a nuestra disposición nuevos medios de comunicación, a los que también ha de extenderse este derecho. A pesar de la relación que todos los derechos del artículo 18 CE puedan tener entre sí por afectar todos ellos al ámbito de la privacidad del individuo, el derecho al secreto de las comunicaciones cuenta con entidad propia, pues el secreto rige con independencia del contenido de la comunicación, incluso aunque este no sea de carácter íntimo, lo que le da autonomía frente a la intimidad<sup>71</sup>. Así el TC ha manifestado en su jurisprudencia que el bien constitucionalmente protegido mediante este derecho no es otro que la libertad de comunicarse, imponiendo para su protección el secreto de las comunicaciones y que el concepto de secreto al que hace referencia el precepto constitucional debe ser entendido en un sentido formal por referirse a la comunicación en sí misma

<sup>66</sup> SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Constitucional*, op. cit., págs. 467 y 468.

<sup>67</sup> STC 26/1981, de 17 de julio, FJ 14º (base de datos Aranzadi RTC 1981\26).

<sup>68</sup> STC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5º (Aranzadi RTC 1982\2).

<sup>69</sup> STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8º (base de datos Aranzadi RTC 1981\11).

<sup>70</sup> SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho Constitucional*, op. cit., pág. 505.

<sup>71</sup> ELVIRA PERALES, Ascensión, *Derecho al secreto de las comunicaciones*, 1ª ed., Madrid, Iustel, 2007, págs. 15 y 16.

con independencia de que lo comunicado (contenido material) tenga o no carácter íntimo, personal o reservado<sup>72</sup>.

Más allá de lo establecido en la legislación estatal, viene reconocido en la esfera internacional en el artículo 8 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, lo que supone un plus de protección y reconocimiento. Así por ejemplo, en el seno del Consejo de Europa, y en virtud del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se puede hacer valer este derecho ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (como el resto que forman parte del Convenio), cuyo fallo es vinculante para el Estado en cuestión y cuya doctrina ha afectado enormemente en la determinación concreta de los derechos fundamentales.

## **II.- De las medidas limitadoras del derecho fundamental de secreto de las comunicaciones en el proceso penal.**

Como cualquier otro derecho, el derecho al secreto de las comunicaciones no está exento de su posible limitación, y es en este caso el propio texto constitucional el encargado de establecer el medio por el que ha de llevarse a cabo: la resolución judicial. En el ámbito del proceso penal suele darse una relación conflictiva entre los derechos fundamentales de las personas implicadas y el interés en la persecución de los delitos. De este modo, no es inusual que se lleven a cabo medidas limitadoras de los derechos fundamentales con el objetivo de descubrir la verdad, si bien no puede hacerse de cualquier manera y es exigible en todo caso el respeto a esos derechos. En este sentido el Tribunal Supremo establece que “en un Estado de Derecho, como el nuestro, corresponde a los Jueces penales descubrir la verdad sólo a través de los procedimientos legalmente establecidos, conforme a la Constitución y en función de ella interpretados, así como de los correspondientes Instrumentos Internacionales, y no de otros medios no ajustados a la legalidad por mucho y noble que pueda ser el interés de descubrir la verdad histórica o real”<sup>73</sup>. Puede ponerse un límite al secreto de las comunicaciones de varios modos diversos que lo vulneran en distintos grados: intervención, escucha o control de las llamadas realizadas y recibidas<sup>74</sup>.

El Título VIII LECrim recoge las medidas de investigación que limitan los derechos reconocidos por el artículo 18 CE. La LO 13/2015, de 5 de octubre ha modificado considerablemente este Título, añadiendo numerosos preceptos que no hacen sino establecer de una manera mucho más detallada todo lo relacionado con la investigación por estos medios. Así, por ejemplo, con anterioridad a esta Ley las intervenciones telefónicas aparecían mencionadas en el artículo 579.2 LECrim, mientras que ahora cuentan con todo un capítulo específico. Esta reforma vino a suplir la falta de regulación normativa en la materia, estando ahora recogidos los supuestos en los que procede, los requisitos y demás garantías procesales con las que cuentan los afectados<sup>75</sup>. Si bien, en lo que nos concierne, sabemos que por cuestión de fechas en las que las escuchas a D<sup>a</sup> María fueron realizadas estas se hicieron conforme a la redacción de la LECrim anterior a la modificación de la LO 13/2015, es decir, cuando la intervención de las comunicaciones estaba recogida en el artículo 579.2 LECrim, que decía así: “Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

Antes de poder entrar a debatir acerca de la validez de las escuchas realizadas en la conversación de D<sup>a</sup> María debemos juzgar la validez de las escuchas realizadas a su marido, si bien no tenemos la información necesaria para juzgar su validez, con lo que debemos limitarnos a indicar los presupuestos

<sup>72</sup> STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7º (base de datos Aranzadi RTC 1984\114).

<sup>73</sup> ATS –Sala 2ª– de 18 de junio de 1992, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1992\6102).

<sup>74</sup> ELVIRA PERALES, A., *Derecho al secreto...*, op. cit., pág. 36.

<sup>75</sup> MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 241.

para la misma. Todos los derechos fundamentales, a excepción del derecho a la vida recogido en el artículo 15 CE, pueden verse limitados en el transcurso de un proceso penal, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos<sup>76</sup>. Dichos requisitos son: a) previsión legislativa concreta; b) ser acordada mediante una resolución judicial (requisito de jurisdiccionalidad); c) que dicha resolución judicial sea motivada; y d) respetar el principio de proporcionalidad, que a su vez supone el cumplimiento de otros tres requisitos: que la medida sea objetivamente susceptible de conseguir el objetivo – juicio de idoneidad –, que no exista una medida menos restrictiva que pueda conseguir el propósito que se persigue – juicio de necesidad – y que de la medida en cuestión se desprendan más beneficios para el interés general que perjuicios para sobre los bienes en restricción – juicio de proporcionalidad en sentido estricto –<sup>77</sup>. En el caso concreto de las intervenciones telefónicas el propio artículo 18.3 CE establece el primero de los requisitos, que se lleven a cabo en virtud de lo establecido en una resolución judicial, que deberá ser motivada. Se trata de un requisito sumamente esencial, por lo que la falta de resolución judicial o su falta de motivación supone que ya se esté infringiendo el derecho fundamental<sup>78</sup> aunque sí se estima admisible una motivación escueta, siempre que permita “conocer el motivo decisorio, excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada”<sup>79</sup>. La necesidad de motivación es aplicable asimismo a la posible prórroga de la intervención. Esa resolución motivada debe cumplir con el principio de especialidad, esto es, la intervención telefónica autorizada debe estar encaminada a investigar un delito concreto, sin que quepa investigar otros o se trate de descubrir delitos de manera general<sup>80</sup>. La resolución debe ser notificada al Ministerio Fiscal, si bien no hacerlo no invalida las intervenciones. Es preciso también que se respete el principio de proporcionalidad en su triple vertiente, es decir, que la intervención sirva para investigar el delito concreto (idoneidad), que no exista una medida menos restrictiva que esta que pudiese ser de igual utilidad (necesidad) y que de la intervención se deriven más beneficios para el interés general que menoscabo sobre los valores restringidos, es decir, que en contraposición el hecho investigado sea de mayor gravedad para la sociedad que la invasión que se realiza en el derecho fundamental del sujeto (proporcionalidad en sentido estricto)<sup>81</sup>. Es necesario para la validez de las intervenciones, por otro lado, que su ejecución esté sometida al debido control judicial, lo que supone que deben definirse y respetarse los plazos estipulados para las intervenciones, así como que el juez autorizante realice un seguimiento del desarrollo de las intervenciones que justifique su mantenimiento<sup>82</sup>. Al respecto de este requisito debemos mencionar que aquellas irregularidades con respecto al control judicial que se lleven a cabo con posterioridad al resultado de la intervención ya no vulnerarían el derecho del 18.3 CE (v. gr. problemas en la custodia de las cintas originales, transcripción, etc.)<sup>83</sup>. La mayoría de estos requisitos no estaban recogidos en la Ley, sino que se establecían mediante la jurisprudencia – sí se establecían las de la resolución motivada y los plazos y prórrogas, art. 379 apartados 3 y 4 LECrim conforme a la redacción anterior a la modificación de 2015 –, mas actualmente sí aparecen recogidos al ser mucho más detallada la LECrim desde su modificación por la LO 13/2015.

Puede suceder, como en este caso, que al intervenir las comunicaciones de una persona se vean afectadas terceras personas ajenas a la investigación. Lo cierto es que por falta de información desconocemos qué teléfono fue intervenido, de qué tipo (fijo o móvil) o quién era su titular, lo que nos lleva a tener que barajar distintas posibilidades. Es posible, en primer lugar, intervenir un teléfono cuya titularidad no corresponde a la persona a la que se está investigando siempre que este sea utilizado más

<sup>76</sup> ASECIO MELLADO, José M<sup>a</sup>, *Derecho Procesal Penal*, 7<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 107.

<sup>77</sup> FERREIRO BAAMONDE, Xulio Xosé; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, *Derecho Procesal Penal*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas, 2014, págs. 343 y 344.

<sup>78</sup> SSTC 27/1989, de 3 de febrero, FJ 9<sup>o</sup> (Aranzadi RTC 1989\27); 13/1994, de 17 de enero, FJ 6<sup>o</sup> (Aranzadi RTC 1994\13).

<sup>79</sup> STC 25/1990, de 19 de febrero, FJ 5<sup>o</sup> (Aranzadi RTC 1990\25). En este sentido también: STC 116/1991, de 23 de mayo, FJ 4<sup>o</sup> (Aranzadi RTC 1991\116); STS (Sala de lo Penal) 2074/2002 de 13 diciembre, FJ 2<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 2003\1322).

<sup>80</sup> SSTs –Sala 2<sup>a</sup>– 1706/1993, de 2 julio, FJ único (Aranzadi RJ 1993\5703); 2458/2001 de 15 abril, FJ 4<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 2002\683).

<sup>81</sup> STS –Sala 2<sup>a</sup>– de 28 de diciembre de 1994, FJ 2<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 1994\10378).

<sup>82</sup> SSTC 121/1998, de 15 de junio, FJ 5<sup>o</sup> (Aranzadi RTC 1998\121); 151/1998, de 13 de julio, FJ 4<sup>o</sup> (Aranzadi RTC 1998\151); 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2<sup>o</sup> (Aranzadi RTC 1999\166).

<sup>83</sup> FERREIRO BAAMONDE, X. X. ed alt., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., págs. 391 y 392.

o menos habitualmente por el sospechoso<sup>84</sup>. Es también posible la intervención del teléfono fijo del domicilio de dicha persona, “siendo consciente el Juez que autoriza la intervención que ésta se extiende a todos los que utilicen la línea telefónica y resultaría imposible poder adivinar quiénes serían los familiares o conocidos que pudieran hacer uso del teléfono como los que pudieran llamar al que se pretende someter a observación”<sup>85</sup>, opción que quizá parezca ser la más probable. Si bien en estos supuestos debe tratarse de incidir lo mínimo posible sobre los derechos fundamentales de los terceros no implicados, si bien “hay que tener en cuenta que el imputado puede utilizar al familiar o persona con la que convive como intermediaria, por lo que a veces, sin ser lo deseable, no queda más remedio que grabar las conversaciones hasta el final”<sup>86</sup>. De este modo puede llegar a justificarse el hecho de que una conversación privada en la que D<sup>a</sup> María hablaba con una amiga suya, sin estar siendo investigadas ninguna de ellas por la comisión de acto delictivo alguno, pudiese ser intervenida llegando a escuchar la confesión de D<sup>a</sup> María. En caso de que el teléfono desde el que se realizó esta llamada fuese utilizado por D. Marcial de manera habitual nada impide su intervención, fuese o no el suyo propio.

Aclarado el hecho de la intervención de una conversación en la que D. Marcial no tomase parte, queda aclarar también si es posible a raíz de las escuchas realizadas para investigar un determinado delito cabe obtener pruebas acerca de otro, lo que podría implicar una vulneración del principio de especialidad. Como ya hemos expuesto con anterioridad, no cabe la intervención para el simple descubrimiento de delitos. Sin embargo en este caso se trata de investigar un delito muy concreto, de tráfico de drogas, sobre el que se realizan unas intervenciones telefónicas, en principio válidas (pues desconocemos las circunstancias por falta de información, con lo que no podemos entrar a juzgar su validez) y en el curso de las mismas se descubre un delito totalmente diferente. Si bien “no puede renunciarse a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquélla sea mero punto de arranque”. Es preciso, para no incurrir en una vulneración de derechos fundamentales y consiguiente falta de validez de las investigaciones, que se dé cuenta al juez inmediatamente de lo descubierto para que así autorice una nueva investigación separada para ese nuevo delito del que se han hallado indicios<sup>87</sup>. Por tanto, el hallazgo casual de un nuevo delito en el curso de la investigación de un delito diferente (existe novación, no simple adición), puede ser tenido en cuenta como *notitia criminis*, no como prueba. Esto quiere decir que esa conversación podría ser usada para dar cuenta al juez y motivar una investigación a D<sup>a</sup> María por el delito cometido contra su primer marido, pero no como prueba de su comisión. Todo ello suponiendo, como es obvio, que las escuchas realizadas en primer lugar a D. Marcial fuesen lícitas, pues “el hallazgo casual opera sobre la base de la licitud de la diligencias”<sup>88</sup>.

### 2.3.- CONCLUSIONES.

I.- D<sup>a</sup> María, en el viaje en barco con su primer marido D. Manolo, atenta contra la vida de este, cometiendo un delito de asesinato en grado de tentativa. Es asesinato por concurrir alevosía, circunstancia que se puede apreciar en que lo golpea fuertemente, sin que medie pelea o riña, y sin que pueda esperárselo dado que actúa por puro arrebato (alevosía sorpresiva o súbita) dada la confianza que D. Manolo tiene en su mujer. Además, aprovecha tal golpe para tirarlo por la borda, pues sin golpearlo y dejarlo desorientado por el fuerte golpe primero, seguramente no hubiese podido tirarlo después. Por último, lo tira al mar, lo que supone que a no ser que estén en puerto o similar (cosa poco

---

<sup>84</sup> SSTS –Sala 2<sup>a</sup>– de 14 de noviembre de 1990, FJ 5º (Aranzadi RJ 1990\8907); 606/1994, de 18 marzo, FJ 4º (Aranzadi RJ 1994\2340); ATS de 18 junio 1992 (Aranzadi RJ 1992\6102).

<sup>85</sup> STS –Sala 2<sup>a</sup>– 1346/1997, de 5 de noviembre, FJ 1º (Aranzadi RJ 1997\7913).

<sup>86</sup> MARTÍN MORALES, Ricardo (coord.) ed alt., *El principio constitucional de intervención indiciaria*, Granada, Grupo Editorial Universitario, 2000, pág. 59.

<sup>87</sup> STS –Sala 2<sup>a</sup>– 836/1993, de 15 julio, FJ 1º (Aranzadi RJ 1993\6089); STC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 4º (RTC 1996\49).

<sup>88</sup> CASABLANCA ZULUETA, Paola, *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, Barcelona, Bosch, 2016, pág. 303.

probable dado que se dice que tras ello D<sup>a</sup> María vuelve – ergo no se encontraba cerca de tierra –, D. Manolo no tendrá manera de agarrarse a algo o nadar hacia algún sitio para salvar su vida, lo que es prueba nuevamente de que la mujer pone todos los medios posibles para que D. Manolo no pueda defenderse del ataque por ningún medio posible.

II.- No concurre ninguna atenuante, ni siquiera la de arrebató u obcecación (art. 21.3<sup>a</sup> CP), pues no se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TS para su apreciación, puesto que se trata de una simple reacción desmesurada y violenta, totalmente reprochable, sin ser el propósito de tal atenuante restar responsabilidad criminal a este tipo de comportamientos. Si concurre, por el contrario, la agravante de parentesco.

III.- A pesar de la reciente modificación del Código Penal por la LO 1/2015, en virtud del principio de irretroactividad de las leyes penales, legalidad y seguridad jurídica (arts. 9.3 CE, 1 y 2.1 CP), puesto que la última modificación no se presenta más beneficiosa para D<sup>a</sup> María, en cuyo caso debería juzgarse por la legislación más reciente (art. 2.2 CP).

IV.- Los tribunales penales españoles podrán conocer de los hechos si el barco se encuentra en aguas españolas o si el barco, aun estando en otras aguas, cuenta con bandera española (principio de territorialidad recogido en el art. 23.1 LOPJ). También podrán conocer del caso aunque no se den ninguna de las anteriores circunstancias, dado que D<sup>a</sup> María es española y que el asesinato es punible en España, si D. Manolo o el Ministerio Fiscal presentan querrela ante los tribunales españoles y D<sup>a</sup> María no ha sido todavía juzgada, absuelta o indultada allí donde se hubiese cometido (requisito que creemos que se da por no mencionarse lo contrario).

V.- Por lo que respecta a las intervenciones telefónicas realizadas en detrimento del derecho fundamental al secreto de comunicaciones (art. 18.3 CE), debemos en primer lugar establecer los presupuestos para la validez de las escuchas inicialmente realizadas para investigar un supuesto delito de tráfico de drogas cometido por D. Marcial. No podemos afirmar con contundencia la validez o invalidez de las mismas por falta de datos, pero podemos fijar los presupuestos necesarios para tal validez, reconocidos por la jurisprudencia y a día de hoy establecidos en los artículos 588 ter a-i LECrim. Estos son: resolución judicial suficientemente motivada (art. 18.3 CE), que sea una medida proporcionada (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), que se cumpla el principio de especialidad, que exista el debido control judicial.

VI.- Partiendo de la base de la validez de las escuchas inicialmente realizadas, es posible que al intervenir el teléfono del domicilio donde el matrimonio residía la Policía escuchase alguna conversación de D<sup>a</sup> María, lo que la jurisprudencia justifica. Es posible incluso, que el teléfono intervenido fuese de ella, siempre que fuese utilizado habitualmente por su marido, lo cual de nuevo justificaría que se llegase a escuchar sus conversaciones, si bien en la medida de lo posible debería evitarse escuchar aquellas totalmente irrelevantes. De todos modos, la propia jurisprudencia señala que una vez se tiene noticia de un nuevo delito no se puede obviar este hecho, si bien ha de darse inmediata cuenta al Juez. Por tratarse de un delito totalmente independiente del inicialmente investigado, la conversación escuchada no puede ser tenida en cuenta como prueba, sino únicamente como *notitia criminis* para que el Juez autorice una nueva investigación sobre los nuevos hechos.

### **3.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL COMPORTAMIENTO AGRESIVO QUE OSTENTA D. MARCIAL CONTRA D<sup>a</sup> MARÍA Y CONTRA D<sup>a</sup> ELISA, ASÍ COMO LA VUELTA A LA CONVIVENCIA DE AMBOS TRAS LA PRIMERA DENUNCIA DE D<sup>a</sup> MARÍA.**

#### **3.1.- HECHOS RELEVANTES.**

I.- En enero del año 2010 D<sup>a</sup> María recibe por parte de su marido D. Marcial la primera agresión de varias que se continúan en el tiempo junto con constante maltrato psicológico. Tras llegar D. Marcial del trabajo se encuentra a su esposa D<sup>a</sup> María en medio de una conversación telefónica con un amigo de esta, lo cual le produce un tremendo ataque de celos. Por este motivo D. Marcial golpea en la cara a su mujer, produciéndole un importante derrame en el ojo derecho.

II.- En el mes de marzo del mismo año D. Marcial increpa telefónicamente a D<sup>a</sup> María para que regrese a casa de la cena de la que estaba disfrutando con sus amigas mediante tres llamadas en las que se dirige a ella en un modo violento. Una vez D<sup>a</sup> María llega a casa D. Marcial le golpea propinándole dos puñetazos en la barriga.

III.- En abril de 2010 nace D<sup>a</sup> Elisa, hija de ambos, sin que cese el comportamiento violento por parte de D. Marcial hacia D<sup>a</sup> María.

IV.- Con fecha de 29 de septiembre de 2012 como resultado de una nueva y violenta agresión de D. Marcial, D<sup>a</sup> María ingresa en el hospital, donde se le realizan dos intervenciones quirúrgicas a causa de las lesiones sufridas en el hígado y en el bazo. Del mismo modo D<sup>a</sup> María presenta cicatrices en la cara como consecuencia de los golpes que le habían sido propinados. D<sup>a</sup> María permanece ingresada en el hospital por estos motivos hasta el 12 de diciembre de 2012.

V.- Posteriormente, y debido al profundo miedo que siente a volver a ser víctima de un nuevo ataque por parte de D. Marcial, D<sup>a</sup> María decide denunciar lo sucedido, solicitando al mismo tiempo una orden de alejamiento contra su agresor.

VI.- En el mes de diciembre de 2012 D. Marcial retoma la convivencia con D<sup>a</sup> María en el domicilio familiar, estando todavía vigente la orden de alejamiento que le prohibía acercarse a D<sup>a</sup> María.

VII.- En la madrugada del día 12 de octubre de 2013, estando D. Marcial muy alterado, propina a D<sup>a</sup> María tres golpes en el estómago y un puñetazo a su hija, D<sup>a</sup> Elisa. D<sup>a</sup> María decide llamar a la policía y es llevada al hospital junto a su hija, que sufre un derrame en el ojo derecho como consecuencia del golpe que su padre le había propinado. Al llegar al hospital D<sup>a</sup> María se encuentra en una profunda situación de ansiedad, por la que precisa sedación y sufre un infarto al corazón. Tras estos sucesos la policía realiza a D. Marcial una prueba de alcohol y drogas, dando como resultado tanto un positivo en cocaína como una tasa de 0,75 ml en aire aspirado.

VIII.- Tras la última agresión de la madrugada de 12 de octubre, D. Marcial decide ingresar en una clínica de desintoxicación por voluntad propia con el propósito de desintoxicarse y reparar el daño causado, dado que es drogodependiente.

#### **3.2.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**

##### **3.2.1.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL COMPORTAMIENTO AGRESIVO DE D. MARCIAL.**

###### **I.- Del problema de la violencia de género y cómo lo afronta el Derecho español.**

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, introduce por primera vez en nuestro ordenamiento el término violencia de género. Su art. 1.3 define el concepto estableciendo que “comprende todo acto de violencia física y psíquica, incluidas

las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”, violencia que es “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” (art. 1.1 LO 1/2004). Así, los presupuestos para que exista violencia de género son tres: primero, que el sujeto activo sea hombre y el pasivo mujer; segundo, que entre ellos exista o haya existido una relación matrimonial o sentimental; y tercero, que el acto suponga una discriminación fruto de una relación de poder del hombre sobre la víctima<sup>89</sup>. La aprobación de esta ley supuso la aceptación de un problema que excede de la vida en pareja, la violencia ejercida sobre el género femenino por razones que derivan de la estructura social y que va mucho más allá de los casos extremos de muertes que captan la atención de todos los medios, aunque también los incluye<sup>90</sup>. Esta ley, sin embargo, no se queda solo en lo penal, pues se trata de una norma con carácter integral, y por ello se encarga de regular la materia desde distintas perspectivas: crea organismos, órganos judiciales específicos, prevé todo un elenco de medidas (sociales, económicas, laborales...) con el objetivo de que la situación vivida no obstaculice la vida de la víctima, así como medidas de prevención como pueda ser en el ámbito educativo, etc.<sup>91</sup>

Las reformas penales llevadas a cabo a partir de esta ley fueron muy criticadas desde un punto de vista constitucional por penar más gravemente a los hombres a que a las mujeres con respecto a si fuesen estas las que llevasen a cabo la misma acción (esto es, ejercer violencia física o psíquica sobre quien es o haya sido su esposo o con que tenga o haya tenido análoga relación de afectividad) pudiendo llegar a atentar contra el principio de igualdad enunciado en el artículo 14 CE. La Tribunal Constitucional, contrario a estas teorías, ha entendido que “no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta –cultural la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto”<sup>92</sup> por suponer un mayor desvalor al negar al colectivo femenino la igual condición de persona, sometiéndolo mediante violencia, intimidación y coacciones que atentan en definitiva contra su propia dignidad.

## II.- Del delito de violencia habitual en el ámbito familiar

Este delito se encuentra tipificado en el art. 173.2 CP. Este precepto fue introducido por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, pues con anterioridad a esta formaba parte del art. 153 CP, que ahora recoge la violencia ocasional<sup>93</sup>. Es por tanto anterior a la LO 1/2004 de la que hemos hablado, que no reforma este artículo concreto. En este artículo se engloban tres tipos de violencia distintos: la violencia de género (para la que no es preciso que haya convivencia), la violencia doméstica y la asistencial<sup>94</sup>. A pesar de tratarse de un delito de violencia el bien jurídico protegido es la integridad moral, lo que es fácilmente deducible dado que se integra dentro del Título que lleva por nombre “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, si bien la jurisprudencia establece

<sup>89</sup> RAMÓN RIBAS, Eduardo; ARROM LOSCOS, Rosa; NADAL GÓMEZ, Irene, *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Madrid, Dykinson, 2010, págs. 16 y 17.

<sup>90</sup> ROMERO BURILLO, Ana M<sup>a</sup> (dir. y coord.); RODRÍGUEZ ORGAZ, Cristina (coord.), *La protección de la víctima de violencia de género: un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la ley orgánica 1/2004*, Pamplona, Aranzadi, 2016, págs. 299-305.

<sup>91</sup> GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco M., *Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección*, Barcelona, Bosch, 2010, págs. 9-11.

<sup>92</sup> STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9º (Aranzadi RTC 2008\59). Esta sentencia sentó las bases de cara a futuros pronunciamientos que siguieron la misma línea, vid. SSTC 100/2008, de 24 de julio, FJ único (RTC 2008\100); 213/2009, de 26 de noviembre, FJ 4º (Aranzadi RTC 2009\213), entre otras.

<sup>93</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 165.

<sup>94</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, op. cit., pág. 131.

que “el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes y en el derecho a la seguridad”<sup>95</sup>, o en otros casos afirmando que el bien jurídico protegido es la paz familiar, “la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor”<sup>96</sup>. El art. 173.3 CP establece que este delito se penará con independencia de que los actos de violencia psíquica o física lo hubiesen sido o no, esto es, por un lado está el delito de violencia habitual y por otro los que pudiesen resultar de las posibles lesiones producidas mediante esa violencia. Ello no supone la infracción del principio *non bis in idem*, pues el bien jurídico protegido no es el mismo en ambos delitos, lo que supone que se produzca un concurso de delitos<sup>97</sup>.

Los sujetos pasivos de este delito aparecen claramente delimitados en el propio precepto: “quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad<sup>98</sup> necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

La conducta típica se conforma por dos presupuestos: por un lado, el ejercicio de violencia física o psíquica sobre uno de los sujetos pasivos anteriormente mencionados; y segundo, que esta sea realizada con habitualidad. Por lo que respecta al primero, no es preciso que dicha violencia produzca un resultado, un menoscabo efectivo en la salud del sujeto pasivo, pues aquí no son las lesiones lo que pretende castigarse<sup>99</sup>. Por violencia física ha de entenderse cualquier tipo de vis física, que normalmente serán empujones, tirones de pelo, bofetadas, quemaduras, intentos de estrangulamiento, etc., llegando incluso a la muerte de la víctima, mientras que por violencia psíquica cabe entender cualquier conducta que agrede la psiquis de la víctima<sup>100</sup>.

Trataremos ahora el requisito de habitualidad. Es un término esencial del tipo, con lo que no se puede pasar por algo lo que ha de entenderse por habitual. El apartado 3 del art. 173 CP señala que “para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos”. Jurisprudencialmente ha optado por entenderse que se puede hablar de habitualidad cuando existen un mínimo de tres agresiones<sup>101</sup>, criterio muy criticado por ciertos autores. En cuanto a la proximidad temporal, ha de haber cierta unidad, debe tratarse de una situación continuada en el tiempo<sup>102</sup>, que entre las distintas situaciones de violencia exista un mismo contexto. Además, el propio Código establece que no es necesario que todos los actos de violencia recaigan sobre un mismo sujeto pasivo. Por tanto, cabría entender también un delito de violencia habitual en el ámbito familiar cuando el sujeto activo realice una pluralidad (tres o más) de actos de violencia física o psíquica contra diversos sujetos pasivos del art. 173.2 CP, aun cuando cada uno de ellos solo sea víctima directa de un episodio

<sup>95</sup> STS –Sala 2ª– 1212/2006, de 25 octubre, FJ 5º (Aranzadi RJ 2006\8245).

<sup>96</sup> STS –Sala 2ª– 765/2011, de 19 julio, FJ 5º (Aranzadi RJ 2012\9030).

<sup>97</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Violencia de género...*, op. cit., pág. 201.

<sup>98</sup> El término utilizado hasta la reforma producida por la LO 1/2015 era “incapaces”, en lugar de “personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

<sup>99</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (coord.); VIVES ANTÓN, Tomás S.; ORTS BERENGUER, Enrique ed. alt., *Derecho Penal Parte Especial*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 156.

<sup>100</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Violencia de género...*, op. cit., págs. 175-179; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENGUER, E. ed alt., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 156.

<sup>101</sup> SSTS –Sala 2ª– 645/1999, de 29 abril, FJ 3º (Aranzadi RJ 1999\3332); 164/2001, de 5 marzo, FJ 4º (Aranzadi RJ 2001\1304), si bien esta jurisprudencia se refiere a la violencia habitual anterior a la reforma de 2003, cuando estaba recogida en el artículo 153, el término “habitual” puede entenderse en el mismo sentido.

<sup>102</sup> STS –Sala 2ª– 1212/2006, de 25 octubre, FJ 5º (Aranzadi RJ 2006\8245).

violento, siempre y cuando, como hemos dicho, se den dentro de un mismo contexto temporal. Sin embargo, será posible condenar a un solo sujeto por varios delitos de violencia habitual cuando cada uno de los sujetos pasivos sufra diversas agresiones<sup>103</sup>.

La pena prevista es de seis meses a tres años de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección (en caso de que estos sean los sujetos pasivos), inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años. Está previsto además, que la pena se aplique en su mitad superior cuando concorra alguno de los siguientes supuestos: al menos alguno de ellos se lleve a cabo en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o en el de la víctima, o se realicen quebrantando una pena del artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. Mediante la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015 se prevé que se pueda incluso aplicar una medida de libertad vigilada, si bien ello no influye al caso a tratar por ser anteriores los hechos a la entrada en vigor de tal norma.

Por tanto, cabe apreciar un delito de violencia habitual en el ámbito familiar, dado que D. Marcial somete a su mujer D. María a constantes agresiones físicas y psíquicas, adquiriendo el estatus de habitualidad que este precepto requiere, todo ello en un mismo contexto temporal, que en todo caso se rompería en el momento en el que cesa la convivencia –aunque realmente se reanuda pocos meses después, con lo que nos inclinamos porque todo conforma un mismo conjunto temporal–, pero para entonces ya se habían dado al menos tres agresiones físicas, y también violencia psíquica. Por otro lado, la violencia se lleva a cabo en el domicilio familiar, lo que supone una agravación del tipo y su consiguiente aplicación en la mitad superior de la pena, así como también nos consta que, al menos la última de las agresiones fue en presencia de un menor, que por otra parte resultó ser víctima también, además de estarse infringiendo en el momento la medida cautelar impuesta. Por todo ello, no cabe duda alguna que debe aplicarse el subtipo agravado.

### III.- De las lesiones

El Título III del Libro II de nuestro Código Penal recoge las lesiones. Doctrinalmente hay quien ha entendido que el bien jurídico protegido por esta clase de delitos único, la salud, física y psíquica; otros optan por entender que el bien jurídico es doble, estando este conformado por la salud y la integridad corporal; y una tercera línea doctrinal aboga por un bien jurídico con una triple dimensión: la salud, la integridad y la incolumidad corporal<sup>104</sup>. Jurisprudencialmente tampoco existe una postura única acerca del bien jurídico protegido, hablándose en algunos casos integridad física o corporal, de bienestar o incolumidad corporal, o en otros, de salud física y psíquica<sup>105</sup>.

El tipo básico aparece recogido por el artículo 147.1 CP, consistiendo este en causar a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental. No se establecen medios específicos para la producción de tal resultado –puede producirse por acción u omisión–, si bien es necesario para poder llegar a observar este delito que además de una primera asistencia médica sea necesario tratamiento médico o quirúrgico. El Código se refiere a aquella asistencia o tratamientos objetivamente necesarios para la lesión concreta, y no los que efectivamente se hubiesen prestado<sup>106</sup>. No es lo mismo asistencia que tratamiento, pues lo primero se refiere a la ayuda prestada a una persona sin que necesariamente conlleve un tratamiento, mientras que el tratamiento podría definirse como “un conjunto sistemático de actos realizados en el transcurso del tiempo con finalidad eminentemente curativa”<sup>107</sup>. Ciertamente es que el hecho de que el precepto exija que sea preciso tratamiento médico o

<sup>103</sup> Vid. SAP de Sevilla –Sección 1ª– 62/2003, de 6 febrero, FJ 1º (Aranzadi ARP 2003\260).

<sup>104</sup> GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina, *Delito de lesiones: tipos agravados y cualificados*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pág. 23.

<sup>105</sup> SSTS –Sala 2ª– de 15 de junio de 1982 (Aranzadi RJ 1982\3535); de 21 de mayo de 1984 (Aranzadi RJ 1984\2668).

<sup>106</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español...*, op. cit., pág. 101.

<sup>107</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 81.

quirúrgico además de esa primera asistencia conlleva que “los actos médicos, aun curativos, fijados o practicados en dicha primera asistencia, forman parte de ella y no constituyen un tratamiento médico o diferenciado”<sup>108</sup>, así como tampoco se considerará tratamiento la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico (art. 147.1 CP). Cuando el posterior tratamiento quirúrgico o médico no sea necesario pero sí se haya producido una lesión, esta será constitutiva de un delito leve de lesiones (147.2 CP), tratándose antes de la reforma del Código llevada a cabo en 2015 de una falta de lesiones (art. 617.1 CP).

Con respecto al delito de lesiones de tipo básico el art. 148 recoge una serie de circunstancias agravantes atendiendo al resultado que se hubiese causado o al riesgo producido. Estas son de carácter apreciación facultativa por el Juez o Tribunal, pues el propio precepto establece que “podrán ser castigadas” con esa mayor pena por la concurrencia de alguna de ellas. La primera de estas circunstancias consiste en la utilización de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o la salud, tanto física como psíquica, del sujeto pasivo. Esta agravación responde a una situación de mayor peligrosidad objetiva para el sujeto pasivo<sup>109</sup>. La segunda se da cuando se hubiese empleado alevosía o ensañamiento en la realización de las lesiones, que han de entenderse en los términos de las agravantes genéricas del art. 22 CP. La tercera, cuarta y quinta circunstancias agravantes responden a una agravación por cuestión del sujeto pasivo. Así, la tercera de ellas concurre cuando la víctima tuviese menos de 12 años o cuando esta precisase de una especial protección dada su incapacidad, a quien el art. 25 CP define como “aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”. La cuarta circunstancia agravante es por cuestiones de género y fue introducida por la LO 1/2004 de la que ya hemos hablado. Así, se trata de una agravación por ser o haber sido el sujeto pasivo “esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”. Por último, la quinta de ellas tiene lugar cuando la víctima convive con el agresor y además es especialmente vulnerable. Este subtipo agravado también fue introducido por la LO 1/2004. Si bien las personas especialmente vulnerables pueden ser a su vez menores de 12 años o incapaces que precisen especial protección, lo que para parte de la doctrina supone un concurso de leyes que habría de resolverse aplicando prioritariamente el subtipo de personas especialmente vulnerables<sup>110</sup>.

Por su parte, el delito recogido en el art. 153.1 CP de manera concreta aquellos supuestos de violencia de género o violencia contra personas especialmente vulnerables que de otros modos serían penados como delitos leves del art. 147 apartados 2 y 3 (lesiones sin tratamiento facultativo y maltrato de obra, respectivamente) – o anteriormente a la reforma como faltas de lesiones del 617.1 CP y de maltrato de obra del 617.2 CP–. La agravación responde a los motivos expuestos en apartados anteriores. De este modo, si bien por regla general cualquiera puede ser sujeto pasivo de un delito de lesiones – a excepción de figuras como el Rey, que cuentan con artículos específicos que los protegen como sucedía en caso de los delitos contra la vida– en este artículo concreto los sujetos pasivos son restringidos. Más allá de la diferencia penológica entre esos delitos leves y los recogidos por el art. 153 CP, se diferencian en que de acuerdo al art. 147.4 CP los primeros solo son perseguibles si la víctima o su representante legal, de ser el caso, interponen denuncia, mientras que esto no es aplicable a los del 153. La acción típica consiste en producir lesiones que no lleguen a estar tipificadas como lesiones del art. 147.1 CP, o bien maltratar de obra, esto es, sin llegar a producir ninguna lesión. El art. 153.2 CP tiene características similares, pero siendo los sujetos pasivos el resto de sujetos comprendidos en el art. 173.2 CP, al que nos hemos referido en el apartado anterior. Para ambos casos el apartado 3 de este artículo establece que se aplicará la pena en la mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: que se realice en presencia de menores, que se utilicen armas,

<sup>108</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990, de 1 de octubre, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

<sup>109</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 84.

<sup>110</sup> GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones...*, op. cit., pág. 85.

que se lleve a cabo en el domicilio común o en el de la víctima, que se realice mientras se quebranta una pena del art. 48, medida cautelar o medida de seguridad de similar naturaleza. También cabe, por otro parte, que el Juez o Tribunal imponga la pena inferior en grado en atención a las circunstancias del autor o a las de la realización de los hechos, siempre razonándolo debidamente en la sentencia (art. 153.4 CP).

Los artículos 149 y 150 CP recogen unos tipos agravados de lesiones por razón del resultado. Dicho resultado debe estar abarcado por el dolo, aunque sea de modo indirecto, con lo que el agravamiento no se da por una simple producción de un resultado más gravoso para la víctima, sino por un mayor contenido del injusto al producir un mayor daño dolosamente<sup>111</sup>. De este modo no será aplicable si las lesiones tienen un resultado de mayor gravedad a causa de una posterior negligencia médica, por ejemplo. A diferencia de lo que sucedía con el art. 148, cuyas circunstancias agravatorias podrían ser apreciadas por el Juez o Tribunal, estos dos artículos son de aplicación obligatoria cuando concurren los requisitos necesarios para ello. Las lesiones comprendidas en el art. 149 CP son: pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, pérdida de un sentido, impotencia, esterilidad, grave deformidad, grave enfermedad somática o psíquica y mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones. Además, está prevista una pena de habilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, que el Juez podrá aplicar en caso de que el sujeto pasivo de la mutilación genital sea un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección<sup>112</sup>. El art. 150 CP es subsidiario del que acabamos de comentar, pues en él se enmarca una agravación con respecto al tipo básico, pero más leve que la del artículo inmediatamente anterior. Así, tendrán cabida en este la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal y la deformidad, sin que llegue a ser grave. La pérdida supone la separación anatómica del órgano o miembro del cuerpo de la víctima, mientras que la inutilidad supone la pérdida funcional de los mismos. El TS llega a preciar inutilidad incluso en aquellos casos en los que es parcial, pero muy grave y con previsión de empeorar con el tiempo<sup>113</sup>, pero no cuando se trata de una “mínima disfunción”<sup>114</sup>. Si bien la diferencia entre ambos, que la doctrina se encarga de establecer, no es demasiado importante a nivel práctico, sí lo es la diferencia entre un miembro u órgano principal y aquel que no lo es, pues supondrá la aplicación de uno u otro precepto. Existen distintas posturas doctrinales, e incluso la jurisprudencia cuenta en ciertos supuestos con criterios divergentes. En cuanto a órganos, la jurisprudencia considera actualmente como no principal el bazo<sup>115</sup>. A pesar de que parte de la doctrina considera no principales los órganos que van por pares, existe jurisprudencia que considera principales órganos como un ojo<sup>116</sup> o un riñón<sup>117</sup>, porque si bien se puede vivir con tan solo uno el menoscabo en la calidad de vida es considerable. También son principales otros como el hígado, los ovarios, el clítoris o un pulmón<sup>118</sup>. En cuanto a miembros, se consideran principales, por ejemplo, las extremidades superiores e inferiores<sup>119</sup>. En lo que concierne a las deformidades, conforme a la jurisprudencia ha sido definida como “toda irregularidad física, visible y permanente que sin convertir al ofendido en un ser repulsivo o repelente o en un monstruo o adefesio, le afea, desfigura o le produce demérito, estigma o tara fisiológica”<sup>120</sup>. A pesar de que se definan como “visibles” el propio TS especifica que ello quiere decir que sean externas, aunque queden cubiertas por la ropa. Ahora bien, la diferencia entre que se considere una deformidad grave o no suele tener que ver con la visibilidad de la cicatriz o imperfección, considerándose normalmente como grave cuando esta resulta ser en la cara,

<sup>111</sup> GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones...*, op. cit., pág. 86; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENGUER, E. ed alt., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 82.

<sup>112</sup> Esta pena está pensada especialmente para aquellos supuestos en los que la propia familia practica la mutilación femenina a una menor.

<sup>113</sup> STS –Sala 2ª– 898/2002, de 22 mayo, FJ 3º (Aranzadi RJ 2002\6844).

<sup>114</sup> STS –Sala 2ª– de 5 diciembre 1990, FJ 2º (Aranzadi RJ 1990\9422).

<sup>115</sup> SSTS –Sala 2ª– de 14 marzo 1988, FJ único (Aranzadi RJ 1988\1635); de 14 febrero 1989, FJ 1º (Aranzadi RJ 1989\1570).

<sup>116</sup> STS –Sala 2ª– 168/2008, de 29 abril, FJ 6º (Aranzadi RJ 2008\1858).

<sup>117</sup> STS –Sala 2ª– de 25 junio 1984 (Aranzadi RJ 1984\3681).

<sup>118</sup> GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones...*, op. cit., pág. 96.

<sup>119</sup> SSTS –Sala 2ª– 7/1993, de 20 enero, FJ 2º (Aranzadi RJ 1993\136); 1696/2002 de 14 octubre, FJ 2º (RJ 2002\9289).

<sup>120</sup> STS –Sala 2ª– de 23 abril 1986, FJ 1º (Aranzadi RJ 1986\2093).

cuello o muslo, aunque la consideración depende en muchos casos también del sexo, edad, profesión y circunstancias del sujeto pasivo<sup>121</sup>.

Las lesiones son delitos de resultado (a excepción del maltrato de obra), por lo que, como sucedía en los delitos contra la vida, será necesario que de algún modo el resultado producido pueda ser imputable a la acción del sujeto activo, bien por dolo, bien por imprudencia –recogidas las lesiones imprudentes en el art. 152 CP, que no comentaremos dado que en el supuesto que nos concierne todas se producen dolosamente–. Tradicionalmente se ha utilizado la teoría de la equivalencia de condiciones para justificar la relación de causalidad. Según dicha teoría es suficiente con que la acción realizada sea una de las condiciones para la producción del resultado para afirmar la relación causal. Ahora bien, es evidente que esta teoría puede llegar a conclusiones desorbitadas, motivo por el cual ha sido matizada mediante la teoría de la imputación objetiva. De acuerdo a esta “el resultado se debe imputar al autor siempre y cuando sea la realización de un peligro jurídicamente desaprobado, creado por su acción”<sup>122</sup>.

Centrándonos ahora en el supuesto, debemos calificar cuantiosas lesiones. En primer lugar, haremos una breve referencia a la legislación aplicable al caso. Dadas las fechas de la comisión de las lesiones (entre enero de 2010 y diciembre de 2012) debe aplicarse el Código Penal tal y como estaba con anterioridad a la reforma de 2015, si bien como veremos a continuación los preceptos concretos por los que deben calificarse las acciones no han sufrido modificaciones sustanciales que afecten al caso.

Por un lado tenemos una primera agresión en enero de 2010. En este caso el golpe de su marido produce en D<sup>a</sup> María un derrame en el ojo. Dado que este no precisa de tratamiento facultativo para su curación, por lo que en principio sería constitutivo de una falta (art. 617.1 CP), pero no podemos olvidar la relación existente entre sujeto activo y pasivo, lo que convierte los hechos en constitutivos de un delito del art. 153.1 CP, debiendo aplicarse además la pena en su mitad superior por haber tenido lugar los hechos en el domicilio común (art. 153.3 CP). Cuestión distinta sería que el golpe hubiese causado daños en la vista que requiriesen atención, cosa que no se menciona, pero un simple derrame, por grande que pueda ser, no requiere de tratamiento.

El segundo episodio data del mes de febrero de 2010, en el que D. Marcial propina a su mujer dos puñetazos en el vientre, sin que sepamos de la existencia de lesiones por ellos causadas. Así, debemos entender que puesto que no se menciona ni un hematoma, no hubo lesiones, lo que nos lleva a calificarlo como un maltrato de obra, por el art. 153.1 CP, nuevamente en su mitad superior por los mismos motivos que el delito anterior. No podemos pasar por alto, sin embargo, que se trata de dos puñetazos en el vientre cuando D<sup>a</sup> María está en estado de gestación, pues dos meses más tarde da a luz. El motivo por el que lo calificamos de este modo y no como una tentativa de aborto es porque dado que no se produce un resultado, los golpes seguramente no fuesen de gran entidad, y siendo tan solo dos no parece que la intención del marido fuese la de provocar el aborto de su mujer, sino que más bien todo apunta a que la agredió en esa zona como hubiese podido hacerlo en cualquier otra.

Ya en septiembre de 2012 se produce una nueva agresión, siendo esta de mucha más gravedad que las anteriores y resultando D<sup>a</sup> María hospitalizada durante más de dos meses, siendo intervenida quirúrgicamente por lesiones en el hígado y en el bazo, y quedándole cicatrices en la cara. Dado que los órganos sufren lesiones y necesitan tratamiento pero no quedan inutilizados ni se produce su pérdida, debe entenderse como un delito del art. 148. 4º CP, es decir, un delito de lesiones de tipo básico agravado por la relación existente entre sujeto activo y pasivo (violencia de género). A mayores se produce una grave deformidad, al contar D<sup>a</sup> María con cicatrices en la cara como secuela de la paliza, por ello, se trata de un delito del art. 149 CP, al que se le podrá aplicar a su vez la agravante de parentesco dado que este artículo no tiene una agravación específica por cuestiones de género. Realmente estos dos delitos apreciamos un concurso ideal, pues ha de entenderse la agresión como una unidad aunque los golpes fueran varios (cosa que por otro lado tampoco nos consta, bien pudo ser

---

<sup>121</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, op. cit., pág.86.

<sup>122</sup> STS –Sala 2ª– 270/2000, de 26 febrero, FJ 4º (Aranzadi RJ 2000\1149).

un golpe en la cara y al caer se golpease ella con otra cosa provocándole mayores lesiones), de modo tal que un solo hecho constituye varios delitos, lo que según el art. 77 CP, lo que nos lleva a penar el delito más grave en su mitad superior. Dada la gravedad de los hechos y el tiempo de hospitalización requerido nos consta que la agresión debió de ser brutal, quizá lo suficiente como para poder constituir una tentativa de homicidio, si bien no tenemos datos suficientes para razonar dicha teoría al no saber cómo se produjeron los hechos, con lo que parece más prudente no hacerlo

Por último tenemos los hechos ocurridos el día 12 de octubre de 2013. Comenzaremos primero con la agresión a su hija. Nuevamente tenemos un derrame ocular, que debemos calificar como calificamos el anterior derrame, es decir, un delito del 153 CP. Surge la duda de si debe hacerse por el apartado 1 o 2 del mismo, pues la pequeña es un bebé, víctima especialmente vulnerable por tanto (art. 153.1 CP), mientras que es a su vez hija del agresor, por lo que está recogida dentro de las personas del art. 173.2 CP (153.2 CP). Como anteriormente hemos mencionado, la doctrina en estos casos se decanta por apreciar un concurso de leyes en favor de a aquel precepto que recoja la agravación por víctima vulnerable. Asimismo, debe aplicarse la mitad superior en virtud del art. 153 CP por hacerse delante de menores, pues la víctima es menor, hacerse en el domicilio común, ya que hay convivencia, y además se hace violando una medida cautelar del art. 48 CP. Por lo que respecta a la madre, los 3 golpes en el estómago son un maltrato de obra, art. 153.1 CP, cuya pena se aplicará en su mitad superior por los motivos que acabamos de exponer. Lo calificamos como maltrato de obra dado que no se nos ofrece información acerca de un posible resultado de lesiones, con lo que hemos de entender que no se ha producido. Sin embargo, D<sup>a</sup> María acaba sufriendo un ataque al corazón por la situación de estrés en la que vive, seguramente ya no solo por esos hechos concretos, sino por todo el estrés y la ansiedad acumulados durante todo el matrimonio, debido a los constantes malos tratos. Por ello, ese delito debe ser igualmente imputado a D. Marcial, pues si bien no lo hizo con dolo directo, era consciente de la situación de presión en la que ponía a su mujer y las consecuencias para su salud que podría tener. Entre estos dos delitos en los que D<sup>a</sup> María es víctima no apreciamos un concurso ideal, pues el maltrato de obra responde a esos tres golpes propinados en el abdomen, mientras que el infarto responde a toda una situación de ansiedad producida no por esos tres golpes, sino por hechos mucho que abarcan muchas más cosas, como puedan ser los malos tratos habituales recibidos o el presenciar como agredía esta vez también a su hija, de muy corta edad.

#### **IV.- De las coacciones**

El art. 172 CP recoge el delito de coacciones, cuya acción típica consiste en impedir a otro, sin estar legítimamente autorizado, mediante el uso de violencia, hacer lo que la ley no le prohíbe o a hacer lo que no quiere. La doctrina viene entendiendo que por violencia no debe entenderse solo la física<sup>123</sup>. Si a pesar de poner los medios el sujeto pasivo finalmente realiza aquello que se le pretende impedir o no hace aquello que no quiere hacer, los hechos serán constitutivos de una tentativa. Por su parte el apartado 2 de este artículo recoge el delito de amenazas leves para aquellos casos de violencia de género o en los que la víctima sea especialmente vulnerable. En caso de que la coacción no fuese leve debería pensarse por el 172.1 con la agravante de parentesco.

Podríamos decir que las llamadas que D. Marcial hace a su esposa en la noche en la que esta va a cenar con sus amigas constituyen una coacción, pues utiliza la violencia, aunque sea verbal, para impedir que su mujer disfrute de una noche con sus amigas o, en otro sentido, para obligarla a volver a casa cuando ella no quiere. Dado que desconocemos el contenido exacto de la conversación y solo sabemos que la misma se llevó a cabo “hablándole violentamente” a D<sup>a</sup> María, no podemos especificar más, pues quizá también se produjesen amenazas, lo desconocemos. Del mismo modo desconocemos si D. Marcial cumplió su propósito, pues solo se nos dice que cuando ella llegó a casa él la agredió, sin saber si volvió a causa de las llamadas recibidas o simplemente por haber terminado ya la velada junto a sus amigas. De todas maneras, se trata como mínimo de un delito de coacciones en grado de tentativa, estando consumado en caso de que D<sup>a</sup> María efectivamente volviese al domicilio a raíz de

---

<sup>123</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 125.

los actos de su marido. A pesar de que el Código no nos explica cómo detectar cuándo una coacción es leve y la doctrina deja claro que deberá mirarse el caso concreto<sup>124</sup>, creemos conveniente tipificar estos hechos por el art. 172.2 CP, esto es, como coacción leve en el contexto de violencia de género.

## V.- Del estado de intoxicación y las adicciones.

El artículo 20.2º CP recoge la eximente por hallarse el sujeto activo en estado de intoxicación plena, ya sea por bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, sustancias estupefacientes, psicotrópicas o cualquier otra con los mismos efectos, en el momento de cometer el delito o se hallase bajo la influencia del síndrome de abstinencia debido a la adicción a tales sustancias. Se exceptúan aquellos supuestos en los que el sujeto hubiese buscado tal estado con el propósito de cometer la infracción penal o no se hubiese previsto o debido prever su comisión (*actio libera in causa*). Mediante este precepto se elimina la culpabilidad, por entenderse que el sujeto sufre una perturbación de sus facultades intelectuales y psicológicas que derivan en una falta de comprensión de la ilicitud de sus acciones<sup>125</sup>. Por su parte, el artículo 21.1ª CP recoge las eximentes incompletas como circunstancias atenuantes, previstas para aquellos supuestos en los que no concurren todos los requisitos para eximir de la responsabilidad, lo que es aplicable a la eximente que acabamos de comentar. Sin embargo, este primer apartado parece chocar un poco con el art. 21.2ª, que establece una atenuante específica para cuando el culpable actuase por mor de su grave adicción a las mencionadas sustancias. La doctrina las diferencia en que mientras que en la primera se exige la merca de las facultades mentales, no sucede en la segunda, mientras que en la segunda es exigible que el autor sea adicto y además que la adicción sea grave, requisito que no exige la eximente incompleta.

Dado que D. Marcial es drogodependiente, debemos valorar en que medida ello puede tener repercusiones penales. No parece lo más adecuado aplicar una eximente por intoxicación plena, dado que a pesar de su dependencia en ningún caso se menciona que no sea consciente de lo que hace, que no sea capaz de comprender la ilicitud de sus actos. La aplicación de la eximente requiere, por tanto, algo más que una simple adicción. Si podría apreciarse, sin embargo, una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal. Intentaremos razonar cuál de las dos mencionadas es más conveniente utilizar, si bien a efectos prácticos no importa la diferencia. Dados los argumentos que hemos utilizado para no aplicar la eximente, podría concluirse que la atenuante que se debe aplicar es la del art. 21.2ª CP, pues si bien actúa bajo los efectos del alcohol y las drogas, no podemos probar el alcance que estas tienen sobre sus facultades. Todo parece indicar, que realmente estas sustancias provocan en el sujeto una falta de autocontrol, lo que no significa que no sea capaz de comprender la ilicitud de sus actos. Ahora bien, como la drogodependencia de D. Marcial no aparece hasta el último de los altercados (aunque hubiese existido de antes no tenemos noticias ni pruebas de ella al tiempo de la comisión de los otros delitos), en principio solo sería aplicable a la última de las causas.

Por lo que respecta al ingreso en la clínica de desintoxicación, aunque se mencione que lo hace con firme intención de reparar el daño causado, ello no puede ser interpretado como tal en los términos de la circunstancia atenuante del art. 21.5ª CP, pues si bien esta acción ha de calificarse como una buena señal y sumamente positiva de cara a su reinserción social, en nada contribuye a reparar el daño causado a las víctimas o en minimizar los efectos de los delitos cometidos, sino en todo caso a evitar una futura reincidencia del sujeto.

---

<sup>124</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, op. cit., pág. 166.

<sup>125</sup> MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal: Parte General*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 367-368.

### 3.2.2.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA VUELTA A LA CONVIVENCIA.

#### I.- De la orden de protección: especial referencia a la orden de alejamiento

La orden de protección aparece recogida en el art. 544 ter LECrim. Se trata de una resolución motivada que el juez instructor (Juez de Guardia o de Violencia sobre la Mujer, en su caso) dictará a favor de las víctimas de violencia de género o violencia doméstica (personas mencionadas en el art. 173.2 CP) para el caso de que existan indicios fundados que de la comisión de un delito o falta (a pesar de que esta última ya ha desaparecido a día de hoy) contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad y de ello se derive una situación objetiva de riesgo para la víctima. Esta orden comprende medidas penales (medidas cautelares), como prisión provisional, medidas de alejamiento o retirada cautelar de permiso de armas, etc.; medidas civiles, como suspensión del régimen de visitas o fijación de prestación de alimentos; y también medidas sociales o económicas, como por ejemplo protección policial, asistencia jurídica gratuita o asistencia psicológica<sup>126</sup>. La orden de protección fue introducida en primer lugar mediante la Ley 27/2003, de 31 de julio, de protección de las víctimas de violencia doméstica, si bien se ha ido desarrollando más por posteriores reformas. Los principios rectores de la orden de protección son el principio de protección de la víctima y su familia, el principio de necesidad, el de urgencia, el de accesibilidad (se pretende que el trámite sea sencillo para así facilitar la aplicación de la medida) y el de integridad (una sola orden que enmarca medidas de características bien distintas: penales, civiles y sociales o económicas)<sup>127</sup>. Sus presupuestos básicos no son otros que el *fumus boni iuri* o apariencia de buen derecho, esto es, que existan indicios fundados y que concurra *periculum in mora*, es decir, riesgo para la víctima<sup>128</sup>.

Puede dictarse de oficio o a instancia de parte, estando legitimados para solicitarla la víctima, las personas que tengan con ella una relación recogida por el artículo 173.2 CP o el Ministerio Fiscal. Además aquellas entidades u organismos de carácter asistencial, ya sean públicos o privados, que tengan conocimiento de los hechos referidos tienen el deber de dar inmediata cuenta al Juez de Guardia o al Ministerio Fiscal, para que así pueda se pueda incoar o instar el procedimiento para adoptar estas medidas, todo ello sin perjuicio del deber general de denuncia establecido en el art. 262 LECrim<sup>129</sup>. Por otro lado, la víctima podrá presentar la solicitud<sup>130</sup> de orden de protección ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien hacerlo de modo indirecto, para facilitar su solicitud, ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a las víctimas, los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas, que deberán remitirla inmediatamente al Juez competente. Una vez recibida la solicitud, el Juez de guardia debe convocar una audiencia con la víctima o su representante legal, el supuesto agresor y su letrado y el Ministerio Fiscal. Existe cierta discusión doctrinal acerca de si esta audiencia debe llevarse a cabo también para el caso de que la orden sea incoada de oficio<sup>131</sup>, si bien ateniéndonos a lo establecido en la LECrim parece lo más correcto creer que no.

Entre las medidas penales, que podrán estar compuestas por cualesquiera medidas cautelares previstas en el ordenamiento jurídico, se encuentra la orden de alejamiento, que a su vez abarca distintas figuras: prohibición de residir en determinados lugares, prohibición de acercamiento a determinados lugares y a determinadas personas y prohibición de comunicarse con determinadas

---

<sup>126</sup> RIVAS VALLEJO, Pilar (dir.); BARRIOS BAUDOR, Guillermo L. (dir.); SERRANO FALCÓN, Carolina (coord.); ed alt., *Violencia de Género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2014, págs 510 y 1375 y ss.

<sup>127</sup> RIVAS VALLEJO, P (dir.); BARRIOS BAUDOR, G. L. (dir.); SERRANO FALCÓN, C. (coord.) et alt., *Violencia de género...*, op. cit., pág. 1355.

<sup>128</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La tutela judicial de la violencia de género*, Madrid, Iustel, 2008, págs. 191 y 192.

<sup>129</sup> Esto es, el deber de denunciar que tienen los profesionales que tengan noticia de la comisión de un delito público por razón de sus cargos, profesiones u oficios.

<sup>130</sup> Existe un modelo normalizado de solicitud de orden de protección al efecto, aprobado el 13 de marzo de 2013 por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

<sup>131</sup> RIVAS VALLEJO, P (dir.); BARRIOS BAUDOR, G. L. (dir.); SERRANO FALCÓN, C. (coord.) ed alt., *Violencia de género...*, op. cit., págs. 513 y ss.

personas<sup>132</sup>. Por tanto, la orden de alejamiento a favor de D<sup>a</sup> María forma parte de una orden de protección, si bien desconocemos la extensión precisa de la misma y otras medidas que pudieron haber sido adoptadas.

Debemos hacer mención de la Orden de Protección Europea, que puede ser enmarcada dentro de las medidas de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, para hacer posible que las medidas de protección adoptadas en un Estado miembro sigan estando vigentes cuando se produzca el desplazamiento a otro Estado miembro, ya se haga de manera temporal o permanente<sup>133</sup>. Por lo que respecta a este tipo de orden de protección, España la recoge en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

## **II.- Del incumplimiento de la medida de alejamiento y la posible importancia del consentimiento de la víctima.**

La vuelta a la convivencia entre D. Marcial y D<sup>a</sup> María estando vigente la orden de alejamiento supone un quebrantamiento de medida cautelar, que conlleva consigo una serie de consecuencias<sup>134</sup>: por un lado, el Juez que la estableció tiene la posibilidad de agravarla (previa audiencia), pudiendo incluso decretar prisión provisional; por otro lado, se incoará un nuevo procedimiento penal por el nuevo delito cometido.

El delito de quebrantamiento aparece en el artículo 468 CP, estableciendo su apartado 2 que se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren, entre otras cosas, una medida cautelar impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, como este es el caso. Sin embargo, se nos habla de que ambos volvieron a la convivencia, y durante meses D<sup>a</sup> María no hace nada por hacer cumplir la orden de alejamiento, no interpone denuncia alguna por su incumplimiento, ni pide ayuda de ningún tipo. Por ello, a pesar de que no se diga de manera expresa todo para apuntar a que efectivamente la vuelta a la convivencia fue de mutuo acuerdo, que hubo una reconciliación y simplemente decidieron ignorar la orden vigente. Por este motivo analizaremos a continuación la posible relevancia que pueda llegar a tener el consentimiento de la víctima.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo venía calificando de irrelevante el consentimiento de la víctima puesto que “la medida cautelar violada está destinada (...) a proteger esenciales bienes jurídicos, no disponibles, de las personas mencionadas en la norma, de forma que estas no pueden en principio renunciar 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 quien decida, ponderando prudentemente las circunstancias en cada caso concurrentes, si la medida debe continuar o finalizar”<sup>135</sup>. A pesar de que la postura adoptada era esa, la STS de 26 septiembre de 2005 marcó un antes y un después al entender que “la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta 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”<sup>136</sup>. Mediante este razonamiento el quebrantamiento queda impune<sup>137</sup>.

---

<sup>132</sup> RIVAS VALLEJO, P (dir.); BARRIOS BAUDOR, G. L. (dir); SERRANO FALCÓN, C. (coord.) ed alt., *Violencia de género...*, op. cit., págs. 536-537 y 1376.

<sup>133</sup> ROMERO BURILLO, Ana M<sup>a</sup> (dir. y coord.); RODRÍGUEZ ORGAZ, Cristina (coord.), *La protección de...*, op. cit., págs. 315 y 316.

<sup>134</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La tutela judicial...*, op. cit., pág. 205.

<sup>135</sup> STS – Sala 2<sup>a</sup> – 701/2003, de 16 de mayo, FJ 4<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 2003\5285).

<sup>136</sup> STS –Sala 2<sup>a</sup>– 1156/2005, de 26 de septiembre, FJ 5<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 2005\7380).

<sup>137</sup> El resto de Tribunales no tardaron en hacerse eco de estos razonamientos. Así, en este sentido podemos citar: SAP de Madrid –sección 17– 908/2007, de 3 de septiembre, FJ 2<sup>o</sup> (Aranzadi JUR 2007\326007); SAP de A Coruña –sección 1<sup>a</sup>– 150/2008, de 8 de abril, FJ 2<sup>o</sup> (Aranzadi JUR 2008\323238); SAP de Soria –sección 1<sup>a</sup>– 51/2008, de 28 de noviembre, FJ 1<sup>o</sup> (Aranzadi JUR 2009\89828).

La citada sentencia del Tribunal Supremo no fue más que una excepción, y pronto volvió a adoptar su postura aclarando que si bien la medida se adoptaba por motivos de seguridad en beneficio de la mujer (su vida e integridad corporal), el bien jurídico protegido mediante el delito de quebrantamiento es el principio de autoridad, que en ningún caso es disponible por parte de la víctima, como tampoco lo son su vida e integridad corporal<sup>138</sup>. El Tribunal Supremo en el año 2008 adoptó un acuerdo<sup>139</sup> sobre la interpretación que debía darse al art. 468 CP, estableciendo que frente a lo que hubiese podido sostenerse con anterioridad, el consentimiento de la víctima no excluiría en ningún caso la punibilidad. Los argumentos para sostener esta tesis están perfectamente sintetizados en la STS de 13 de julio de 2009, siendo estos los que siguen: “a) el bien jurídico protegido es el principio de autoridad y además no cabe disponer por parte de la víctima de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal, si se entendiera que la razón última de la medida es la protección de estos bienes; b) el consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho delictivo perseguible de oficio; c) el derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor; d) la práctica diaria nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la expareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o falsas promesas”<sup>140</sup>. De hecho, en opinión de la doctrina mayoritaria, constituiría un fraude de ley aceptar el consentimiento de la víctima para dejar sin efecto la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación, otorgando validez en algún modo al perdón del ofendido cuando la Ley no lo permite, pues el nuestro Derecho no contempla el consentimiento como circunstancia eximente aplicable a los tipos delictivos<sup>141</sup>.

Por lo que respecta a la víctima, la jurisprudencia y doctrina dominantes no entienden punible su comportamiento por dos motivos sencillos<sup>142</sup>. El primero de ellos consiste en que no se puede penar a alguien por realizar un comportamiento que no le fue prohibido. Además, un segundo motivo sería que las formas de participación en este delito aparecen recogidos en el art. 470 CP, que no es aplicable a estos supuestos. Así no cabe sino afirmar la impunidad de D<sup>a</sup> María en este caso, pero D. Marcial comete un delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP al incumplir la orden de alejamiento contra D<sup>a</sup> María, aunque contase con su consentimiento, pues este es irrelevante.

### 3.3.- CONCLUSIONES.

I.- La primera de las agresiones, de enero de 2010, en la que D<sup>a</sup> María resulta lesionada con un derrame en el ojo derecho constituye un delito del art. 153.1 CP, por ser esta esposa de su agresor, lo que desde la reforma producida por la LO 1/2004 agrava esta conducta por razón de género, pues dado que este tipo de lesiones no conlleva un tratamiento facultativo (requisito para el tipo básico de lesiones del art. 147.1 CP) sería, en principio, tan solo –acorde a la legislación penal aplicable al caso– una falta del art. 617.1 CP. Esta conducta se agrava además por producirse la agresión en el domicilio común, lo que conforme al art. 153.3 CP supone la aplicación de la pena en su mitad superior, es decir, de 9 meses y un día a un año de pena de prisión o de 56 a 80 días de trabajos en beneficio de la comunidad y en todo caso privación del derecho a tenencia y porte de armas de 2 años y un día a 3 años. Como pena accesoria el Juez o Tribunal impondrá alguna o algunas de las previstas en el artículo 56 CP, esto es, suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo que dure la condena o inhabilitación especial para empleo o cargo

<sup>138</sup> STS –Sala 2<sup>a</sup>– 10/2007, de 19 enero, FJ 2<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 2007\675). Véase también SSTS –Sala 2<sup>a</sup>– 482/2010, de 4 de mayo, FJ 3<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 2010\5581) y 1065/2010, de 26 de noviembre, FJ 2<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 2011\589)

<sup>139</sup> Acuerdo del TS –Sala 2<sup>a</sup>– de 25 de noviembre de 2008 (Aranzadi JUR 2009\34004).

<sup>140</sup> STS –Sala 2<sup>a</sup>– 255/2009, de 13 de julio, FJ 7<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 2009\6978).

<sup>141</sup> RODRÍGUEZ CALVO, M<sup>a</sup> Sol (dir.); VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando (dir.); GUINARTE CABADA, Gumersindo (coord.); MUÑOZ BANÍ, José Ignacio, *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 273 y 274.

<sup>142</sup> RODRÍGUEZ CALVO, M. S., ed alt, *La violencia de género...*, op. cit., pág. 292.

público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad –si hubiera tenido relación directa con la comisión del delito–, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, dependiendo de la gravedad del delito cometido.

II.- En marzo del mismo año D. Marcial increpa a su mujer por teléfono hablándole de manera violenta para que vuelva a casa, mientras esta se encontraba cenando con unas amigas, y al regresar le propina dos puñetazos en la barriga, estando embarazada. Primeramente, las llamadas constituyen un delito de coacciones leves del art. 172.2 CP, nuevamente delito específico por motivos de género, también creado por la LO 1/2004. Estas coacciones estarán consumadas si efectivamente el autor logra su propósito de que la mujer vuelva a casa contra su voluntad debido a la violencia verbal sobre ella ejercida, y en grado de tentativa en caso contrario. En el primero de los supuestos la pena sería de prisión de 3 meses a un año o trabajo en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días, y en todo caso prohibición de tener y portar armas de 1 año y un día a 3 años. En el segundo supuesto, se aplicaría la pena inferior en uno o dos grados, dado que es una tentativa (art. 62 CP). Por otro lado, dado que no se nos expone la producción de resultado de lesiones por los puñetazos, debemos entenderlo como un maltrato de obra, que nuevamente y por los mismos motivos expuestos en el párrafo anterior deberá ser calificado por el art. 153.1 CP, con la misma agravación de la pena por el art. 153.3 CP, y por tanto misma pena y similar comentario acerca de las posibles penas accesorias. El motivo por el que apreciamos este delito y no una tentativa de aborto, ya que la víctima estaba en avanzado estado de gestación (da a luz solo dos meses después) es porque realmente la narración de los hechos no permite apreciar dolo de causar un aborto, pues como hemos dicho, no se llegan a producir lesiones ni tan siquiera leves y solo se dan dos golpes. Si realmente la intención fuese la de hacer abortar a su esposa, los golpes hubiesen sido de mayor entidad, o hubiesen sido más.

III.- En el tercer episodio de violencia, el día 29 de septiembre de 2012, D<sup>a</sup> María resulta herida siendo necesaria su hospitalización, que dura más de dos meses, así como dos intervenciones quirúrgicas por lesiones en el hígado y en el bazo, quedándole además como secuela cicatrices en la cara. En una sola agresión se producen diversas lesiones, diversos delitos, con lo que entendemos que concurre un concurso ideal, lo que hace que queden todos absorbidos por el de mayor pena, que en este caso es un delito de lesiones por deformidad grave (por cicatrices en el rostro) del art. 149.1 CP, con agravante de parentesco (art. 23 CP), dado que las otras lesiones serían un tipo básico, ya que aunque dos órganos resulten dañados requiriendo tratamiento facultativo no se produce su pérdida ni su inutilidad (siendo el bazo no principal y el hígado principal). Dada la relación entre sujeto activo y pasivo el Juez o Tribunal tendría la posibilidad de aplicar la circunstancia comprendida en el art. 148.4º, una agravación por cuestión de género. Pero como hemos dicho observamos un concurso ideal de delitos, lo que nos lleva a la aplicación de la pena del art. 149.1 CP en su mitad superior (9 años y un día a 12 años de prisión), más la agravante de parentesco (10 años, 6 meses y un día a 12 años). El propio art. 77.2 CP nos hace tener en cuenta que no cabrá aplicar el concurso ideal, es decir, la pena más grave en su mitad superior, cuando la pena obtenida sea más alta que la que correspondería en caso de penar por separado cada delito. Teniendo en cuenta que solo el delito del 149.1 CP con la agravante de parentesco ya nos lleva a su aplicación en su mitad superior y que el mínimo de pena por un delito del 148 CP son 2 años, la pena resultante no podría ser menor, con lo que sí beneficia al reo la aplicación conforme al concurso ideal. En todo caso la pena resultará superior a diez años, por lo que resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 55 CP, conforme el cual deberá aplicarse la inhabilitación absoluta durante el tiempo que dure la condena, pudiendo también imponerse inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. Pero además, siguiendo lo establecido por el artículo 57 CP, por el tipo de delito cometido, corresponde la aplicación de una o varias de las medidas establecidas por el artículo 48 CP.

No podemos dejar de valorar tampoco la gravedad de las acciones en vista a las graves consecuencias producidas. Por ello, sería posible contemplar la posibilidad de apreciar aquí una

tentativa de homicidio incluso, lo cual no podemos hacer por falta de información acerca de los hechos concretos, con lo que sería demasiado arriesgado afirmar un *animus necandi* que no podemos argumentar.

IV.- Una nueva agresión tiene lugar la madrugada del 12 de octubre de 2012, siendo víctimas en este caso tanto la esposa como la hija de D. Marcial. La primera recibe tres golpes en el estómago y la segunda un puñetazo en el ojo que le produce un derrame. Además, dada la situación de profunda ansiedad vivida, D<sup>a</sup> María sufre un ataque al corazón. Por lo que respecta a la pequeña, nuevamente sostenemos que el derrame es una lesión que no precisa de tratamiento o intervención facultativa más allá de una primera asistencia, con lo que no podría entenderse como un delito de lesiones. Sin embargo, por ser la víctima una de las personas enunciadas en el art. 173.2 CP podría ser calificado como una lesión del 153.2 CP. Más allá de eso, se trata además de una niña de muy corta edad, ya que no llega a tener 3 años, con lo que la consideramos una víctima especialmente vulnerable, subsumible por tanto en el 153.1 CP, lo que prevalece. La pena del citado artículo deberá aplicarse en su mitad superior por cumplirse ya no una sino varias de las circunstancias del art. 153.3 CP.

Por lo que respecta a la madre, los actos primeramente cometidos hacia ella (tres golpes en el estómago) no parecen haber tenido un resultado de lesiones, pues nada se menciona, con lo que sería nuevamente un maltrato de obra del 153.1 CP, en su mitad superior también por el mismo motivo que las lesiones leves de la hija. Además, el infarto que sufre es imputable a la situación que su marido le hizo pasar, por lo que debemos calificarlo como un delito de lesiones agravado por la condición de género, art. 148.4<sup>o</sup> CP, dado que estas lesiones requieren de una intervención inicial pero también de un tratamiento posterior para recuperar el corazón de las lesiones sufridas. Podría incluso llegar a calificarse como la inutilidad de un órgano principal si sufriese secuelas severas que inutilizasen considerablemente la función del corazón, pero no tenemos datos para analizar esta posibilidad. Tal resultado debe ser imputable a D. Marcial ya que, si bien no era su intención directa, es evidente que el someter a una persona a constantes situaciones de malos tratos con el estrés, la ansiedad y la presión que ello conlleva, tiene consecuencias sobre la salud de la misma, con lo que puede apreciarse dolo eventual. Entre el delito de lesiones y el maltrato de obra, sin embargo, no apreciamos un concurso ideal, dado que ambos delitos no son causados por los mismos hechos, pues no son los golpes recibidos ese día lo que causa el infarto, sino un cúmulo de cosas, una situación de maltrato habitual en el entorno familiar.

Dado el estado de intoxicación y la adicción de D. Marcial cabe apreciar una atenuante conforme al artículo 21.2<sup>a</sup> CP, no una eximente ni una eximente incompleta por no apreciar en los hechos la esencia de cualquiera de ellas, es decir, la merma de las facultades cognitivas que conlleve una falta de apreciación de la ilicitud de los hechos, sino más bien parece que la adicción impide al sujeto activo reprimir sus impulsos e impide el autocontrol, lo que deja una pena de prisión de 9 meses y un día a 10 meses y 16 días de prisión o de 56 a 67 días de TBC, y de 2 años y un día a 2 años y 6 meses menos un día de prohibición de tenencia y porte de armas por cada uno de los delitos del 153.1 CP; más de 2 años a 3 años y 6 meses menos un día por las lesiones del 148.4<sup>o</sup> CP. El internamiento voluntario, por su parte, aunque se haga con intención de reparar el daño no es tal en los términos de la circunstancia atenuante del art. 21.5<sup>a</sup>, dado que contribuye a su resocialización y a prevenir la reincidencia, pero no disminuye el daño causado a las víctimas ni minimiza los efectos de los delitos cometidos. En cuanto a penas accesorias, nos remitimos nuevamente a lo establecido en el artículo 56 CP.

V.- Además de todos los delitos hasta ahora cometidos ha de apreciarse un delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, recogidos por el art. 173.2 CP, punible separadamente de los anteriores por ser un bien jurídico distinto el que aquí se protege. Este delito puede apreciarse porque se producen numerosos episodios violentos (desde luego más de tres, que es lo que la jurisprudencia suele exigir para apreciar habitualidad) hacia, principalmente su esposa, pero también su hija, en un

mismo contexto temporal (entre 2010 y 2012), que no entendemos que se rompa por el cese en la convivencia, ya que realmente se retoma muy pronto, más o menos al salir D<sup>a</sup> María del hospital. Dado que la violencia tiene lugar en el domicilio familiar y algún episodio tiene lugar frente a una menor y quebrantando una orden de alejamiento (medida cautelar), la pena deberá imponerse en su mitad superior. Si tenemos en cuenta para la apreciación de este delito el último episodio, en el que nos consta la atenuante por adicción, debería aplicarse esta al delito de malos tratos habituales. A favor de este hecho puede argumentarse que si bien solo puede justificarse su concurrencia en uno de los hechos que la conforman, no sería justo que la concurrencia de una de las circunstancias del párrafo segundo del art. 173.2 CP en solo uno de los actos de violencia sea suficiente para agravar, pero la concurrencia de la atenuante en solo uno de ellos no sea suficiente para atenuar, pues no debemos olvidar que el principio de beneficio del reo inspira nuestro Derecho Penal, lo que dejaría una pena de prisión de un año y 9 meses y un día a 3 años, privación de tenencia y porte de armas de 3 años y 6 meses y un día a 4 años y 3 meses y un día, y si el Juez lo creyese conveniente para la menor privación de la patria potestad de 3 años y un día a 4 años menos un día.

VI.- A pesar de que pueda deducirse la concurrencia de consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de la medida cautelar, ello es irrelevante conforme a la doctrina del TS. Por ello, en primer lugar, el tribunal que decretó tal medida podrá acordar una nueva medida cautelar más gravosa, como la prisión provisional, por ejemplo, previa audiencia de las partes. Por otro lado, el quebrantamiento supone la comisión de un nuevo delito del art. 468.2 CP, pudiendo apreciarse también en este delito la atenuante del artículo 21.2<sup>a</sup> CP, con lo que la pena correspondiente sería de seis meses a nueve meses menos un día, más las correspondientes penas accesorias del artículo 56 CP. Por lo que respecta a la víctima, no cabe apreciar responsabilidad criminal por estos hechos.

#### **4.- VALIDEZ JURÍDICA Y ACCIONES QUE PODRÍA LLEVAR A CABO D. MANOLO CON RESPECTO A LA CUENTA BANCARIA Y A LOS DOS INMUEBLES VENDIDOS POR D<sup>a</sup> MARÍA A D. EUSTAQUIO Y A D<sup>a</sup> MIRIAM. QUÉ DERECHOS OSTENTAN CADA UNO SOBRE EL INMUEBLE CITADO.**

##### **4.1.- HECHOS RELEVANTES.**

I.- Con fecha de 3 de enero de 2014 D. Manolo, quien había sido declarado fallecido tras su desaparición en un viaje en barco años atrás, reaparece.

II.- A su reaparición, D<sup>a</sup> María, su heredera universal, ha vendido el domicilio familiar del que ambos eran propietarios al 50%, a D. Eustaquio por el precio de 240.000 euros.

III.- Del mismo modo, D<sup>a</sup> María ha vendido también un piso en la costa de A Coruña, que en su día había sido un bien privativo de D. Manolo. Este inmueble estaba valorado en 250.000 euros, sin embargo, D<sup>a</sup> María lo vende a su amiga de la infancia D<sup>a</sup> Miriam por el precio de 175.000 euros.

IV.- Asimismo, D. Manolo se encuentra con que la cuenta conjunta de Abanca en la que ambos eran titulares de 65.000 euros dispone en el momento de su regreso de solamente 15.000 euros.

V.- Ante todos estos hechos D. Manolo decide emprender medidas legales contra D<sup>a</sup> María, con el objetivo de recuperar los bienes de los que era titular con anterioridad a la su declaración de fallecimiento.

##### **4.2.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**

###### **I.- De los efectos de la declaración de fallecimiento en el ámbito patrimonial.**

En lo que concierne a la figura jurídica de la declaración de fallecimiento nos remitimos a lo anteriormente expuesto<sup>143</sup>. Señala el artículo 196 CC que una vez que la declaración de fallecimiento adquiera firmeza se abrirá la sucesión de los bienes del causante, en este caso D. Manolo. Establece este mismo precepto que los herederos del causante no podrán disponer a título gratuito hasta pasados cinco años de la declaración de fallecimiento. Ese mismo plazo será el que habrá de esperarse para poder entregar los legados o para poder reclamarlos, “salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador o los legados en favor de instituciones de beneficencia”. Por otro lado, los sucesores deberán conformar un inventario notarialmente, detallando en él los bienes muebles y una descripción de los bienes inmuebles.

El hecho de que la declaración de fallecimiento no pruebe la muerte de una persona y sea revocable no significa que los herederos del declarado fallecido estén sometidos a una condición resolutoria, pues son auténticos herederos. Así, aunque la persona reaparezca los actos de disposición que estos hubiesen podido realizar, siempre y cuando se hubiesen hecho conforme a la ley, permanecerán<sup>144</sup>.

Debemos comentar, en primer lugar, la relación existente entre el citado artículo y el artículo 657 CC, que establece que “los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte”. Es requisito para la aplicación del artículo 657 CC que se haya producido la muerte del causante. Dado que la declaración de fallecimiento entra en juego en aquellas situaciones en las que no se puede probar ni la muerte ni la existencia de una persona, podemos entender que el artículo 196 CC viene a funcionar como sustitutivo del anterior, estableciendo además una serie de limitaciones con respecto a si la sucesión de diese *mortis causa*, esto es, por la muerte del causante.

La apertura de la sucesión se produce a partir de aquel momento en el que la resolución de declaración de fallecimiento (antes auto del Juez y ahora decreto del Letrado de la Administración de

<sup>143</sup> Vid. supra apartado “1.2.I.- De la declaración de fallecimiento”.

<sup>144</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., pág. 265.

Justicia) adquiera firmeza, con independencia de que a posteriori la misma pueda llegar a quedar sin efecto<sup>145</sup>. La apertura de la sucesión deberá retrotraerse a la fecha establecida en la resolución de declaración de fallecimiento. Cualquier otra cosa no tendría sentido teniendo en cuenta que la fijación de una fecha concreta en la que ha de entenderse fallecido al sujeto es el objetivo principal de este proceso. Además, a pesar de que la lectura literal del artículo 196 CC nos pudiese llevar a pensar que se abre la sucesión tan solo de los bienes del declarado fallecido, pues eso es lo que realmente dice este precepto, ha de entenderse que el mismo se refiere realmente a la totalidad del patrimonio del causante, es decir, sus bienes, sus derechos y también sus obligaciones en el momento de la fecha establecida en la resolución de declaración de fallecimiento<sup>146</sup>.

Los llamados a suceder lo serán a título universal o a título particular, siendo los primeros denominados herederos y los segundos legatarios, tal y como lo establece el artículo 660 CC. La diferencia principal entre un tipo y otro de sucesor es que quien sucede a título universal responde de las deudas o cargas que pudiese haber, mientras que quien lo hace a título particular solo se beneficia de aquello que el causante le hubiese otorgado en el testamento como legado y por tanto no se hace cargo de deudas hereditarias<sup>147</sup>. Los llamados en condición de heredero han de aceptar o repudiar la herencia, estableciendo el artículo 988 CC que ambos son “actos enteramente voluntarios y libres” y sus efectos han de retrotraerse al momento de la muerte del causante (art. 989 CC), o para este caso, al de la fecha establecida en la resolución que le declara fallecido. Así, el que es llamado a heredar por haber sido el causante declarado fallecido, debe también aceptar o repudiar la herencia a la que es llamado. El que la aceptare, podrá hacerlo pura y simplemente o a beneficio de inventario, pues así lo reconoce el artículo 998 CC. En caso de aceptar, además, el heredero estará sujeto al impuesto sobre sucesiones y donaciones como lo estaría en caso de sucesión *mortis causa*. En este sentido el artículo 24.1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, establece que “en las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil”.

En cuanto al plazo para la aceptación en el caso de declaración de fallecimiento, es exactamente el mismo que en caso de ejercicio de la *actio petitio hereditatis*, es decir, treinta años<sup>148</sup>, comenzando estos a contar a partir del momento “en que se inicia la posesión por parte del heredero aparente o poseedor”<sup>149</sup>. El motivo para no comenzar el cómputo con la fecha establecida en la resolución de declaración de fallecimiento es que en caso de sucesión *mortis causa* tampoco empieza a contar en el momento en el que muere el causante, con lo que no sería justo ni tendría sentido.

Puede surgir la duda de qué sucedería en el supuesto de que tras aceptar o repudiar la herencia se modifique la fecha de fallecimiento por tener noticia certera de la muerte del causante y cuando se produjo esta. Ello puede tener como consecuencia modificaciones sustanciales en el caudal hereditario, pero sería igualmente aplicable lo dispuesto por el artículo 997 CC, conforme el cual la aceptación y la repudiación son irrevocables. Asunto distinto sería que con el establecimiento de la nueva fecha no sean herederos los mismos sujetos. De este modo, se entenderá ineficaz la aceptación realizada por quien haya perdido la condición de heredero a causa de tal modificación y quien la adquiera estará legitimado para el ejercicio de la *actio petitio hereditatis*.

Como ya dijimos al principio de este apartado, y como señala el artículo 196 CC, los herederos no podrán disponer de aquello que hereden a título gratuito hasta pasados cinco años de la declaración de fallecimiento. Interpretado *a sensu contrario*, podrán disponer libremente del patrimonio heredado con la condición de que lo hagan a título oneroso. Una vez transcurrido ese plazo el heredero será totalmente libre de realizar cualquier acto de disposición, ya sea a título oneroso o gratuito. Además

---

<sup>145</sup> CORRAL TALCIANI, H. F., *La declaración...*, op. cit., pág. 230.

<sup>146</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., pág. 269-270.

<sup>147</sup> LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil VII: Derecho de Sucesiones*, 9ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2014, pág. 11.

<sup>148</sup> STS –Sala 1ª– de 27 noviembre 1992, FJ 1º (Aranzadi RJ 1992\9597).

<sup>149</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., pág. 280.

esa prohibición de disponer gratuitamente no debe entenderse aplicable a los frutos, rentas y productos obtenidos del patrimonio, pues el artículo 197 CC establece claramente que estos son pertenencia del heredero aunque el declarado fallecido llegase a reaparecer con vida. Puede interpretarse tal prohibición como un modo de preservar el patrimonio del declarado fallecido, no tanto en lo cualitativo sino en lo cuantitativo, de modo tal que se pretende garantizar en caso de que el declarado fallecido reaparezca pueda recuperar sus bienes o al menos su valor. Del artículo 2.4 LH y del artículo 10 RH se deduce la obligación de inscribir en el Registro de la Propiedad la declaración de fallecimiento y la prohibición de disponer a título gratuito hasta pasados cinco años de esta, así como que hasta pasado este tiempo no se entregarán ni se podrá reclamar los legados. Conforme al artículo 26.1ª, dado que se trata de una prohibición legal que no ha de expresa declaración judicial o administrativa, no necesitará inscripción separada y especial.

En cuanto a qué ha de entenderse por negocio a título gratuito, señala GUINEA FERNÁNDEZ<sup>150</sup> que incluye, por un lado, aquellos que lo son en sentido estricto, tales como la donación o la condonación de deudas; pero por otro también incluye los negocio jurídicos a título gratuito en sentido amplio, siendo un ejemplo el préstamo a título gratuito, ya que si bien no implica una pérdida patrimonial, no deja de ser una transmisión sin ánimo de lucro, con lo que es contrario a la prohibición establecida por el segundo párrafo del artículo 196 CC. Del mismo modo, en esta prohibición están comprendidos no solo los bienes sino también los derechos del causante declarado fallecido. Por ello no cabrá disponer a título gratuito de estos en por el plazo de cinco años, lo que incluye la renuncia a los mismos, ya que no deja de suponer un empobrecimiento de la “esfera jurídico-patrimonial del titular del derecho renunciado”. Sin embargo, esta prohibición no afecta a las disposiciones *mortis causa*, es decir, en caso de que terceros sean llamados a heredar por haber fallecido la persona que en primer lugar había sido heredera del declarado fallecido. La única consecuencia que se dará en este caso es que el heredero sucederá al heredero del primer causante en los mismos términos que este, con lo que estará igualmente sometido a esta limitación.

Por lo que respecta a los legatarios y la limitación temporal que el artículo 196 CC les impone, la doctrina mayoritaria indica que la principal causa de la misma es evitar la dispersión del patrimonio del causante, es decir, “la conservación de la unidad del patrimonio del declarado fallecido”<sup>151</sup>.

La obligación de realizar el inventario notarial con una relación de los bienes muebles y descripción de los bienes inmuebles afecta a todos los sucesores del causante y por ello es indiferente que lo sucedan a título universal o a título particular. Si la herencia se reparte judicialmente bastará ya el inventario realizado en este procedimiento para entender cumplida la obligación del 196 CC. Sin embargo, el Código Civil no establece cuáles serán las consecuencias que habrán de derivarse en caso de que esta se incumpla y por tanto se omite la realización del inventario<sup>152</sup>, pudiendo entenderse que es una condición para poder heredar, aunque quizá la solución más práctica es entender que si no se realiza no se podrá probar de qué se ha tomado posesión, y conforme al artículo 1902 CC se será responsable por los daños y perjuicios causados por mor de la omisión del deber impuesto<sup>153</sup>.

Dª María sucede a D. Manolo a título universal, es decir, como heredera y no como legataria. Además es su única heredera, con lo que no es necesario llevar a cabo la partición de la masa hereditaria. No nos consta cuándo se produjo la aceptación o cómo se llevó a cabo (de manera expresa o tácita, pura y simplemente o a beneficio de inventario), pero es obvio que esta tuvo lugar, pues de lo contrario no podría disponer de los bienes que habían pertenecido a su primer esposo. Tampoco conocemos la fecha de la declaración de fallecimiento, con lo que no podemos establecer de manera clara cuál era el plazo en el que no podría haber realizado negocios jurídicos a título gratuito con el patrimonio de D. Manolo. Sin embargo, no nos consta que se hayan producido actos de este tipo, con lo que tampoco es una información que se requiera de manera principal para la resolución de las cuestiones planteadas. Desconocemos también si la sucesión es testada o *ab intestato*, pero podemos

<sup>150</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., págs. 283-286.

<sup>151</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., págs. 288.

<sup>152</sup> CORRAL TALCIANI, H. F., *La declaración...*, op. cit., pág. 248.

<sup>153</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., págs. 296-297.

afirmar que no existen otros legitimarios, pues en cualquiera de los casos D<sup>a</sup> María no podría ser heredera universal de D. Manolo<sup>154</sup>, o bien existiendo estas personas concurre algún caso previsto por la ley para que el declarado fallecido hubiese podido privarles de la misma, esto es, alguna causa de desheredación.

## II.- De la causa de indignidad del artículo 756.2º CC

Se entiende por indignidad aquella incapacidad relativa que inhabilita para suceder al causante por haber cometido contra él un acto de gravedad recogido en el Código Civil. Esta incapacidad para suceder, por tanto, se da solo con respecto a ese concreto causante, pudiendo suceder a otras personas. Las causas de indignidad inhabilitan para la sucesión sin importar que haya o no testamento, como así lo establece el artículo 914 CC al decir que “lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es también aplicable a la sucesión intestada”. Además son extensibles a cualquiera sucesor, ya lo sea a título universal o a título particular.

No debe confundirse la indignidad con la desheredación, pues esta última solo se puede aplicar a los legitimarios<sup>155</sup>, mientras que la primera puede concurrir en cualquier sucesor. Por otro lado, la desheredación debe llevarse a cabo activamente por el testador<sup>156</sup>.

Las causas de indignidad aparecen recogidas en los artículos 756, 713 y 111 CC. Estas causas son taxativas y no podrán aplicarse mediante interpretación analógica. Concretamente el artículo 756, en su apartado 2º, menciona como causa de indignidad, y por consiguiente inhabilitación para suceder, ser “condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima”. Por su parte el artículo 758 CC señala que la capacidad para poder suceder al causante ha de calificarse al tiempo de la muerte de este – o en el caso de la declaración de fallecimiento a la fecha establecida en la resolución–, si bien para esta causa de indignidad concreta se prevé que se espere a que se dicte sentencia firme. Cabe apuntar que la sentencia firme puede existir ya antes de que el causante fallezca, por haberle intentado matar años atrás. Sin embargo, es también posible que el causante fallezca a causa del ataque del sucesor indigno, caso en el que debería esperarse.

A pesar de la extrema gravedad que encierran todas las causas de indignidad, el Código Civil recoge un modo de rehabilitar al indigno. Tal rehabilitación solo podrá ser llevada a cabo por el causante, bien de manera tácita o expresa, como se desprende del artículo 757 CC. Tácitamente se entenderá rehabilitado al indigno cuando el testador fuese consciente de que concurre alguna de las causas de indignidad y decidiese nombrarlo heredero de todos modos, mientras que de manera expresa supondrá que la remita en documento público, perdonando así a su sucesor.

Dado que la jurisprudencia acerca del tema es escasa, la doctrina se encuentra dividida entre quienes creen que el indigno no puede adquirir la condición de heredero y por ello se le excluye de la herencia, y entre quienes sostienen que si adquiere tal condición, pero queda sujeta a una posible resolución por ser impugnada, en cuyo caso debería restituir los bienes heredados<sup>157</sup>. Sin embargo, ya se tome una u otra posición puede darse el caso de que un indigno llegue a heredar, por ejemplo porque se conozca la causa con posterioridad a que tome posesión de los bienes aunque esta concurriese ya en el momento del fallecimiento del causante. Para estos supuestos el artículo 760 CC establece que quien, “contra la prohibición de los anteriores artículos hubiese entrado en posesión de los bienes hereditarios, estará obligado a restituirlos con sus acciones y con todos los frutos y rentas que haya percibido”. Ello debe ser completado con lo que establece el artículo 762 CC, pues “no puede deducirse acción para

---

<sup>154</sup> Dependiendo de la vecindad civil de D. Manolo, que desconocemos, sus legitimarios serán: a) si tuviese vecindad civil común, sus hijos y descendientes, a falta de estos sus padres y ascendientes, y el cónyuge viudo (art. 807 CC); b) si tuviese vecindad civil gallega, sus descendientes y el cónyuge viudo (art. 238 Ley de Derecho Civil de Galicia).

<sup>155</sup> Lo que puede resultar obvio, pues solo tiene sentido desheredar a quien la Ley impone como heredero forzoso, pues con respecto a cualquier otro sujeto es tan sencillo como no instituirle heredero o revocarlo en caso de haberlo hecho.

<sup>156</sup> LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil VII...*, op. cit., págs. 37 y 38.

<sup>157</sup> LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil VII...*, op. cit., pág. 36.

declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado”.

No podemos dejar de lado el hecho de que D<sup>a</sup> María atentó contra la vida de D. Manolo tirándolo por la borda del barco en el que disfrutaban de un viaje. Este hecho es el que desencadena su desaparición y consiguiente declaración de fallecimiento, creyendo ella misma que efectivamente lo había matado. No obstante hemos de tener en cuenta que la causa de indignidad no habla de un simple atentado contra la vida del causante, sino concretamente de que exista una sentencia firme que reconozca tales hechos. Es lógico, pues de otro modo sería muy complicado poder estar seguro de que efectivamente concurre la causa de indignidad.

Tenemos constancia no solo del ataque a D. Manolo, sino que D<sup>a</sup> María es acusada por su asesinato por las grabaciones realizadas como consecuencia de otra investigación por tráfico de drogas hacia D. Marcial, su segundo esposo. Mas desconocemos por completo qué sucedió tras esa acusación. Realmente debemos admitir que en caso de que la única prueba fuesen tales escuchas el proceso no podría llegar muy lejos. En primer lugar porque, como hemos comentado en anteriores apartados<sup>158</sup>, esas escuchas no pueden ser tenidas en cuenta como prueba, sino como *notitia criminis*, con lo que no se podrán usar para acusarla. Además aun si fuesen usadas para iniciar una nueva investigación estarían muy limitados por las pruebas que puedan llegar a conseguir, pues los hechos tuvieron lugar mucho tiempo atrás y en otro lugar. Así, lo más seguro es que incluso si la investigación se hubiese realizado con toda diligencia y conforme a ella se le hubiese imputado, por falta de pruebas de entidad suficiente no podría condenársele. De este modo, al no haber una sentencia que reconozca la agresión contra la vida del causante, no se cumplen los presupuestos para que se dé realmente la causa de indignidad que, como hemos mencionado al principio de este apartado, no puede interpretarse analógicamente. Por otro lado, al regresar D. Manolo puede denunciar los hechos y abrirse un nuevo proceso. Con su testimonio quizá pueda arrojarse algo de luz sobre lo sucedido, todo ello teniendo en cuenta que D. María no hubiese sido absuelta ya o el primero proceso no hubiese finalizado con un sobreseimiento libre, pues ambas opciones cuentan con fuerza de cosa juzgada material, que impide juzgar nuevamente los hechos.

Con todo esto queremos explicar que si bien podría llegar a pensarse que D<sup>a</sup> María es indigna para suceder a su primer esposo, es demasiado complicado poder llevarlo a cabo. Debemos entender que no hay sentencia condenatoria, pues de lo contrario se especificaría, con lo que no es posible apreciar la causa de indignidad del art. 756.2º CC. En realidad esta no consiste en haber atentado contra la vida de una de las personas en el precepto enunciadas, sino en que exista una sentencia firme que lo condene. Si a ello le sumamos los años pasados desde la desaparición y declaración de fallecimiento de D. Manolo, muy probablemente hayan transcurrido ya los cinco años de plazo para ejercer acciones contra la sucesora indigna establecidos por el artículo 762 CC. Siguiendo esta hipótesis, incluso si actualmente pudiese llegar a condenarse a D<sup>a</sup> María por lo que hizo, de manera muy probable ya no se podría alegar causa de indignidad alguna. De todos modos, no podemos contar con absoluta certeza sobre el tema, puesto que una vez más no se nos facilitan con las fechas exactas de los hechos, y más concretamente de cuándo tomó posesión de los bienes hereditarios D<sup>a</sup> María. Con todo, debemos inclinarnos por la opción más probable, y por todo lo anteriormente expuesto no tendremos en cuenta la tentativa de asesinato como constitutiva de una causa de indignidad.

### **III.- De las consecuencias patrimoniales de la reaparición del declarado fallecido.**

Tal y como establece el artículo 197 CC “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

---

<sup>158</sup> Vid. supra apartado “2.2.2.II.- De las medidas limitadoras del derecho fundamental de secreto de las comunicaciones en el proceso penal”.

adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto”.

La naturaleza jurídica de la acción de recobro de este artículo ha sido ampliamente discutida por la doctrina en cuanto a si se trata de una acción de petición de herencia, una acción reivindicatoria o de otro tipo de acción. Puede decirse que en realidad la acción de recobro recogida en el artículo 197 CC es una acción *sui generis* cuyas características están a caballo entre la *actio petitio hereditatis* y la acción reivindicatoria<sup>159</sup>.

En cuanto a lo que esta acción abarca, se refiere no solo a los bienes sino también a los derechos y acciones transmitidos mediante la sucesión. Sin embargo, estos pueden haber sufrido cambios desde el momento en el que el heredero hubiese tomado posesión de ellos, o pueden haber sido transmitidos a un tercero. Por esta razón el artículo 197 CC no deja lugar a duda en que se recuperarán en el estado en el que se encuentren. De esta afirmación se derivan varias consecuencias: la persona reaparecida tendrá que soportar las pérdidas de valor que se hubiesen producido en su patrimonio, pero tampoco deberá abonar las mejoras; por lo que respecta al sucesor, no debe abonar al reaparecido los frutos o rentas producidos por el patrimonio durante el tiempo en el que el reaparecido se encontrase declarado fallecido y no se tuviese noticia de su existencia, pero tampoco será indemnizado por las mejoras que haya podido realizar conforme a cómo se encontraba el patrimonio del declarado fallecido con anterioridad a su desaparición. Así, es probable que parte del patrimonio no sea recuperable y para ello se ofrecen ciertas soluciones. En caso de que parte de lo heredado se hubiese vendido tendrá el reaparecido derecho a percibir el precio percibido por tal venta. Para cuando esto no fuese posible por haber invertido el dinero en comprar otra cosa, será esta lo que se deberá entregar. Doctrinalmente se defiende que a pesar de que el tenor literal del precepto hable tan solo del precio obtenido por los bienes vendidos, esto debe extrapolarse a otro tipo de figuras en las que se cede el dominio a cambio de recibir una contraprestación, siendo un ejemplo de ello la permuta<sup>160</sup>.

Ha de entenderse, además que el término “estado” del artículo 197 CC expresa una dimensión jurídica y no simplemente fáctica<sup>161</sup>. De este modo, si los bienes o derechos constitutivos del patrimonio del reaparecido hubiesen experimentado algún tipo de carga o gravamen, el reaparecido no tendrá más remedio que soportarlos y le serán oponibles, pero tendrá también derecho a aquello que su sucesor hubiese recibido a cambio y se subrogará en su posición jurídica frente a terceros.

Existen discrepancias<sup>162</sup> acerca de que ocurriría en caso de que se hubiese llegado al acuerdo de vender uno de los bienes antes pertenecientes al declarado fallecido y antes de que tuviese lugar la *traditio* este reapareciese. Algunos autores optan por solucionar tal duda en favor del reaparecido, argumentando que en este caso tendría la opción de elegir entre recobrar el bien o recibir el precio<sup>163</sup>. Sin embargo, otro sector doctrinal defiende que si el contrato de compraventa ha sido formalizado el declarado fallecido no tendrá opción alguna<sup>164</sup>, pues la única opción posible sería aceptar el precio del bien vendido, dando de este modo prevalencia al comprador.

Por otro lado, no toda la doctrina entiende el artículo 197 CC en cuanto a cómo ha de procederse para el caso de que los bienes hubiesen sido enajenados<sup>165</sup>. Hay quien sostiene que la acción que se ofrece al reaparecido cuenta con un carácter alternativo, de modo que puede elegir en todo caso entre que le sea entregado el precio de la venta o los bienes con él adquiridos. Según el parecer de otros

---

<sup>159</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., pág. 382; CORRAL TALCIANI, H. F., *La declaración...*, op. cit., pág. 338.

<sup>160</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., pág. 392.

<sup>161</sup> CORRAL TALCIANI, H. F., *La declaración...*, op. cit., pág. 341.

<sup>162</sup> Debemos apuntar, no obstante, que tanto en este aspecto como en el resto acerca de la reaparición del declarado fallecido se puede recurrir tan solo a la doctrina, en la que podrán encontrarse criterios divergentes, dado que una vez una persona es declarada fallecida es poco probable su reaparición, por más que el Código Civil prevea tal posibilidad. Ello tiene como principal consecuencia la escasa o casi nula jurisprudencia sobre el tema, con lo que no podremos tener en cuenta criterios jurisprudenciales a la hora de argumentar.

<sup>163</sup> CORRAL TALCIANI, H. F., *La declaración...*, op. cit., pág. 348.

<sup>164</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., pág. 391.

<sup>165</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., págs. 394-396.

autores la enumeración de opciones dadas por este precepto tiene un claro carácter subsidiario. Así, de ser posible se restituirán los bienes. De no ser ello posible por haberlos vendido el heredero, será su precio lo que deberá ser entregado. Por último, de haberse gastado ya el precio obtenido por la venta de los bienes y por tanto no siendo posible entregarlo, se procederá a entregar en su lugar aquello que se hubiese obtenido con ese dinero. La diferencia de criterios viene realmente dada por extraer de este precepto objetivos distintos. Los defensores de la primera postura abogan por que el objetivo es únicamente que el reaparecido recobre su patrimonio, mientras que los partidarios de la segunda, a pesar de admitir tal objetivo, le suman el interés de proteger al sucesor, intentado causarle los mínimos perjuicios. La teoría del carácter alternativo es claramente contraria a esta idea, pues el hecho de que el reaparecido pueda elegir entre lo comprado con el precio o el precio en sí puede obligar al sucesor a tener que hacer entrega de una cantidad de la que quizá no disponga. Hay quien incluso, basándose en el principio del *favor debitoris* establecido por el artículo 1132 CC, entiende que el único que puede llegar a tener opción de elegir es el heredero (deudor en este caso). En sintonía con ese razonamiento, en caso de haber comprado un nuevo bien con el precio, el heredero podría escoger entre entregarlo o mantenerlo y entregar el precio.

No podemos olvidarnos del hecho de que pasados cinco años desde la declaración de fallecimiento del sujeto sus herederos podrán disponer a título gratuito del patrimonio recibido. En caso de que ello suceda, el reaparecido deberá soportarlo. Distinto sería que tal negocio jurídico a título gratuito fuese realizado antes de finalizar el plazo de cinco años, incumpléndose de esta manera el deber impuesto por el artículo 196 CC, en cuyo caso el reaparecido podrá impugnar el negocio jurídico. Por su parte el tercero que lo hubiese obtenido podría llegar a oponer la adquisición adquisitiva, de cumplirse los requisitos necesarios, o la protección del adquirente de buena fe (art. 34 LH, 464 CC)<sup>166</sup>. En caso de que la transmisión del patrimonio se hubiese producido por sucesión *mortis causa*<sup>167</sup>, como ya hemos dicho antes, el nuevo heredero sucede al heredero del declarado fallecido, debiendo acogerse a lo establecido en los artículos 196 y 197 CC del mismo modo que su causante, con lo que recuperar los bienes y derechos de este será como hacerlo del primer heredero.

En cuanto a los rendimientos producidos por el patrimonio en el tiempo en que el hubiesen estado bajo la posesión del heredero, no cabe duda alguna de que el declarado fallecido no tiene derecho a ellos. Esto cambia en el momento de la reaparición o la declaración de no haber muerto del reaparecido. El Código fija dos fechas distintas para dos supuestos distintos. En caso de que el declarado fallecido reaparezca con vida y se persone, será ese el momento a partir del que tenga derecho a percibir los frutos y rentas del patrimonio que legítimamente le corresponde, aunque deba esperar a la revocación de la declaración de fallecimiento para poder exigirlos. En caso contrario, si no se persona pero se sabe de su existencia y por ello se inicia un procedimiento para revocar la declaración de fallecimiento, será desde que sea revocada. En caso de que se persone mientras el proceso está en marcha no se habrá de esperar a la resolución, sino que se cuenta a partir de la personación. Pero, ¿qué sucedería si el heredero conociese de la existencia del declarado fallecido y guardase silencio para poder aceptar la herencia? En este supuesto, dada la mala fe del sucesor, parte de la doctrina<sup>168</sup> apuesta por la aplicación del segundo párrafo del artículo 187 CC, referido a la ausencia. Conforme al mencionado precepto, si el ausente aparece se le deberá restituir su patrimonio, no así los productos obtenidos, salvo mala fe de quien los hubiese poseído, en cuyo caso la restitución comprenderá estos y los que debiese haber sido producidos desde la declaración judicial de ausencia. La aplicación analógica de esta norma no es pacífica, pues cierto sector doctrinal la interpreta como una asimilación de ambas figuras jurídicas, que no deben ser asimiladas. Pero siguiendo con quienes la defienden, apuestan también porque la mala fe excluye el resto de beneficios que el artículo 197 CC otorga al sucesor, con lo que se le hará responsable de los posibles menoscabos que el patrimonio hubiese podido sufrir. En caso de haber sido sucesor de buena fe tendrá que responder por estos porque, como hemos dicho, el reaparecido tiene derecho a recibir los bienes en el estado en el que se encontrasen.

---

<sup>166</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., págs. 393 y 394.

<sup>167</sup> *Ibid.*

<sup>168</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., págs. 398-400.

A pesar de que hasta el momento hemos tratado el supuesto de que el declarado fallecido reaparezca con vida o se tenga noticia de ello, puede suceder también que deba revocarse la declaración de fallecimiento por haber tenido noticia de la muerte del sujeto, no coincidiendo esta con la fecha delimitada en la resolución de declaración de fallecimiento. En caso de que el cambio de fecha suponga la pérdida de condición heredero para unos y la adquisición de tal condición para otros, una parte de la doctrina interpreta el artículo 197 CC de manera extensiva<sup>169</sup>, otorgando a los nuevos herederos los beneficios que este le hubiese otorgado al declarado fallecido en caso de reaparición, apoyándose además en el artículo 661 CC, conforme al cual “los herederos suceden al difunto por el hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones”.

Centrándonos ahora en el supuesto de hecho, al ser D<sup>a</sup> María heredera universal de D. Manolo recibe todo su patrimonio, pudiendo disponer de él a su antojo, con la única limitación de no hacerlo a título gratuito hasta pasados cinco años desde la declaración de fallecimiento. Nada podemos decir a este respecto, pues no sabemos cuál es dicha fecha, pero no hay noticia de que se haya hecho ningún negocio a título gratuito por parte de D<sup>a</sup> María con el patrimonio de su primer marido. Al reaparecer D. Manolo el artículo 197 CC le otorga el derecho de recuperar aquello que D<sup>a</sup> María hubiese heredado, eso sí, en el estado en el que se encuentre. Por ello, nada podrá hacer acerca de las ventas realizadas por su antigua esposa, sin importar la naturaleza privativa o ganancial que pudiesen haber tendido los bienes en su día. Por lo que respecta concretamente a los bienes a los que el supuesto de hecho hace referencia, D. Manolo tendrá derecho al 50% del precio recibido por la casa en la que habían vivido juntos, esto es, 120.000 €, dado que en este porcentaje era propietario del bien inmueble. En caso de haber adquirido otro bien con ese dinero, a ello será a lo que tenga derecho en la misma proporción. En cuanto al piso de la costa, tendrá derecho bien a los 175.000 € recibidos como precio de la compraventa, bien a aquello que con tal cantidad se hubiese comprado, dependiendo de si se hubiese gastado el precio o no y debiendo soportar la pérdida patrimonial que supone haberlo vendido por debajo de su valor.

Mención aparte merece la cuenta de Abanca, a la que en principio debemos aplicar las normas tal y como se aplicarían en caso de que se tratase de cualquiera otro bien o derecho: el reaparecido lo recupera en el estado en el que se encontrase en el momento de la reaparición. Así, no cabe reembolso por el dinero gastado por D<sup>a</sup> María, que además lo gastó como legítima titular del mismo. No debemos pasar por alto, por otro lado, que ambos eran cotitulares de la cuenta bancaria, con lo que D. Manolo solo tendrá derecho a recuperar el dinero (en el estado en que se encontrase) en tanto en cuanto fuese de su propiedad. Conforme a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo “el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos (o más) personas, como norma general lo único que comporta *prima facie*, en lo referente a las relaciones derivadas del depósito irregular en que toda cuenta corriente bancaria se apoya, es que cualquiera de dichos titulares tendrá, frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí solo, la existencia de un condominio, y menos por partes iguales, sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta”<sup>170</sup>. Así, no podemos afirmar que el dinero que se encontraba en la cuenta fuese de D. Manolo o de D<sup>a</sup> María, o en qué medida pertenecía a cada uno. Por otro lado, desconocemos si tenía carácter privativo o ganancial, pues en caso de estar en el segundo de los supuestos, independientemente de quién procediese el dinero, al disolverse el matrimonio y con él la sociedad de gananciales<sup>171</sup>, según el artículo 1404 CC

<sup>169</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración...*, op. cit., pág. 401.

<sup>170</sup> En este sentido: ATS –Sala 1<sup>a</sup>– de 15 julio 1997, FJ 1<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 1997\9142); SSTs –Sala 1<sup>a</sup>– de 23 mayo 1992, FJ 1<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 1992\4280); de 15 diciembre 1993, FJ 2<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 1993\9987); 1061/1994 de 21 noviembre, FJ 1<sup>o</sup> (Aranzadi RJ 1994\8541), entre otras.

<sup>171</sup> Debemos entender, aunque no se diga expresamente, que D. Manolo y D<sup>a</sup> María estaban casados en régimen de gananciales, por los siguientes motivos: 1<sup>o</sup> Se hace referencia a que el piso en la costa de A Coruña era un bien privativo de D. Manolo, lo que da a entender que efectivamente existen también bienes gananciales; 2<sup>o</sup> Aun si nada se dijese y dado que tampoco se menciona la existencia de capitulaciones matrimoniales, en aplicación del artículo 1316 CC, “a falta de capitulaciones o cuando estas sean ineficaces el régimen será el de la sociedad de gananciales”.

los bienes gananciales se dividirán “por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos”. En caso de que el dinero tuviese carácter privativo debería, en primer lugar, probarse hasta qué punto era cada uno de ellos propietario del dinero, y en esa medida le corresponderá a D. Manolo el dinero restante. De este modo, una vez más no podemos dar una respuesta concreta por falta de información, pues a pesar de que ambos fuesen titulares podría darse el caso incluso de que la totalidad de la cantidad que en su día hubo en la cuenta perteneciese a D<sup>a</sup> María de manera privativa, en cuyo caso nada le correspondería a D. Manolo.

#### 4.3.- CONCLUSIONES.

I.- La declaración de fallecimiento de D. Manolo es causa suficiente para abrir la sucesión de su patrimonio, conforme a lo establecido en el artículo 196 CC. Esto se hace a partir del momento en que la resolución de declaración de fallecimiento de D. Manolo adquiere firmeza, retrotrayéndose los efectos a la fecha indicada en la propia resolución. De este modo, D<sup>a</sup> María, como heredera universal del mismo, se subroga en su posición jurídica al aceptar la herencia, cosa que no sabemos si se produce a beneficio de inventario o pura y simplemente, o si la acepta de manera expresa o tácita. Una vez aceptada la herencia esta debe realizar notarialmente un inventario con una relación de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles. Puede disponer libremente del patrimonio recibido, teniendo como única limitación la prohibición interpuesta por el artículo ya mencionado de no realizar negocios jurídicos a título gratuito hasta pasados cinco años de la declaración de D. Manolo (fecha que desconocemos), cosa que no nos consta que haya hecho.

II.- Con la reaparición de D. Manolo el día 3 de enero de 2014 este adquiere el derecho a recobrar su patrimonio, tal como lo expone el artículo 197 CC. Sin embargo, ha de hacerlo en el estado en que este se encontrase en ese momento, y solo a partir de esa fecha podrá percibir sus rendimientos. Con respecto a los bienes concretos aquí discutidos podemos decir:

- Que de la casa que ambos tenían en común al 50% cada uno y que ella vendió por 240.000 € le corresponde a D. Manolo su parte proporcional del precio, esto es 120.000€. De haber gastado ya D<sup>a</sup> María tal cantidad, tendrá derecho al bien que con ella se hubiese comprado, si bien recordando la proporción indicada.

- Que del piso de la costa que era un bien de carácter privativo de D. Manolo le corresponde la totalidad del precio obtenido por su venta, ya que en este caso la propiedad no era compartida con nadie. Con respecto a la pérdida sufrida por haberlo vendido por debajo de su valor, D. Manolo ha de soportarlo, pues el reaparecido debe soportar el menoscabo sufrido en el patrimonio, así como en caso de haberse vendido por encima de su valor tendría derecho a la totalidad del precio igualmente. Por ello, tiene derecho a que le sean entregados los 175.000 € o en su defecto aquello que con tal cantidad se hubiese comprado.

- Que por lo que respecta a la cuenta en Abanca, en la que al tiempo de la desaparición de D. Manolo había 65.000 € y de la que ambos cónyuges eran titulares, desconocemos a quién de los dos pertenecía el dinero o si este era privativo o ganancial. Siguiendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el hecho de que dos o más personas sean titulares de una cuenta bancaria no significa nada más allá de que todos ellos pueden disponer del dinero, lo que no necesariamente ha de significar que sea de todos ellos, o que lo sea a partes iguales. Así, debemos diferenciar dos supuestos:

- Partiendo de la base de que se encontrasen casados en régimen de gananciales, si el dinero allí depositado tuviese carácter ganancial al disolverse esta sociedad a causa de la declaración de fallecimiento el dinero correspondería por mitades a cada uno de ellos o a sus herederos. De este modo, un 50% sería de D<sup>a</sup> María y el otro 50% lo

heredaría como heredera universal de D. Manolo. En este caso el reaparecido tendría derecho a la mitad de lo que actualmente hubiese en la cuenta, pues la acción del art. 197 CC se extendería a ese 50% que D<sup>a</sup> María heredo.

- Si, a pesar de encontrarse en una cuenta conjunta, el dinero tuviese carácter privativo debería en primer lugar determinarse en qué medida era cada uno de ellos propietario del mismo, en caso de que no lo fuese uno solo. Así, dependiendo del grado de participación que tuviese D. Manolo podría reclamar de la cantidad actual el porcentaje correspondiente.

III.- A pesar que D<sup>a</sup> María atenta contra la vida de D. Manolo al intentar asesinarlo a bordo del barco en el que se encontraban en 2007, no podemos apreciar la concurrencia de una causa de indignidad para considerarla indigna de suceder a su primer esposo. Esto es así porque en ningún sitio se menciona que esta sea efectivamente condenada por tal crimen, cosa que debemos de interpretar que no sucede dada la falta de pruebas para ello y que además se encuentra en libertad. Así, si bien esta conducta podría llegar a constituir una causa de indignidad, y más concretamente la establecida en el artículo 756.2º CC, no se puede aplicar al no cumplirse el requisito de que estos hechos sean condenados mediante sentencia. Dado que las causas de indignidad no deben ser interpretadas de manera analógica y que no se cumplen los requisitos, no se puede apreciar.

Por otro lado, no debemos olvidar lo señalado por el artículo 762 CC. Y es que pasados cinco años desde que el heredero toma posesión de los bienes hereditarios ninguna causa de indignidad podrá ser alegada en su contra. A pesar de no saber de no contar con las fechas necesarias para asegurar que el plazo se haya expirado ya, muy probablemente, dado que D. Manolo ha estado desaparecido durante cerca de 7 años, lo haya hecho. Por todo ello no debemos interpretar que sea posible alegar tal causa de indignidad.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I: Introducción y Parte General*, 18ª ed., Madrid, Edisofer, 2009.
- ASENCIO MELLADO, José M<sup>a</sup>, *Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- CASABLANCA ZULUETA, Paola, *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, Barcelona, Bosch, 2016.
- CORRAL TALCIANI, Hernán F., *La declaración de fallecimiento*, Madrid, Tecnos, 1991.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, tomo II, 1ª ed., Madrid, Civitas, 2008.
- ELVIRA PERALES, Ascensión, *Derecho al secreto de las comunicaciones*, 1ª ed., Madrid, Iustel, 2007.
- FERREIRO BAAMONDE, Xulio Xosé; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2014.
- GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, Josefina, *Delito de lesiones: tipos agravados y cualificados*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (coord.); VIVES ANTÓN, Tomás S.; ORTS BERENGUER, Enrique; ed. alt., *Derecho Penal Parte Especial*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. \*
- GRACIA MARTÍN, Luis; VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código Penal Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, La Ley, 2011.
- GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco M., *Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección*, Barcelona, Bosch, 2010.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho Civil I Parte General*, Vol. II, 5ª ed., Madrid, Dykinson, 2008.
- LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil I: Parte General y Derecho de la Persona*, 17ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2011.
- LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil VI: Derecho de Familia*, 8ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2009.
- LASARTE, Carlos, *Principios de Derecho Civil VII: Derecho de Sucesiones*, 9ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2014.
- MARTÍN MORALES, Ricardo (coord.) ed alt., *El principio constitucional de intervención indiciaria*, Granada, Grupo Editorial Universitario, 2000.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La tutela judicial de la violencia de género*, Madrid, Iustel, 2008.
- MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. \*
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal: Parte Especial*, 20ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. \*

- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal: Parte General*, 9ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. \*
- ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de Derecho Penal: parte general*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. \*
- OTUDAY, Javier (dir.), VIANA, Antonio (dir.), SEDANO, Joaquín (dir.), *Diccionario general de derecho canónico*, vol. II, 1ª ed., Navarra, Aranzadi – Thomson Reuters, 2012.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español Parte Especial*, 7ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. \*
- QUINTANAR DÍEZ, Manuel (Dir.); ORTIZ NAVARRO, José Francisco, *Elementos de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. \*
- RAMÓN RIBAS, Eduardo; ARROM LOSCOS, Rosa; NADAL GÓMEZ, Irene, *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Madrid, Dykinson, 2010.
- RIVAS VALLEJO, Pilar (dir.); BARRIO BAUDOR, Guillermo L. (dir.); SERRANO FALCÓN, Carolina (coord.); ed alt., *Violencia de Género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2014.
- RODRÍGUEZ CALVO, Mª Sol (dir.); VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando (dir.); GUINARTE CABADA, Gumersindo (coord.); MUÑOZ BANÍS, José Ignacio, *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- ROMERO BURILLO, Ana Mª (dir. y coord.); RODRÍGUEZ ORGAZ, Cristina (coord.), *La protección de la víctima de violencia de género: un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la ley orgánica 1/2004*, Pamplona, Aranzadi, 2016.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, *Curso de Derecho Civil I: Parte general y derecho de la persona*, 6ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015. \*
- SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho Constitucional*, 1ª ed., Madrid, Dykinson, 2004.
- TEJADURA TEJADA, Javier, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Valencia, 1ª ed., Tirant lo Blanch, 2015. \*
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

\* Estos manuales han sido consultados en su versión digital a través del sitio web de la editorial Tirant lo Blanch.

## REPERTORIO JURISPRUDENCIAL

### Resoluciones del Tribunal Constitucional

STC 11/1981, de 8 de abril (Aranzadi RTC 1981\11).  
STC 25/1981, de 14 de julio (Aranzadi RTC 1981\25).  
STC 26/1981, de 17 de julio (Aranzadi RTC 1981\26).  
STC 80/1982, de 20 de diciembre (Aranzadi RTC 1982\80).  
STC 114/1984, de 29 de noviembre (Aranzadi RTC 1984\114).  
STC 27/1989, de 3 de febrero (Aranzadi RTC 1989\27).  
STC 25/1990, de 19 de febrero (Aranzadi RTC 1990\25).  
STC 116/1991, de 23 de mayo (Aranzadi RTC 1991\116).  
STC 13/1994, de 17 de enero (Aranzadi RTC 1994\13).  
STC 49/1996, de 26 de marzo (Aranzadi RTC 1996\49).  
STC 232/1997, de 16 diciembre (Aranzadi RTC 1997\232).  
STC 121/1998, de 15 de junio (Aranzadi RTC 1998\121).  
STC 151/1998, de 13 de julio (Aranzadi RTC 1998\151).  
STC 166/1999, de 27 de septiembre (Aranzadi RTC 1999\166).  
STC 59/2008, de 14 de mayo (Aranzadi RTC 2008\59).  
STC 100/2008, de 24 de julio (Aranzadi RTC 2008\100).  
STS 213/2009, de 26 noviembre (Aranzadi RTC 2009\213).

### Resoluciones del Tribunal Supremo

#### Acuerdos:

Acuerdo del TS de 25 noviembre 2008, Sala de lo Penal (Aranzadi JUR 2009\34004).

#### Autos:

ATS de 18 de junio de 1992, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1992\6102).

ATS de 15 julio 1997, Sala de lo Civil (Aranzadi RJ 1997\9142)

#### Sentencias:

STS de 15 de junio de 1982, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1982\3535).  
STS de 21 de mayo de 1984, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1984\2668).  
STS de 25 junio 1984, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1984\3681).  
STS de 23 abril 1986, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1986\2093).  
STS de 21 mayo 1986, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1986\2864).  
STS de 14 marzo 1988, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1988\1635).  
STS de 26 de septiembre de 1988, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1988\7029).  
STS de 14 febrero 1989, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1989\1570).  
STS de 17 marzo 1989, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1989\2686).  
STS de 14 de noviembre de 1990, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1990\8907).  
STS de 5 diciembre 1990, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1990\9422).  
STS 428/1992, de 27 febrero, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1992\1386).  
STS 1834/1992, de 14 septiembre, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1992\7129).  
STS de 23 mayo 1992, Sala de lo Civil (Aranzadi RJ 1992\4280).  
STS de 27 noviembre 1992, Sala de lo Civil (Aranzadi RJ 1992\9597).  
STS 7/1993, de 20 enero, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1993\136).  
STS de 15 diciembre 1993, Sala de lo Civil (Aranzadi RJ 1993\9987).  
STS 1706/1993, de 2 de julio, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1993\5703).  
STS 836/1993, de 15 julio, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1993\6089).  
STS 606/1994, de 18 marzo, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1994\2340).  
STS 1061/1994, de 21 noviembre, Sala de lo Civil (Aranzadi RJ 1994\8541).

STS de 28 de diciembre de 1994, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1994\10378).  
STS 1116/1997, de 10 octubre, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1997\7600).  
STS 1346/1997, de 5 de noviembre, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1997\7913).  
STS 791/1998, de 13 noviembre, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1998\8962).  
STS 74/1999, de 1 marzo, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1999\1939).  
STS 645/1999, de 29 abril, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 1999\3332).  
STS 270/2000, de 26 febrero, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2000\1149).  
STS 780/2000, de 11 septiembre, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2000\7932).  
STS 164/2001, de 5 marzo, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2001\1304).  
STS 2458/2001, de 15 abril, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2002\683).  
STS 898/2002, de 22 mayo, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2002\6844).  
STS 1696/2002 de 14 octubre, Sala de lo Penal (RJ 2002\9289).  
STS 2074/2002, de 13 diciembre, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2003\1322).  
STS 541/2003, de 9 abril, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2003\4071).  
STS 701/2003, de 16 de mayo, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2003\5285).  
STS 49/2004, de 22 enero, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2004\2171).  
STS 239/2004, de 18 febrero, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2004\1104).  
STS 140/2005, de 3 febrero, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2005\2193).  
STS 271/2005, de 28 de febrero, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2005\1906).  
STS 1156/2005, de 26 septiembre, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2005\7380).  
STS 1472/2005, de 7 diciembre, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2006\571).  
STS 381/2006, de 31 marzo, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2006\4884).  
STS 1212/2006, de 25 octubre, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2006\8245).  
STS 1233/2006, de 12 de diciembre, Sala de lo Penal (Aranzadi 2007\459).  
STS 10/2007, de 19 enero, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2007\675).  
STS 168/2008, de 29 abril, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2008\1858).  
STS 255/2009, de 13 de julio, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2009\6978).  
STS 482/2010, de 4 de mayo, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2010\5581).  
STS 407/2010, de 18 junio de 2010, Sala de lo Civil (Aranzadi RJ 2010\4890).  
STS 1065/2010, de 26 de noviembre, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2011\589).  
STS 765/2011, de 19 julio, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2012\9030).  
STS 136/2012, de 6 de marzo, Sala de lo Penal (Aranzadi RJ 2012\3794).  
STS 540/2016, de 10 marzo, Sala de lo Penal (Aranzadi JUR 2016\82401).

### **Resoluciones de Audiencias Provinciales**

SAP de Sevilla –Sección 1ª– 62/2003, de 6 febrero, FJ 1º (Aranzadi ARP 2003\260).  
SAP de Madrid –Sección 17ª– 908/2007, de 3 de septiembre (Aranzadi JUR 2007\326007).  
SAP de A Coruña –Sección 1ª– 150/2008, de 8 de abril (Aranzadi JUR 2008\323238).  
SAP de Soria –Sección 1ª– 51/2008, de 28 de noviembre (Aranzadi JUR 2009\89828).

## LEGISLACIÓN MENCIONADA

- Constitución Española de 1978.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966).
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asunto jurídicos, de 3 de enero de 1979.
- Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.
- Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.
- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- Código de Derecho Canónico, promulgado por la autoridad de Juan Pablo II, Papa, y dado en Roma el día 25 de enero de 1983.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
- Real Decreto de 24 de julio de 1989, por el que se publica el Código Civil.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros.
- Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica.
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
- LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.
- Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.
- Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.