



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO:
VIOLENCIA DOMESTICA Y VENTA DE
COSA AJENA

Laura Pereira Campello.

Junio 2016.

Tutora: María Emma Montanos Ferrín

ÍNDICE DE CONTENIDO

- I. Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial. Determinar las acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste:
 - A. Hechos relevantes..... p.1
 - B. Medidas provisionales en caso de desaparición de una persona: sobre la ausencia legal y la declaración de fallecimiento..... p.1
 - C. Sobre el nuevo matrimonio tras la declaración de fallecimiento..... p.3
 - D. Revocación de la declaración de fallecimiento: consecuencias jurídicas de la reaparición del declarado fallecido en el matrimonio..... p.4
 - E. Posibles acciones legales para finalizar el matrimonio tras la reaparición del declarado fallecido..... p.6

- II. Determinar las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo, y determinar la validez de las escuchas telefónicas:
 - A. Hechos relevantes..... p.7
 - B. Sobre el homicidio..... p.7
 - 1. Elementos objetivos: acción típica, sujeto activo y pasivo y relación de causalidad..... p.8
 - 2. Elementos subjetivos: homicidio doloso, homicidio imprudente y homicidio preterintencional..... p.9
 - C. Sobre la intervención de las comunicaciones..... p.14
 - 1. Las escuchas telefónicas..... p.14
 - 1.1 Alcance de legalidad de las escuchas telefónicas en relación con los hallazgos casuales en las intervenciones telefónicas..... p.16
 - a) Consecuencias en relación con la acusación por asesinato..... p.18

- III. Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y contra Elisa, así como la vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de María:
- A. Hechos relevantes..... p.19
 - B. Violencia de género y la violencia doméstica: dos realidades distintas..... p.20
 - 1. Evolución de la regulación legislativa..... p.21
 - C. Artículo 173 CP: malos tratos habituales:..... p.23
 - 1. Integridad moral y física como bienes jurídicos protegidos..... p.24
 - 2. Conducta típica del delito..... p.25
 - D. Relación entre la violencia doméstica y la drogodependencia:..... p.26
 - 1. Existencia o ausencia de eximente o atenuante por drogodependencia o por comisión del delito bajo los efectos de drogas..... p.26
 - 2. Consecuencias de la voluntad de rehabilitación como intento de reparar el daño causado..... p.28
 - E. Sobre las denuncias por violencia doméstica y las órdenes de alejamiento:..... p.29
 - 1. Consecuencias de la reconciliación entre víctima y agresor: existencia o ausencia de quebrantamiento de condena y orden de alejamiento..... p.29
 - F. Responsabilidad penal final por el delito de maltrato habitual y por los delitos concretos..... p.30
- IV. Examinar la validez jurídica y las acciones a llevar a cabo por Manolo, con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por María a Eustaquio y a Miriam. Especificar qué derechos ostentan cada uno sobre el inmueble citado.
- A. Hechos relevantes..... p.34
 - B. Consecuencias de la declaración de fallecimiento en la sucesión hereditaria..... p.34
 - 1. Apertura de la sucesión *mortis causa*..... p.34

| | | |
|-------|--|------|
| 2. | Disposición sobre los bienes del declarado fallecido..... | p.35 |
| 2.1 | Prohibición de disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento..... | p.35 |
| 3. | Consecuencias en caso de aparición del declarado fallecido:..... | p.36 |
| 3.1 | Aproximación al artículo 197 CC..... | p.36 |
| 3.2 | Eficacia y contenido del derecho al recobro de los bienes..... | p.36 |
| V. | Conclusión final..... | p.39 |
| VI. | Disposiciones normativas..... | p.41 |
| VII. | Disposiciones jurisprudenciales..... | p.43 |
| VIII. | Abreviaturas..... | p.46 |
| IX. | Fuentes bibliográficas..... | p.47 |
| X. | Enlaces web de interés..... | p.49 |
| XI. | (I) Apéndice..... | I |
| A. | Anexo I..... | II |

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

A. Hechos relevantes.

- 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 solo consigue regresar María.
- Debido a la desaparición de Manolo, y a la consecuente declaración de fallecimiento tiempo después, María contrae segundas nupcias con Marcial el 17 de agosto de 2009.
- El 3 de enero de 2014, Manolo reaparece.

B. Medidas provisionales en caso de desaparición de una persona: Sobre la ausencia legal y la declaración de fallecimiento.

Fundamentalmente, la redacción actual en el Código Civil (CC en adelante) sobre la ausencia procede de la Ley del 8 de septiembre de 1939. La regulación del instituto de la ausencia contenida en el CC se consideró inadecuada por la doctrina debido a la excesiva extensión de los plazos establecidos para la presunción de muerte, la *escasa operatividad práctica de la norma y la inmovilización de la propiedad*¹.

Por ello fue necesario poner remedio a las carencias que presentaba el código, y, fue a través de esta Ley como se estructuró la institución de la ausencia en tres capítulos: en el primero se regula la declaración de ausencia y sus efectos, en el segundo la declaración de fallecimiento y en el tercero el Registro Central de Ausentes.

Además de la mencionada ley, La Ley 4/2000, de 7 de enero, modifica la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros, teniendo como designio central acortar los plazos establecidos en la regulación anterior para llevar a efecto la declaración de fallecimiento².

En derecho, ausencia es la condición legal de la persona cuyo paradero se ignora y, por lo tanto, ausente es alguien de quien se ignora si vive todavía y donde está; *en función del lugar, del acto o negocio jurídico de que se trate, de la causa de falta de presencia y de los intereses afectados, se establecen por el Ordenamiento jurídico diversas consecuencias*, por tanto el término ausencia no puede considerarse unívoco pues según la circunstancia podrá nombrarse un defensor de los bienes del desaparecido, un representante legal del declarado ausente o declararse el fallecimiento (arts. 181 a 197 CC)³.

¹ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, (Madrid 2011), 29.

² GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *op. cit.*, 38.

³ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de derecho civil, I*, (Madrid 2008), 222.

La doctrina apuntala el concepto de declaración de fallecimiento como *la última fase de la ausencia en la que la probabilidad de la muerte predomina sobre la probabilidad de la vida*; es una institución encaminada a establecer el momento en que se debe considerar fallecida a una persona que se halle en una situación prevista a tal fin y busca producir efectos similares a los de la muerte⁴.

Aparecen regulados los supuestos en que procede la institución en los arts. 193 y 194 CC; de aplicación al caso concreto concierne el artículo 193 CC (como desarrollaremos más adelante) en el cual se dispone que *procede la declaración de fallecimiento: Primero. Transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición. Segundo. Pasados cinco años desde las últimas noticias o, en defecto de éstas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años. Los plazos expresados se computarán desde la expiración del año natural en que se tuvieron las últimas noticias, o, en su defecto, del en que ocurrió la desaparición. Tercero. Cumplido un año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses.*

Ante el supuesto de hecho que nos atañe, si tomamos en cuenta que de la redacción del texto no puede establecerse cual fue el motivo exacto por el que se solicitó la declaración de fallecimiento de Manuel⁵, pues los datos que se nos exponen se limitan a la realización de un viaje en barco *en el cual se produce un accidente del cual solo consigue regresar María* y que, debido a la desaparición de Manolo se declara *tiempo después* su fallecimiento, nos encontramos con diversas posibilidades:

1.- Descartamos que María haya propuesto una fecha y lugar distintos de la desaparición por la alusión en el texto a *un accidente del que solo consigue regresar María*, pero, de haber sido así, procedería la declaración de fallecimiento *transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente o, a falta de estas, desde su desaparición* (art. 193.1CC).

2.- En el caso de que María hubiese relatado los hechos como ocurrieron⁶, correspondería la aplicación del art. 193.3° CC pues se entendería que la agresión por parte de María a Manolo y la ulterior caída por la borda del barco supondrían *un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido con posterioridad a la violencia, noticias suyas (...)*, por lo tanto, el plazo para la declaración de fallecimiento sería transcurrido un año.

3.- La opción que considero más adecuada a la realidad de los hechos consistiría en pensar que, como la redacción del texto no da a entender que María confesara lo ocurrido previamente a las escuchas telefónicas, ello nos conduce a la elaboración de hipótesis tales como que en algún momento del transcurso del viaje, Manolo desapareció y dada la

⁴ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *op.cit.*, 74.

⁵ Tampoco del texto puede extraerse que haya sido María quien solicitó la declaración de fallecimiento, cuestión en la que no profundizaremos y daremos por hecho pues no se menciona a nadie más en la redacción del texto; María, como cónyuge, es parte interesada por lo que podría solicitar la declaración de fallecimiento como bien declara la STS de 7 de julio de 1932, en referencia a la vigencia del antiguo art.191 CC. También damos por hecho que el fallecimiento fue declarado por el órgano judicial competente y por el procedimiento adecuado.

⁶ Refiriéndonos con *como ocurrieron* a la parte del texto que relata como María confiesa a su amiga que, *ante una inmensa sensación de ira y obcecación golpea fuertemente a Manolo en la cabeza y lo tira por la borda del barco.*

imposibilidad de hallarlo a bordo (intuyendo una búsqueda exhaustiva por parte de las autoridades y personal del barco) y dadas las circunstancias en que se encontraban (en un barco, navegando) cabría dar por hecho la presunción que, en palabras de FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. sería *un razonamiento en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, (...) atendiendo al nexo lógico existente entre los dos hechos. Se distinguen tres elementos: un hecho base (en nuestro caso la desaparición), un hecho presumido (la producción de un accidente en alta mar) y un nexo lógico que permite determinar la relación entre los dos primeros (un accidente producido en alta mar por el cual Manolo desaparece, que, al ocurrir en circunstancias como esta, en las que Manolo no podría haberse ido *motu proprio* por encontrarse el barco navegando, nos llevan a la presunción de muerte)*⁷.

Nos encontraríamos por lo tanto ante una presunción judicial (art. 386 LEC), que, sostiene que *cuando por haber ocurrido un naufragio u otro accidente desgraciado, perfectamente comprobado por las diligencias instruidas al efecto existe un fundamento racional para poder creer y afirmar que la persona de cuya desaparición se trata fue víctima de la catástrofe o pereció en ella, no hay obstáculo legal alguno que impida que se declare la presunción de su muerte*⁸.

Consecuentemente, cabría la declaración de fallecimiento de Manolo por la causa segunda del art. 194 CC: *procede también la declaración de fallecimiento: (...) segundo. De los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquellos.* Para más detalle, podemos ver cómo en situaciones similares a la de Manolo se aplica el párrafo segundo del art. 194: AAP de Guipúzcoa de 27 de abril de 2006 en el que resuelve acerca de una demanda en la que se reclama a la aseguradora una indemnización por muerte por accidente; STS 407/2010 de 18 de junio, en la que se resuelve acerca de una reclamación de cantidad a la aseguradora por muerte del asegurado al caer al mar desde la embarcación que tripulaba en solitario.

C. Sobre el nuevo matrimonio tras la declaración de fallecimiento.

La inscripción de declaración de fallecimiento, al expresar la fecha a partir de la cual se entiende ocurrida la muerte, incide en el estado civil *como si de la misma muerte se tratara aunque, evidentemente, con los matices propios de aquella institución*⁹. En este sentido, comporta la disolución del matrimonio (art. 85 CC), la extinción de la patria potestad (arts. 169.1º y 171 párr. segundo, 1º CC) o el cese de la situación de ausencia legal (art. 195.1º CC).

Cabe tener en cuenta para hablar sobre la posibilidad de contraer nuevas nupcias ante el presunto fallecimiento del cónyuge, que existen supuestos diferentes según si la disolución por muerte presunta es de un matrimonio según el derecho canónico o según el derecho civil:

El Derecho canónico no admite como tal la presunción de muerte, pero se ha habilitado un procedimiento especial para poderse contraer nuevas nupcias si se acredita la certeza moral de la muerte del cónyuge (entendida esta como el resultado de la realización de pruebas tales

⁷ FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *El proceso civil*, (Valencia 2001), 246.

⁸ STS de 26 de abril de 1901.

⁹ CORRAL TALCIANI, H. F., *La declaración de fallecimiento*, (Madrid 1991), 185.

como *las investigaciones oportunas, declaraciones de testigos, por fama de la muerte y otras conjeturas, indicios y circunstancias de cualquier tipo que en conjunto ofrezcan certeza sobre la muerte*¹⁰).

En torno al derecho civil, surgió un extenso debate doctrinal hasta el momento de derogación del párrafo 3º del art. 195 CC extraído de la redacción de la Ley de 8 de septiembre de 1939¹¹; a partir de la Ley 30/1981, de 7 de julio, se modifica la regulación del matrimonio en el CC apareciendo redactado el art. 85 en los siguientes términos: *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*.

Con esta reforma se pone fin a la discusión sobre si el vínculo matrimonial queda disuelto o no con la declaración de fallecimiento: el matrimonio se disuelve por la declaración de fallecimiento y el vínculo matrimonial no revive con la reaparición del presunto muerto¹².

D. Revocación de la declaración de fallecimiento: Consecuencias jurídicas de la reaparición del declarado fallecido en el matrimonio.

Mediante la declaración de fallecimiento se crea una situación jurídica de presunción de muerte. Si reaparece el declarado fallecido, se prueba su existencia o su muerte, la declaración quedaría sin efecto pues, como antes expusimos, su fundamento es la incertidumbre sobre la existencia o muerte del declarado fallecido. Establece el párrafo primero del art. 2043 LEC-1881 que el auto de declaración de fallecimiento se dejará sin efecto si *la persona declarada ausente o fallecida se presentase, una vez plenamente identificada, y practicadas las pruebas si fueren propuestas por el Ministerio Fiscal y las partes, previa declaración de su pertinencia por el Juzgado*¹³.

De nuevo es necesario distinguir entre los efectos que produce la revocación con relación al Derecho Canónico y al matrimonio civil:

En el ámbito Canónico rige la indisolubilidad del matrimonio (Canon 1141) por lo que el segundo matrimonio quedará anulado *ipso iure* con la reaparición del presunto cónyuge muerto aunque se haya contraído de buena fe y con una declaración eclesial de muerte presunta.

Lo que hace inválido el nuevo matrimonio, es que ya era nulo por haberse contraído sin que realmente estuviera disuelto el anterior vínculo. Todo ello no es incompatible con la necesidad de un pronunciamiento judicial con eficacia retroactiva para declarar que no ha existido vínculo válido. La invalidez pueden reclamarla los cónyuges del vínculo nulo o el promotor de justicia cuando esta sea notoria; el cónyuge que reaparece no puede pedirla.

¹⁰ BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Parte General del Derecho Canónico*, (Madrid 1992), 152.

¹¹ El artículo establecía que la declaración de fallecimiento no bastaría por sí sola para que el cónyuge presente pudiera contraer ulterior matrimonio; esta legislación acercaba la regulación civil a la canónica.

¹² FERRER ORTIZ, J., *La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesialicas en el derecho español*, "Ius et Praxis", 14, nº2, Talca, (noviembre 2008), 395.

¹³ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *op.cit.*, 368.

En el matrimonio civil, por el contrario, como ya señalamos, la declaración de fallecimiento extingue el matrimonio sin posibilidad de no disolución con la vuelta o certeza de muerte del declarado fallecido, por lo tanto la declaración se equipara a la muerte y con ello el cónyuge presente puede contraer nuevas nupcias con la simple declaración sin que existan efectos de nulidad por la reaparición del presunto fallecido¹⁴.

Por lo tanto, en lo que respecta a nuestro caso particular, para determinar la validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial, tomamos como punto de partida la efectiva validez en el momento de contraer segundas nupcias de la declaración de fallecimiento de Manolo con respecto a este segundo matrimonio pues, como expusimos anteriormente, la declaración pudo haberse realizado habiendo transcurrido tres meses desde la desaparición sin haberse tenido noticias de la persona y el segundo matrimonio tuvo lugar más de dos años después de la desaparición.

Debemos tener en cuenta que *cuando se declara el fallecimiento de una persona, si se hace de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido y el órgano juzgador (tras constatar la concurrencia de todos los elementos-materiales y formales- que sean necesarios para la declaración de fallecimiento) (...) no cabe hablar de nulidad en el caso de que posteriormente se constaten hechos que desvirtúen la resolución*¹⁵.

Por otro lado, debemos analizar qué ocurre con el segundo matrimonio una vez se ha revocado la declaración de fallecimiento de Manolo:

1.- Si consideramos que se trata de un matrimonio canónico: Como ya hemos puesto de manifiesto, para poder contraer nuevas nupcias el Derecho Canónico habilita un procedimiento especial si se acredita el haberse producido la muerte del desaparecido a través de las pruebas e investigaciones oportunas. En nuestro caso particular, al haber reaparecido Manuel (el supuesto muerto) una vez contraído el nuevo matrimonio, el matrimonio de este con María recobraría su vigencia, ya que, en teoría nunca dejó de existir, deviniendo por lo tanto nulo el nuevo matrimonio con Marcial: *Para el Derecho canónico la solución es clara y terminante: la declaración de muerte presunta es solo una prueba de la muerte y si esta se revela errónea debe reconocerse que el vínculo matrimonial anterior no ha sido disuelto, que el segundo matrimonio se ha contraído contrariando el impedimento de ligamen, y que, por tanto, no es válido*¹⁶.

No obstante será necesaria una declaración judicial que declare que no ha existido vínculo matrimonial válido pues el Estado no reconoce a los Tribunales eclesiásticos una competencia única y exclusiva sobre las causas matrimoniales, si no parcial y sometida a control. Ahora bien, el hecho de que se declare la nulidad del segundo matrimonio por impedimento de ligamen, no se opone a que este sea considerado putativo y produzca los efectos de tal, por lo tanto, *no es la reaparición del ausente o la prueba de su vida la que produce la nulidad del nuevo matrimonio; este ya lo era por haberse contraído sin que en verdad estuviera disuelto el anterior vínculo. El efecto de la prueba de la existencia consiste en hacer cierta esa*

¹⁴ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *op.cit.*,420.

¹⁵ Solo es admisible referirse a la nulidad en sentido impropio; la SAP de Asturias de 6 de junio de 2003 aclara que *lo pretendido por la parte actora es en realidad dejar sin efecto la declaración de fallecimiento al acreditarse que falleció realmente.*

¹⁶ SPINELLI, L., *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, (Roma 1943), 103.

nulidad, con lo cual procederá su declaración judicial y cesará la buena fe de los contrayentes del segundo matrimonio y los beneficios del matrimonio putativo¹⁷.

2.- Si consideramos que se trata de un matrimonio civil: del caso concreto extraemos que la declaración de fallecimiento se produjo anteriormente al matrimonio (*Debido a la desaparición de Manolo, y a la consecuyente declaración de fallecimiento tiempo después, María contrae segundas nupcias con Marcial el 17 de agosto de 2009*); además, ya hemos estudiado la validez de la misma (hemos dado por hecho que el fallecimiento fue declarado por el órgano judicial competente, por el procedimiento adecuado y en el tiempo previsto), por lo que, teniendo en cuenta lo expuesto en el art. 85 CC (*el matrimonio se disuelve por la declaración de fallecimiento y el vínculo matrimonial no revive con la reaparición del presunto muerto, efecto querido expresamente por el legislador¹⁸*), el matrimonio entre María y Marcial sería válido y tendría eficacia.

E. Posibles acciones legales para finalizar el matrimonio tras la reaparición del declarado fallecido.

Habida cuenta de la ausencia en el caso concreto de aclaraciones sobre si el matrimonio entre María y Manuel se contrajo según el orden civil o eclesiástico, analizaremos las posibles acciones en ambos supuestos:

- Por un lado, si considerásemos que el 26 de marzo de 1996 Manolo y María contrajeron matrimonio civil, la sola declaración de fallecimiento supondría la finalización del matrimonio *sin que quepa posibilidad de que por el retorno o la prueba de la existencia del declarado fallecido vuelva a cobrar vida¹⁹*.
- Si fuese matrimonio canónico el contraído, se debe tener en cuenta que la sentencia canónica de nulidad matrimonial dictada por un Tribunal eclesiástico, es una resolución que carece *per se* de trascendencia civil, es decir, no tiene ninguna relevancia a efectos civiles. El art. 80 del CC dice que *las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico (...) tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al derecho del Estado en resolución dictada por el juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el art. 954 de la LEC*.

La función del juzgador a la hora de declarar la homologación de la sentencia de nulidad canónica se limita a comprobar si se cumplen los requisitos prevenidos en el art. 954 de la LEC, como afirma el TS en su STC de 1 de julio de 1994²⁰, entendiéndose en el presente caso violada la circunstancia 1ª del mismo pues la ejecutoria (se

¹⁷ BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Compendio de derecho matrimonial canónico*, (Madrid 1986), 283.

¹⁸ FERRER ORTIZ, J., *La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el derecho español*, *op.cit.*, 395.

¹⁹ CORRAL TALCIANI, H. F., *op.cit.*, 471.

²⁰ El TS afirma que *la eficacia en el orden civil de las STS canónicas depende (...) de la superación de un juicio de homologación que se ciñe a dos extremos concretos: a) autenticidad de la STC firme (...) b) adecuación de la STC al derecho de estado (...) que solo se extiende a constatar si las declaraciones de la STC, conforme al derecho canónico, no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del derecho estatal de manera que no se vea perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español (...)*.

sobrentendería en el caso), no ha sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal pues Manolo quiere poner fin a su matrimonio y María contrajo nuevas nupcias.

La mejor opción de la que dispondría Manolo sería solicitar la disolución del matrimonio. Puesto que como hemos mencionado antes, la STC canónica de nulidad matrimonial no tiene trascendencia civil *per se*, podría no solicitar el reconocimiento de la nulidad de su matrimonio con María (la instancia de no reconocimiento de efectos civiles a la STC canónica que decreta la indisolubilidad de su matrimonio) y simplemente solicitar la disolución de su matrimonio mediante el divorcio, regulado en el art. 85 CC.

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

A. Hechos relevantes.

- 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.
- María contrae 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.

B. Sobre el homicidio.

La palabra homicidio se emplea en el Código Penal (CP de ahora en adelante) en un sentido amplio que equivale a la muerte de una persona por otra comprendiendo todas sus variantes. Se desarrolla en el Título I del Libro II del CP a lo largo de los arts. 138 a 143²¹, en relación con el art. 15 de la Constitución que dicta: *todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*. El delito de homicidio del art. 138 es no solo el punto de

²¹ En el presente caso, la Reforma del CP de 2015 no ha afectado a los artículos de aplicación en este punto del informe, por lo que sería igual de favorable al reo la utilización de la LO 10/1995 de 23 de noviembre o la LO 1/2015 de 30 de marzo.

referencia de todos los delitos contra la vida humana independiente, sino el modelo utilizado para la construcción de una buena parte de las teorías del derecho penal. Sobre la base de este delito se ha desarrollado, por ejemplo, prácticamente toda la Teoría General del Delito (causalidad e imputación objetiva, dolo e imprudencia, preterintencionalidad, legítima defensa, etc.)²².

A través del art.138 CP se regula el tipo de homicidio más simple en cuanto a formulación:

El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años. Se trata de un tipo residual al que acudir para encajar la conducta homicida cuando esta no vaya acompañada de otros factores de especialización. A través de esta figura se protege la vida humana autónoma o independiente, por lo que el objeto material será el cuerpo humano dotado de esa clase de vida²³.

1. Elementos objetivos: acción típica, sujeto activo y pasivo y relación de causalidad.

La acción típica consiste en matar a otra persona. El objeto material sobre el que recae la acción y el sujeto pasivo es la persona viva y el bien jurídico protegido es la vida humana. Cualquiera puede ostentar la condición de sujeto activo del delito. La conducta consistente en matar a otro admite la modalidad comisiva y también la omisiva. Caben diferentes modalidades y medios, siempre que no sean los previstos en el art. 139, ya que entonces se trataría de un delito de asesinato.

El resultado del delito es la muerte efectiva de otra persona, debiendo existir entre la acción de matar y el resultado de muerte una relación de causalidad. Existen casos problemáticos a la hora de determinar la relación de causalidad aunque, *actualmente, (...) en el ámbito de lo típico solo podrán imputarse aquellos resultados delictivos que, al menos, se hubieren causado por imprudencia. Los casos más conflictivos, una vez resueltos los problemas de la causalidad conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones (parte de la idea de que todo resultado es producto de varias condiciones llamando condición a los hechos sin los cuales el resultado no se habría producido), deben abordarse con las teorías de la imputación objetiva, es decir, con una teoría que permita delimitar entre todas las causas del resultado aquella (o aquellas) que, por lo menos, sea relevante como presupuesto de la forma de imputación subjetiva imprudente, límite mínimo que, conforme al art.5, es necesario para poder imponer una pena.*

Si no se llega siquiera a este estadio mínimo de imputación, habrá caso fortuito y la muerte como tal será irrelevante penalmente, por más que haya sido causada por alguna actividad humana²⁴.

²² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal parte especial*, (Valencia 2009), 35.

²³ JUDEL PRIETO, A., / PIÑOL RODRIGUEZ, J.R., *Manual de derecho penal, II. Parte especial* (SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, C., coord.), (Navarra 2011), 59.

²⁴ MUÑOZ CONDE, F., *op.cit.*,36.

2. Elementos subjetivos: homicidio doloso, homicidio imprudente y homicidio preterintencional.

El tipo subjetivo previsto en el art. 138 es el doloso, tipificándose el homicidio imprudente en el art.142 CP. El homicidio preterintencional supone un epígrafe dentro del homicidio por imprudencia:

El homicidio doloso, junto al dolo directo, admite su comisión con dolo eventual. El tipo subjetivo plantea problemas que son cuestiones centrales en la Teoría General del Delito; esto sucede por ejemplo con la apreciación del dolo eventual, que se encuentra entre el dolo directo y la imprudencia, pudiendo incluirse en ocasiones en el tipo subjetivo del asesinato y otras veces como homicidio por imprudencia, *sin que pueda establecerse a priori como serán calificados supuestos como la muerte de varias personas en el incendio de una casa habitada (STS 29 de abril 1975), en el atentado terrorista (caso Hipercor) o de un detenido a consecuencia de malos tratos o torturas*²⁵.

Se estima que actúa con dolo, en otras palabras, *quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continua realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se produzca, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generados. En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico*²⁶.

El dolo exige conocimiento y voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo, es decir, exige saber que se mata a otra persona y querer hacerlo. Es suficiente que se trate de dolo eventual, es decir, que el autor haya previsto la muerte de la otra persona como una consecuencia probable de su acción y aún así la haya realizado; por lo tanto el elemento esencial es la intención de matar, que sirve para diferenciar este delito del de lesiones, en el que el sujeto activo pretende dañar física o mentalmente al otro sujeto pero no causarle la muerte²⁷.

El homicidio imprudente, constituye el límite mínimo para la imputación del resultado delictivo. Cita el art. 142 CP: *El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años. Para poder tipificarse el delito como homicidio imprudente, es necesaria la realización de una acción sin la diligencia debida y por tanto lesionando el deber de cuidado que es necesario tener en cuenta en la ejecución de acciones, delictivas o no, que previsiblemente pueden producir la muerte de alguien.*

²⁵ MUÑOZ CONDE, F., *op.cit.*,38.

²⁶ STS 755/2008 de 26 de noviembre.

²⁷ JUDEL PRIETO, A., / PIÑOL RODRIGUEZ, J.R., *Manual de derecho penal, II. Parte especial, op.cit.*,61.

Junto a la falta de diligencia debida y a la previsibilidad, es necesaria la producción de la muerte a causa de la acción imprudente realizada. Se requiere que la imprudencia sea grave, a consecuencia de la falta de adopción de las precauciones necesarias, ausencia de cautela u olvido de las normas elementales de previsión y cuidado.

En gran parte de los ordenamientos jurídicos penales se establecen distintas clases de imprudencia atendiendo a su gravedad, que suele expresarse con los términos imprudencia temeraria o grave e imprudencia simple o leve. *Para establecer la gravedad de inobservancia de la norma de cuidado se debe tener presente tanto la peligrosidad de la conducta como la valoración social del riesgo. A la vez, para determinar la peligrosidad de la conducta deben combinarse dos variables fundamentales: por una parte, el grado mayor o menor de la probabilidad de la lesión; y por otra, la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado.*

*La valoración social del riesgo depende de si se produce en ámbitos que admiten determinados grados de riesgo permitido*²⁸.

El homicidio preterintencional, se da cuando a consecuencia de unas lesiones dolosas causadas sin intención de matar se produce la muerte y esta es imputable a título de imprudencia.

En el CP no existen reglas especiales para solucionar este problema por lo que debe ser resuelto con ayuda de los principios de la imputación objetiva y subjetiva. Esta solución plantea diversas cuestiones, ya que si se produce la muerte desaparecen las iniciales lesiones y es difícil establecer qué habría sucedido en caso de no haberse producido la muerte, sobretodo si entre el homicidio y las lesiones no existió a penas lapso de tiempo o cuando no se sepa ciertamente qué tipo de lesiones quería producirse, caso en que deberá realizarse un diagnóstico hipotético de las lesiones iniciales (como si no se hubiera producido la muerte), que deben entrar en concurso con el homicidio imprudente, como ocurre por ejemplo en el caso que, a consecuencia de quemaduras graves en la cara y tórax de la víctima (lesiones dolosas graves) se produce su muerte (homicidio por imprudencia)²⁹. Si esto no es posible, por ser las lesiones de escasa consideración o por que no pueda establecerse su gravedad de forma individual habrá que calificar solo el homicidio imprudente, siempre y cuando se den los presupuestos para su imputación.

La doctrina mayoritaria estima que en estos casos se da un concurso ideal de delitos (a excepción de lo expuesto anteriormente para los casos en que el homicidio imprudente absorbería el desvalor de las lesiones cuando su gravedad no pueda determinarse, como en la sentencia del TS del caso en que un puñetazo en la mandíbula del agredido provocó su caída *a plomo* de espaldas produciéndole la muerte³⁰ o las SSTS del 19 de febrero de 2007). La particularidad de los supuestos de preterintencionalidad es que tanto el dolo como la imprudencia se encuentran presentes en un hecho único³¹.

²⁸ MIR PUIJ, S., *Derecho penal parte general*, (Barcelona 2002), 271.

²⁹ STS 15 de octubre de 1990.

³⁰ STS 10 de octubre de 1998.

³¹ DÍAZ PITA, M. M., *El dolo eventual*, (Valencia 1994), 15.

En este punto del informe, nos remitimos a nuestro caso particular para determinar la calificación jurídica que tendría el delito cometido por María en el barco si no hubiese reaparecido el supuesto fallecido y si no tuviésemos en cuenta que la imputación a María se hizo debido a lo confesado en unas escuchas por intervención telefónica de las que estudiaremos más adelante su legalidad o ilegalidad:

En primer lugar, considero errónea la calificación del tipo penal como asesinato pues de la redacción del texto³² no se puede concluir que exista ninguno de los requisitos previstos para el delito del art. 139 CP³³:

Descartamos que haya existido alevosía³⁴, ya que hay una jurisprudencia reiterada que considera incompatible la alevosía con la existencia de una situación de riña pues tal situación hace que pueda esperarse el ataque constitutivo del delito³⁵. La única posibilidad que podríamos interpretar en el texto como producción de indefensión sería que una vez Manolo cayó por la borda María no hiciese nada por ayudarlo pero de la parte que dice que *se produce un accidente del cual solo consigue regresar María* podemos extraer que, si bien no parece que ella hubiese confesado lo realmente ocurrido, si tuvo que anunciar la producción de un accidente con lo cual suponemos que de esta forma intentó que su marido fuese socorrido. Además, el TS descarta la existencia de alevosía en los casos en que se haya producido el hecho a través de un impulso colérico³⁶. En conclusión no parece que haya existido ningún tipo de indefensión por parte de Manolo.

Tampoco concurre ensañamiento, ya que ninguna de las circunstancias descritas parece ir encaminada a la consecución a propósito de un mayor dolor y sufrimiento de la víctima.

Precio, promesa o recompensa y *para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra*, quedan totalmente eliminadas de la redacción del caso.

Tampoco creo que pudiera desprenderse del texto una conducta volitiva de matar, si no más bien un acto de obcecación con intención de causar daños pero no la muerte, “produciéndose” esta como resultado de las circunstancias en que ambos se encontraban (a bordo de un barco) por lo que tampoco creo que pueda ajustarse al precepto del art. 138 CP en sí mismo ya que no se aprecia una prueba de indicios de su intencionalidad de matar a Manolo basada en datos objetivos previamente acreditados³⁷:

³² *Ante una inmensa sensación de ira y obcecación, golpea fuertemente a Manolo en la cabeza y lo tira por la borda del barco.*

³³ *Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Con alevosía. 2.ª Por precio, recompensa o promesa. 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. 4.ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.*

³⁴ Hay alevosía cuando se comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurar su producción, sin que pudiera proceder defensa por parte del ofendido.

³⁵ STS 264/08 de 12 de mayo; 574/03 de 21 de abril; 363/04 de 17 de marzo.

³⁶ STS 31/98 de 16 de enero, en la que exponen que *no concurre el elemento subjetivo de alevosía cuando la agresión se realiza bajo el impulso de un momentáneo acceso de cólera, pues en tal circunstancia es difícilmente pensable que el autor esté en condiciones de escoger y emplear medios ejecutivos tendentes a asegurar el resultado lesivo.*

³⁷ STS de 30 de noviembre de 2005. En ella el TS expone que la existencia de dolo en el homicidio como elemento interno del sujeto solo puede ser afirmada a través de una inferencia basada en datos objetivos y que

No se describe la existencia de objetos causantes del golpe, por lo que damos por hecho que estos fueron propinados por la propia María y, al referirse en el texto a la agresión como un fuerte golpe en la cabeza y no como un empujón, entendemos que la intencionalidad fue la de lesionar a Manolo a través de un golpe que inintencionadamente lo tiró por la borda del barco sin que este golpe *per se* pudiese constituir una causa letal. En general considero los datos aportados en el texto insuficientes como para tipificar el delito cometido por María como cualquiera de las versiones del homicidio cometido de forma dolosa.

En un inicial análisis del hecho la respuesta más correcta a mi parecer sería considerar la existencia de un concurso ideal entre unas lesiones dolosas y un homicidio imprudente, lo que anteriormente desarrollamos como homicidio preterintencional cuya tesis se desarrolla a través de este concurso de delitos en la jurisprudencia actual³⁸; pero, en el caso concreto resultaría (en caso de no haber aparecido Manolo) muy complicado determinar la pena de las lesiones iniciales pues al haberse producido el resultado de muerte inmediatamente después de la acción lesiva inicial las lesiones desaparecen resultando sumamente difícil determinar lo que realmente hubiera pasado si no se hubiese producido la muerte. Ante esta imposibilidad de determinar la gravedad de las lesiones resultaría absurdo apreciar un concurso de delitos entre el homicidio imprudente y *unas lesiones que solo existen en un plano puramente hipotético*³⁹ debiendo aplicarse solo el homicidio imprudente.

Esta es la solución unitaria dada a los supuestos de este tipo, que considera *suficiente, en ciertos casos, la aplicación del homicidio imprudente, pero no por razón de la indeterminación del dolo del sujeto o del resultado lesivo, sino, según un sector doctrinal, por el efecto de absorción que aquel delito produce, o, en opinión de otros autores, como consecuencia de la sustitución de la lesión por la muerte, lo que provocaría una especie de absorción impropia. La doctrina que considera que el homicidio imprudente posee un efecto de absorción se apoya en la poca entidad de las lesiones pretendidas o causadas que, contempladas junto con aquel, carecen de relevancia, entendiéndose, de este modo, consumidas por la muerte*⁴⁰.

Aunque es cierto que la doctrina apoya que la capacidad de *absorción* que conceden al homicidio imprudente estas teorías es muy limitada⁴¹, de nuevo de la redacción del texto no podemos concluir que dichas lesiones hayan sido graves o no, por lo que entendemos que al haberse cometido no con instrumentos si no con la propia fuerza, no podría ser tal la gravedad como para considerar que deben ser independientes al homicidio imprudente; además, considero que en este caso María ha obrado con *culpa inconsciente o sin representación (aquella en que el autor no llega ni siquiera a tomar en consideración la posibilidad de que se produzca el resultado, pese a que podía y debía haberlo hecho*⁴²), pues actuó de esa forma obcecada por la ira en un momento en que Manolo confesó que iba a terminar con el

esta debe ser razonable, de tal manera que la conclusión obtenida acerca de la intención del sujeto surja de forma natural de los datos disponibles.

³⁸ STS de 14 de febrero, 29 de abril y 22 de noviembre de 1989; 16 de abril de 1990; 6 de abril de 1993; 3 de marzo de 1994 y 8 de febrero de 1995. En ellas se descarta la antigua concepción como concurso real de delitos para considerarla concurso ideal de los mismos.

³⁹ MUÑOZ CONDE, F., *op.cit.*, 42.

⁴⁰ GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal. Parte especial, I*, (Madrid 2004), 16.

⁴¹ *Produciéndose solo si las lesiones son de escasa gravedad*, pues si estas tienen una entidad mayor o es posible apreciar la realidad de las mismas, se elimina el efecto de absorción y se aplicaría el concurso de delitos.

⁴² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ GÓRRIZ ROYO, E./ GUI SAROLA LERMA, C./BLASCO MAYOR, M.J./ OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I./ PERIAGO MORANT, J.J./ ZALDÍBAR ROBLES, J., *Vistas penales. Casos resueltos y guías de actuación en sala* (CUERDA ARNAU, M.L. Dir.), (Valencia 2014), 60.

matrimonio, por lo que parece haber sido más una reacción impulsiva que un acto en el que haya pensado cuales podrían ser las consecuencias, aunque, es de importancia señalar que no parece cumplir los requisitos establecidos por el TS en reiterada jurisprudencia para que se le pueda aplicar la atenuante de arrebató u obcecación del art. 21.3 CP⁴³.

Por lo tanto, en lo que corresponde a nuestro caso, considero que la tipificación del delito cometido por María como asesinato sería errónea.

Además, finalmente en nuestro caso, años más tarde Manolo reaparece por lo que, tanto la calificación dada en nuestro texto como la argumentada en líneas anteriores sería errónea, puesto que tanto el asesinato como el homicidio son delitos que necesitan de la producción de un resultado, que sería la muerte.

Tampoco correspondería la calificación del delito cometido en grado de tentativa, pues al homicidio imprudente⁴⁴ no es inherente uno de los requisitos fundamentales para apreciarla, el *animus necandi*:

Debe diferenciarse el *animus necandi* del *animus laedendi* para los supuestos en que, como en este, no se haya producido el resultado de muerte pues *la calificación jurídica de los hechos depende únicamente del ánimo con que el agresor hubiera actuado: si quería matar, estaremos ante un homicidio intentado; si quería lesionar, solamente cabrá apreciar en su caso un delito de lesiones*⁴⁵.

Es unánime la posición de la jurisprudencia respecto a que para calificar como tentativa de homicidio se exige ese especial ánimo de matar por lo que en reiteradas STC se han establecido una serie de criterios que demuestran cual era la intención del sujeto al actuar. *Al tratarse de un análisis sobre un elemento que se halla en la esfera íntima del sujeto, en lo más hondo de sus sentimientos, en donde es difícil penetrar e indagar, ha de ser deducido del conjunto de datos físicos circundantes a la acción delictiva y a través de los cuales podrá vislumbrarse el sentido y dirección del factor psicológico prevalente, ingredientes indudablemente transidos de relatividad en su individual o aislada consideración, como exponentes de una entidad psíquica, pero expresivos en su global y ensamblada consideración*⁴⁶.

⁴³ STS 1147/2005 (RJ 2005, 7847); STS 582/1996 de 24 de septiembre; STS 256/2002 de 13 de febrero; STS 1301/2000 de 17 de julio: *La jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo la concurrencia de varios requisitos para apreciar esta circunstancia de atenuación. En primer lugar, debe constatarse la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad; En segundo lugar (...).*

⁴⁴ Que constituye la calificación que, en caso de no haber reaparecido Manolo, considero más correcta.

⁴⁵ STS de 17 de mayo de 2005.

⁴⁶ STS de 11 de marzo de 1986.

Como opción más correcta, calificaría los hechos producidos como las lesiones del art. 147 CP⁴⁷, tomando como referencia la Ley 1/2015, de 30 de marzo, dado que los hechos se produjeron en 2007 y uno de los principios básicos del derecho penal es el de aplicar la norma más favorable al reo cuando haya colisión entre dos normas penales cuya vigencia temporal haya sido diferente.

Por lo tanto, en aplicación de esta norma, el delito de lesiones del art. 147 CP, por tratarse de un delito cuya pena sería de entre seis meses a tres años, en el momento en que reaparece Manolo quedaría prescrito por haber transcurrido más de cinco años desde que sucedió el hecho hasta la reaparición según lo dispuesto en el art. 131 CP de la citada Ley.

C. Sobre la intervención de las comunicaciones.

Hemos de partir de dos presupuestos básicos: por un lado, el de la libertad, que implica que inicialmente las intromisiones en la vida privada de una persona son ilegítimas. Por el otro lado, que cuando dichas intromisiones afectan a derechos fundamentales, ha de existir un respaldo legal amplio para no hacer peligrar los derechos inherentes al Estado de Derecho⁴⁸.

La intervención de las comunicaciones consiste en la restricción del derecho fundamental contenido en el art. 18.3 CE, a través de una resolución judicial motivada en cuya virtud se autoriza a la policía judicial *en un procedimiento de comunicación con el objeto de conocer y, en su caso, recabar y custodiar una noticia, pensamiento o imagen penalmente relevante para su reproducción en un juicio oral incoado por la comisión de un delito grave*. El bien constitucionalmente protegido es el derecho a mantener el carácter reservado de una información privada y la titularidad de este derecho fundamental corresponde a todo sujeto de derecho⁴⁹.

1. Las escuchas telefónicas.

Cita el art. 18.3 CE: *se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas salvo resolución judicial*. Las intervenciones telefónicas, por la vulneración de derecho que suponen, deben estar asistidas por normas para que canalicen su realización: lugar, límites, plazo, recurso, etc.; no cabe decir que el juez disponga de legitimación total y arbitraria si no que deben existir presupuestos que permitan tales intervenciones:

⁴⁷ *El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.*

⁴⁸ LÓPEZ DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, (Madrid 1989), 150.

⁴⁹ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal, Constitución y leyes*, (Madrid 2010), 265-266.

Por el delito, se exige que se trate de un delito considerado grave por cuanto conlleva la lesión de un bien constitucionalmente protegido, es decir, ha de ser proporcional; *por el tiempo*, sería irracional y desproporcionada una intervención sin que se limitase el tiempo máximo de la misma por ley; *por las personas*, pues no todas las personas están legitimadas para las interceptaciones de comunicación. Habrán de ser técnicos de un organismo diferente al que solicitó la medida que hayan obtenido autorización judicial; *por el procedimiento*, es necesaria la existencia de un proceso con garantías que permita llegar a la medida violatoria, no puede hacerse de forma arbitraria⁵⁰.

Parece entonces que será desde la óptica constitucional desde donde se examinará la legalidad ordinaria, ya que los derechos fundamentales *son derechos de mayor valor*⁵¹.

Inicialmente la LECrim solo pudo contemplar las intervenciones postales y telegráficas; las intervenciones telefónicas se instauran por un lado, mediante la LO 7/1984 que incorpora al CP el delito de *escuchas telefónicas clandestinas*, delitos que se incorporaron en los arts. 536, 197 y 198 CP de 1995 y por otro lado, en el ordenamiento procesal a través de la LO 4/1988 que modificó el art. 579 de la LECrim para incluir las intervenciones telefónicas como acto de investigación sumarial. En cualquier caso, resulta insuficiente este citado art. Para la regulación de las escuchas telefónicas pues tiene un considerable número de lagunas como la falta de determinación de los supuestos que justifican la intervención, el valor probatorio de la prueba inconstitucionalmente obtenida, etc.⁵². De hecho, la citada regulación, ha sido objeto de duras críticas siendo destacables la STC 30/07/1988⁵³ y la STC 18/02/2003⁵⁴ ambas del TEDH.

*Ante la insuficiencia de la regulación normativa, la doctrina y la jurisprudencia han intentado suplir dichos vacíos legales, lo cual ha contribuido a una mayor seguridad jurídica al existir unanimidad en numerosos aspectos de la materia*⁵⁵.

Por intervención telefónica se entiende el acto de investigación que limita el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, dictado por el juez de instrucción en relación con un hecho punible de especial gravedad y durante el curso de un procedimiento penal, decidiendo este mediante auto motivado que se proceda al registro de llamadas y/o efectuar grabaciones magnetofónicas de las conversaciones telefónicas del imputado por la policía judicial durante el tiempo imprescindible para preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor.

En cuanto a qué delitos permiten la interceptación, en España se reconoce de forma genérica para los delitos graves, no obstante, el TC además de referirse a *delitos calificables de infracciones punibles graves* se refiere igualmente a *la defensa del orden*, añadiendo que *la gravedad de los hechos no ha de determinarse únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, sino que también han de tenerse en cuenta el bien jurídico protegido y la relevancia social de la actividad*⁵⁶. Señala en reiterada jurisprudencia la relación de la medida con un tipo concreto de delitos como por ejemplo con los supuestos de tráfico de drogas a

⁵⁰ LÓPEZ DE QUIROGA, J., *op.cit.*, 166.

⁵¹ STC 66/85; STC 7/83; STC 58/84.

⁵² GIMENO SENDRA, V., *op.cit.*, 270.

⁵³ Caso Valenzuela Contreras.

⁵⁴ Caso Prado Burgallo.

⁵⁵ MARCO URGELL, A., *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones* (tesis doctoral inédita, dirigida por REBOLLO VARGAS, R.), (Universidad Autónoma de Barcelona, 2008), 6-7.

⁵⁶ STC 202/2001 de 15 de octubre y STC 14/2001 de 29 de enero.

gran escala o delitos contra la salud pública⁵⁷; en palabras del TC, *el valor constitucional que se invoca frente al secreto de las comunicaciones es el interés público propio de la investigación de un delito que nuestra legislación considera grave, y, más concretamente, la determinación de hechos relevantes para la investigación penal del mismo*⁵⁸.

1.1 Alcance de legalidad de las escuchas telefónicas en relación con los hallazgos casuales en las intervenciones telefónicas.

Por hallazgo casual, debemos entender la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando. es decir, cuando al investigar unos determinados hechos delictivos, se descubren por casualidad otros distintos o aparecen otros sujetos implicados⁵⁹.

Debemos tener en cuenta que, tanto para la Fiscalía, como para la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, *en el supuesto de delitos conexos, surge la necesidad de otorgar una orden judicial ampliatoria del ámbito de la primera y proseguir la investigación en la misma causa. Por el contrario, si se trata de delitos no conexos respecto del que se investiga, el juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la medida o de la diligencia, e incoar la oportuna en la que se prosiga una investigación distinta de la que ha sido punto de arranque*⁶⁰.

Algunos ejemplos en el ámbito de las intervenciones telefónicas, son: Auto del TS de 18 de junio de 1992⁶¹ en el que el mantenimiento de la intervención telefónica se declaró con vulneración del derecho a la intimidad y del secreto de las comunicaciones, por no haberse dictado una nueva autorización judicial, ya que el juez, al producirse los hallazgos casuales, debería haber hecho una valoración individualizada en torno a la proporcionalidad de la medida. También la STS de 18 de junio de 1993, según la cual la policía debió informar debidamente al juez del descubrimiento casual, ya que, en otro caso, la autorización, de hecho, *se transforma en una especie de persecución del comportamiento genérico de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo cual resultaría totalmente inaceptable*. En la misma línea la doctrina del TC, afirmando la STC 49/1996 que en el momento en que la policía deduzca de las conversaciones intervenidas la existencia de otro delito, debe ponerlo de manifiesto ante el Juez.

⁵⁷ Entre otras, SSTC 37/1989 de 15 de febrero; 32/1994 de 31 de enero; 54/1996 de 26 de marzo; 207/1996 de 16 de diciembre.

⁵⁸ STC 49/1999 de 5 de abril.

⁵⁹ Según se desprende de la Circular de la Fiscalía nº 1/1999 de 29 de diciembre sobre Enjuiciamiento Criminal; *Intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales*, cuyo apartado c) versa exclusivamente sobre los hallazgos casuales.

⁶⁰ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal*, "Riedpa", n.º2, (septiembre 2011), 6.

⁶¹ Conocido como el *Auto del Caso Naseiro*.

Para analizar los hallazgos casuales la mayoría de la doctrina habla de la aplicación de los principios de especialidad y proporcionalidad: El principio de la proporcionalidad supone la prohibición del exceso a través de los principios de idoneidad, adecuación y valoración del interés. Supone *graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos gravosos social e individualmente considerados, y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes.*

Exige una ponderación del conflicto de los dos derechos presentes, el derecho a defenderse por parte del imputado y el derecho del Estado a la comprobación y persecución del delito debiendo valorarse cual debe prevalecer⁶².

Por su parte, el principio de especialidad determina el alcance de la resolución judicial habilitadora de la práctica de una determinada diligencia, de modo que solo ciñéndose a ese ámbito se puede sostener la legalidad de dicha diligencia. Respecto a este principio, el TS se ha referido al mismo como *uno de los requisitos que debe reunir toda autorización judicial habilitante de una intervención restrictiva en un derecho fundamental.* Así, la resolución judicial se otorga para una investigación específica y determinada, de modo que la autorización se refiere *al concreto objeto de investigación y no a otro, para evitar las diligencias de prospección.* En definitiva, *no cabe decretar una diligencia limitativa de derechos para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, otros actos delictivos,* Por ello se afirma que el principio de proporcionalidad, aún complementado con el de especialidad, no es suficiente para solucionar el problema de los hallazgos casuales⁶³.

La premisa de partida para abordar el tema de los hallazgos casuales en intervenciones telefónicas, (tema de importancia para nuestro caso concreto), es la de la licitud de las escuchas iniciales ya que, en caso contrario, a tenor de lo dispuesto en el art. 11 LOPJ⁶⁴ los resultados carecerían de valor probatorio.

Si damos por sentado que la inicial diligencia practicada lo fue conforme a la ley, y con la necesaria existencia de indicios (pues están prohibidas las interceptaciones en busca genérica de infracciones penales siendo necesaria la existencia de un proceso en curso), según el citado anteriormente Auto de 18 de junio de 1992⁶⁵, ante la aparición de un descubrimiento casual solo el Juez habrá de decidir si procede la extensión de la medida.

Se hace hincapié en el mencionado Auto en la disociación entre autorización e investigación afirmando que *hay vulneración del derecho a la intimidad si en el transcurso de las interceptaciones aparece como posible un delito o unos posibles delitos nuevos y la policía no lo pone en conocimiento del juez que ordenó o autorizó la intervención, a los efectos de examinar su propia competencia y la exigencia de la proporcionalidad, pues en otro caso la autorización, de hecho, se transforma en una especie de prospección del comportamiento común y general de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo cual es inaceptable.*

⁶² ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal, op.cit.,8.*

⁶³ STS de 2 de julio de 1994.

⁶⁴ *No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.*

⁶⁵ Auto sobre el caso Naseiro, tomado como referencia para comprender los requisitos para la legalidad de las escuchas telefónicas.

Para LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ⁶⁶, *el aprovechamiento de estos hallazgos fortuitos, sobre la base de los arts. 579 y 11.1 LOPJ, solo será posible en aquellos casos en que el grado de conexión objetiva/subjetiva entre el hecho descubierto y el investigado posea un mínimo determinado rechazando toda interpretación analógica que suponga la restricción de derechos fundamentales. Ahora bien, esto no significa que la adquisición de estos descubrimientos no pueda tener ninguna consecuencia jurídica. Podrá tenerla, pero (...) tendrá que limitarse a la adquisición de una notitia criminis, de tal manera que dará lugar al nacimiento de un nuevo proceso penal, mediante la apertura de un sumario o de unas diligencias previas, sobre la base de los arts. 308 y 262 LECrim.*

Por lo tanto, para LÓPEZ-FRAGOSO *los descubrimientos casuales únicamente podrán servir para fundar una sospecha necesaria para incoar un sumario o unas diligencias previas, pero no para fundamentar, por sí solos, no ya la posible condena, sino tampoco la imputación*, es decir, puede dar lugar a una investigación o a la adquisición de pruebas sobre el hecho investigado.

En definitiva, analizando la jurisprudencia del TC y del TS así como gran parte de la doctrina, se admiten dos soluciones posibles: si se entiende conexo el delito casualmente hallado con el que inició las diligencias de intervención telefónica, de forma prácticamente unánime se ha admitido la validez de estos hallazgos; si por lo contrario no existe conexión entre ambos, es cuando realmente se cuestiona la validez de ese descubrimiento fortuito, debiendo el juez aplicar la solución que estime como más correcta: *bien darle valor de notitia criminis, sin efectos probatorios, bien darle tales efectos, entendiendo que la intromisión en el derecho a la intimidad ha quedado salvada por la inicial autorización judicial, ampliando, lógicamente, también en este supuesto, la autorización para intervenir las comunicaciones*⁶⁷.

El TS ha destacado que no se vulnera el principio de especialidad si no hay novación, sino simple adición o suma, si bien los nuevos hechos solo tendrían el valor de *notitia criminis*⁶⁸.

a) Consecuencias en relación con la acusación por asesinato.

En nuestro particular caso se nos dice que a través de las intervenciones telefónicas derivadas de la investigación por tráfico de drogas a Marcial, marido de María, esta es acusada de asesinato.

Como ya hemos estudiado en el punto anterior, el descubrimiento casual de un hecho delictivo durante el transcurso de la investigación a través de escuchas telefónicas de otro hecho distinto el cual no tiene conexión con el nuevo, supone la calificación del nuevo descubrimiento como *notitia criminis*;

La iniciación de la fase instructora se produce mediante la puesta en conocimiento ante el órgano jurisdiccional de una *notitia criminis* o *sospecha de la comisión de una acción que revista caracteres de delito*; la iniciación de oficio aparece prevista en el art. 308 de la

⁶⁶ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, (Madrid 1999), 92 y ss.

⁶⁷ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal*, *op.cit.*, 47.

⁶⁸ STS 15 de julio de 1993.

LECrim conforme al cual *inmediatamente que los jueces de instrucción o los municipales en su caso, tuvieran noticia de la perpetración de un delito, lo pondrán en conocimiento del fiscal*, por lo tanto, y contrario a lo que pudiera pensarse, el precepto no faculta al ejercicio de la acción penal *ex officio* por el Juez de Instrucción pues esa posibilidad queda prohibida a través del art. 102.3 LECrim, entonces no puede conferírsele al Juez facultad para el sostenimiento de pretensión penal la cual correspondería al Ministerio Fiscal⁶⁹.

En conclusión, en lo relativo a la validez de las escuchas telefónicas en relación con la acusación por asesinato hacia María, cabría decirse que, una vez se conociese el hecho punible a través de las escuchas, procedería la acusación por asesinato si, una vez puesta en conocimiento del Juez la *notitia criminis*, se diese traslado de la misma al MF y este órgano ejercitase la acusación.

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

A. Hechos relevantes.

- María contrae segundas nupcias con Marcial el 17 de agosto de 2009.
- 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.
- 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.

⁶⁹ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal, op.cit.,172.*

- 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.

B. Violencia de género y la violencia doméstica: dos realidades distintas.

El punto de partida para abordar el tema de la violencia de género y la violencia doméstica en España, surge a través de referentes internacionales, como diversas Resoluciones de Naciones Unidas, que buscan que sus Estados miembros refuercen el marco jurídico incidiendo en la necesidad de una amplia reglamentación de las distintas vertientes que presenta la violencia doméstica y que afectan a su trascendencia⁷⁰.

A través de las pautas dictadas por este referente internacional, se aprobó a nivel nacional la LO 1/2004 de 28 de diciembre de *Medidas para la Protección Integral contra la Violencia de Género*, siendo esta una ley dictada con ánimo de conseguir ser un instrumento integral de protección para las víctimas con carácter multidisciplinar y alcanzar una total cobertura hacia las principales necesidades de la víctima de violencia.

El problema se da en la dificultad de diferenciación entre los términos *de género y doméstica*, confusamente utilizados incluso de manera legal; la Asamblea General de la ONU en la Resolución núm. 48/104 de 20 de diciembre de 1993 definió la violencia contra la mujer como *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pudiera tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producían en la vida pública como en la vida privada*. Por otra parte, con *violencia doméstica*, nos referimos a aquella violencia ejercida en el seno de la convivencia familiar y entre miembros de la familia.

En este sentido podríamos afirmar que, no toda violencia contra la mujer tiene que ser considerada violencia de género si no se da la característica propia de la misma, el *hecho de una relación de subordinación de la víctima con respecto al agresor*. En caso de no existir esa relación de subordinación, no sería considerada violencia de género *por no contar con el elemento de sometimiento característico de la de género*, pero si esta violencia se desarrollara en el entorno familiar, sí que sería constitutiva de violencia doméstica, *donde se incluyen además de las mujeres, a los niños, ancianos e inclusive, a los varones como víctimas potenciales; motivo por el cual, también nos podemos referir a violencia doméstica sin necesidad de que la víctima de la misma sea una mujer*⁷¹.

⁷⁰ Algunos de los referentes más destacados son: La Recomendación General núm. 19 acerca de la Violencia sobre la Mujer del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Plataforma de Acción de Beijing adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer; Decisión Núm. 803/2004/CE del Parlamento Europeo por la que se aprobó un programa de acción comunitario (programa Daphne II).

⁷¹ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., *Tratamiento de la violencia de género en España*, "Diario La Ley", n°8194, (noviembre 2013), 5.

En relación con este problema de terminología, en España, a partir de 1998 y especialmente en la LO 1/2004, se comienza a generalizar el término *violencia de género* en relación con los malos tratos infligidos en el ámbito doméstico: Si examinamos los supuestos que se califican como *violencia de género* se advierte que, en la mayoría de supuestos, se requiere una situación de convivencia familiar o análoga⁷².

Es decir, aunque la Ley Integral se refiere a la violencia de género, en materia penal toca también el ámbito doméstico pues todas las modificaciones que introduce se refieren a la *esposa o mujer que esté o haya estado ligada al agresor por una relación de afectividad y junto a ella, las personas vulnerables que convivan con el autor o las que se recogen en el art. 173.2*⁷³.

En lo que atañe a nuestro caso concreto, y habiendo diferenciado ya los dos tipos de violencia relevantes al caso, aunque si bien es cierto que en una ocasión⁷⁴ nos dice el supuesto que, Marcial propina un golpe a su hija Elisa, la restante redacción no da a entender que este tipo de comportamiento haya sucedido en otras ocasiones hacia su hija, por lo que parece que se trate de un hecho aislado que correspondería al tipo penal del art. 148.5 CP.

Los delitos contra María son de violencia de género (pues se nos dice que *durante el matrimonio esta recibe varias palizas de su marido además de un continuo maltrato psicológico*), y no violencia doméstica, pues si existe una *relación de subordinación de la víctima respecto al agresor* y el *sometimiento característico de la violencia de género*; aunque, eso sí, encuadrables en distintos tipos penales y también agravados por haber concurrido, al menos uno de los episodios, en presencia de la hija menor, como desarrollaremos más adelante.

1. Evolución de la regulación legislativa.

La primera vez que se tipifica la violencia habitual en el ámbito familiar como acción diferenciada de las lesiones es mediante el art. 425 del CP de 1973, introducido por la LO 3/89 de 21 de junio. Dicho precepto sancionaba la *violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, descansando el tipo sobre la nota de la habitualidad*.

Ante la insuficiencia de dicho artículo, la LO 10/95 de 23 de noviembre en su art. 153 recogió el delito de maltrato familiar habitual del art. 425 del anterior CP con una nueva redacción: *el que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre hijos propios o del conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, o guarda de hecho de uno u otro*.

⁷² TS de 26 diciembre 2002, que entiende violencia familiar como una situación de intento de dominación sobre la mujer y considera que la violencia de género tiene como finalidad mantener a la mujer en una situación de subordinación.

⁷³ MIRAT HERNÁNDEZ, P., *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales, Difusión jurídica y temas de actualidad*, (Madrid 2006), 14.

⁷⁴ *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.*

La LO 11/99 de 30 de abril, amplió las penas accesorias que podían adoptarse al amparo del art. 57 del CP, incluyendo la de *aproximación a la víctima o aquellos de sus familiares que el Juez o Tribunal determine, la de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, además de que ya figuraba con anterioridad y que consistía en la de volver al lugar donde se haya cometido el delito o de acudir a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.*

La LO 14/1999 de 9 de junio, modificó el CP con el propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor protección a las víctimas, introduciendo también diversas reformas en la LECrim.

Hubo otras modificaciones a lo largo del tiempo, como la Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección a las víctimas de violencia doméstica; la LO 11/2003 de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros; la LO 13/2003 de 24 de octubre, de reforma de la Ley de enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional; la LO 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP; el RD 355/2004 de 5 de marzo, por el que se regula el Registro Central para la protección de víctimas de violencia doméstica⁷⁵.

La importante y la mencionada LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género supuso un hito en la legislación española para la lucha contra la violencia sobre la mujer. Con posterioridad a su entrada en vigor, se dictaron: la *Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Orden Europea de Protección* y la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, que ya han sido transpuestas por la *Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea* y por la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima*. Además, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica realizado en Estambul el 11 de mayo de 2011, fue ratificado por España en abril de 2014⁷⁶.

Con la L.O. 1/2004, se modificó el art. 153 para sancionar la conducta del art. 147 CP cuando *la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor o si fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2⁷⁷, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo; tanto en uno como en otro delito, se agravará la pena cuando se cometa en el domicilio común o de la víctima, en presencia de menores, utilizando armas o quebrantando una pena de prohibición*

⁷⁵ MIRAT HERNÁNDEZ, P., *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales*, op.cit.,37-55.

⁷⁶ PERAMATO MARTÍN, T., *Aspectos jurídicos de la violencia de género. Evolución.*, “Cuadernos de la Guardia Civil: revista de seguridad pública”, N°51, (Madrid 2015), 8.

⁷⁷ Art. 173.2: (...) sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

*de residir o acudir a determinados lugares o de aproximación o de comunicación, o una medida cautelar o de seguridad de igual naturaleza*⁷⁸.

La diferencia punitiva entre el supuesto del art. 147 CP y el de los art. 153 y 173 CP, dice el TC⁷⁹ interpretando la voluntad del legislador, deriva de la necesidad de *sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada.*

Con la reforma del CP a través de la LO 1/2015 de 30 de marzo, se ha incluido un nuevo art. 156 ter que dispone que *a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título, cuando la víctima fuera alguna de las personas a que se refiere el apartado 2º del artículo 173, se le podrá imponer además la libertad vigilada*, por tanto, a partir de la entrada en vigor de la reforma, al condenado por delito de maltrato, tanto por violencia de género como por violencia doméstica se le podrá imponer la medida de libertad vigilada cuyo contenido se especifica en el art. 106 del CP⁸⁰.

C. Artículo 173 CP: maltratos habituales:

Dado que los hechos que integran la calificación de maltrato habitual transcurrieron entre 2010 y 2013, a efectos de este caso tendremos en consideración la redacción del art. 173 CP introducido por la LO 11/2003 de 29 de septiembre⁸¹ y no la LO 1/2015 de 30 de marzo, con razón del principio penal de aplicación de la norma más favorable al reo, que dice lo siguiente:

1. *El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*
2. *El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

⁷⁸ PERAMATO MARTÍN, T., *aspectos jurídicos de la violencia de género. Evolución.*, op.cit.,14.

⁷⁹ STC 59/2008 de 14 de mayo.

⁸⁰ PERAMATO MARTÍN, T., *Aspectos jurídicos de la violencia de género. Evolución*, op.cit.,15.

⁸¹ Se introdujo una reforma del artículo a través de la LO 5/2010 de 22 de junio, pero a efectos del caso no nos interesa pues modifica el punto primero del artículo.

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

3. 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, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

1. Integridad moral y física como bienes jurídicos protegidos.

Como señala el TS⁸² *en el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 del CP el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo (SSTS 474/2010 de 17 de mayo; 889/2010 de 19 de octubre; 1154/2011 de 10 de noviembre y 168/2012 de 14 de marzo).*

Ya antes de la LO 11/2003 de 29 de septiembre, existía acuerdo jurisprudencial⁸³ respecto a que con este tipo delictivo lo *realmente representativo de estas conductas radicaba en que la repetición de los comportamientos violentos creaba un clima de violencia permanente, de maltrato sistemático, que implica que la víctima viva atemorizada, angustiada, sometida a una voluntad ajena que la humilla y la degrada.* Es decir, lo que se pretende sancionar es la *humillación y envilecimiento que supone el vivir permanentemente sometido a una situación de temor por un reiterado maltrato tratada como si fuera un objeto, lo que supone una reducción a una cualidad inferior a la de persona*⁸⁴.

De la misma forma, la Fiscalía General del Estado, con la Circular 1/1998 de 24 de Octubre afirma que el bien jurídico protegido en este delito es, aunque entre otros, la integridad moral. Llegando a afirmar en la Circular 4/2003, de 30 de Diciembre que la esencia del delito de maltrato habitual se sustenta en *la prueba de la creación de un «clima de temor» en las relaciones familiares, más que en la constatación de un determinado número de actos violentos.*

La jurisprudencia ha descrito el contenido de la integridad moral delimitándolo a través de las conductas típicas del Título VII del CP; en la STS de 22 de Febrero de 2005 se señala que la integridad moral estaría *compuesta por vía negativa por una serie de elementos subjetivos, tales como la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo además, concurrir la nota de dolor*

⁸² STS de 25 de enero de 2013.

⁸³ SSTS de 17 de abril de 1997; de 24 de junio de 2000; de 7 de julio de 2000; de 7 de septiembre de 2000 y de 10 de enero de 2002, entre otras.

⁸⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual*, "Revista de Estudios de la Justicia", n° 12, (Sevilla 2010), 114

*físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se realiza el ataque*⁸⁵. De este modo señala que los elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral serían: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo, b) la concurrencia de un padecimiento físico o psíquico y c) que el comportamiento sea degradante y humillante para la persona- víctima⁸⁶.

En esta línea, la STS de 8 de Mayo de 2002 afirma que podrán integrarse en *ataques contra la integridad moral conductas que puedan producir en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral*⁸⁷.

En cuanto a lo que se refiere a la *habitualidad* del delito, la STS de 14 de febrero de 2007 afirma que *la conducta típica del art. 173.2 viene integrada por una forma de actuar y de comportarse de manera habitual en la que la violencia está constantemente presente, creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Tal forma de actuar se traduce y manifiesta en distintos actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento*⁸⁸.

Consecuentemente, si lo esencial en el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico, es *el entorno de violencia, el clima de temor o situación de angustia que provocan una atmósfera degradante y humillante para la persona que la sufre, independientemente de la sucesión de actos individuales que la vayan provocando, entiendo que es precisamente la integridad moral lo que aquí se pretende proteger. Y ello, porque este tipo de comportamientos, tanto por lo reiterados como por la especial relación que une a los sujetos de los mismos, generan graves sentimientos de humillación y degradación, de reducción a una condición inferior a la de persona, característicos de los atentados contra la integridad moral*⁸⁹.

2. Conducta típica del delito.

La conducta típica del delito está configurada en dos partes: violencia física y violencia psíquica.

Por violencia física, se entienden comprendidos *el maltrato de obra, lesiones y, en general, cualquier acto que implique el uso de la fuerza física contra el sujeto pasivo víctima de esa violencia*.

⁸⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual*, op.cit.,117.

⁸⁶ En este sentido, las SSTS de 16 de abril de 2003; de 25 de septiembre de 2007 y de 5 de enero de 2007.

⁸⁷ También en esta línea, las SSTS de 29 de septiembre de 1998 y de 2 de abril de 2003, entre otras.

⁸⁸ En la misma línea, SSTS de 23 de mayo de 2006; de 1 de junio de 2006 y de 10 de julio de 2006.

⁸⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual*, Op. Cit., p. 122

La determinación de violencia psíquica es más complicada; la STC del Juzgado de lo Penal nº1 de Sevilla de 9 de septiembre de 2001 establece que *una aproximación al concepto jurídico de violencia psíquica ha de incluir los actos u omisiones, así como las expresiones, que producen o tienden a producir desvalorización o sufrimiento, limitación de la libertad del otro o cualquier forma de ataque a su dignidad e integridad moral, independientemente de que con ello se produzca o no una lesión psíquica, sea en la misma persona o en otras, que por su relación con la víctima, indirectamente, pueden producir el mismo resultado*. En tales casos, cuando se trate de violencia psíquica, para afirmar habitualidad, un sector doctrinal propugna que será preciso exigir una mayor reiteración, repetición o continuación de los actos⁹⁰.

D. Relación entre la violencia doméstica y la drogodependencia:

1. Existencia o ausencia de eximente o atenuante por drogodependencia o por comisión del delito bajo los efectos de drogas.

El TS, en su STC de 16 de enero de 1995, explica el criterio general seguido por la Sala para sentar las bases para valorar la drogadicción como influyente en la imputabilidad y culpabilidad determinando de esta manera el grado de responsabilidad penal basándose en tres parámetros:

El primero, *La influencia directa y presente en el hecho de obrar bajo el influjo del inmediato consumo de droga, en cuanto puede obnubilar la inteligencia del sujeto o debilitar fuertemente los mecanismos de comportamiento y de resistencia a los impulsos nocivos e ilícitos*.

El segundo, El síndrome de abstinencia actuando sobre el sujeto en el momento de la infracción, en cuanto causante de unas pulsiones irrefrenables que conducen al sujeto a cometer el delito como medio para obtener la droga que se precisa para salir de tal estado.

El tercero, *Cuando un consumo duradero y continuo de ciertas drogas duras ha llegado a producir un deterioro de la personalidad psicofísica del agente, disminuyendo de forma notoria su capacidad de autorregulación, pudiendo incluso llegar a degenerar en una enfermedad mental*.

Sólo en esos supuestos cabe apreciar una eximente incompleta y en casos excepcionales, total, *en función del influjo más o menos profundo que en los presupuestos o bases de la imputabilidad del sujeto puedan tener tales situaciones*.

⁹⁰ LEÓN CHAPARRO, L., *Estudio del actual artículo 173 del Código Penal*, “Revista Baylio”, (Ilustre Colegio de Abogados de Ceuta, 2003), 7.

Con más frecuencia, en los casos en que se trate de simple toxicomanía, *con la presencia de dependencia de la droga, pero sin que conste que el sujeto actuó bajo el influjo directo de aquella o en una crisis carencial*, estima el TS que es más apropiado aplicar la atenuante del art. 21.2 CP⁹¹.

Sobre la aplicación de uno u otro grado (eximente completa o incompleta, o atenuante completa o por analogía) de la drogodependencia el TS en su STC 577/2008 de 1 de diciembre, resume los requisitos para que la condición de drogadicto o de estado de drogadicción sea beneficiosa para el reo⁹² y determina el uso de una de las diferentes figuras:

Será de aplicación la eximente completa cuando la drogadicción *anule totalmente la capacidad de culpabilidad*, bien cuando el drogodependiente *actúe bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente*, bien cuando el drogodependiente *actúe bajo la influencia del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento de deshabitación a que se encontrare sometido*.

La eximente incompleta, precisa de *una profunda perturbación que, sin anularla, disminuya sensiblemente aquella capacidad de culpabilidad aun conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta. Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocie a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad*.

Respecto a la atenuante del art. 21.2 CP, se configura la misma *por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquella. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto*.

En lo relativo a nuestro caso concreto, dado el historial de Marcial, en el que se producen numerosos malos tratos hacia María durante un tiempo prolongado y, al menos parece ser por la redacción del texto, sin la influencia sustantiva de sustancias tóxicas, considero inaplicables las eximentes completa e incompleta y sí aplicable la atenuante simple del art. 21.2 CP, ya que *aunque la drogadicción puede provocar una disminución de la imputabilidad y, por ende, de la responsabilidad criminal en los términos de una eximente incompleta, bien en los supuestos de ansiedad extrema provocada por el síndrome de abstinencia, que determina una compulsión hacia los actos encaminados a la consecución de la droga, por lo que actúa*

⁹¹ AAP de Burgos de 13 de junio de 2001.

⁹² 1) Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano. 2) Requisito psicológico, es decir, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo. 3) Requisito cronológico, en sentido de que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva. 4) Requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal.

fuertemente sobre la volición o capacidad del sujeto para dirigir sus actos; bien en los casos en que la drogodependencia se asocia a otras situaciones o enfermedades deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser ciertas oligofrenias leves, psicopatías u otras anomalías de la personalidad, bien, por último, cuando la antigüedad y continuidad de la adicción han llegado a producir un deterioro de la personalidad que disminuye de forma notoria la capacidad de autorregulación del sujeto, llegando incluso a degenerar en enfermedad mental, ello no concurrirá cuando no consta dicho grado de afectación⁹³.

Este criterio es mantenido en la STS de 17 de mayo de 1996 que *concreta que no reflejados en la relación de hechos de la sentencia examinada tales estados carenciales o críticos, sino una pura referencia a la adicción al consumo de sustancia nociva a la salud que disminuye, sin anularlas, en grado leve las facultades citadas del agente, no existe base para construir una cualificación especialmente, lo que comporta que, no acreditada la concurrencia de enfermedad que limite las facultades del sujeto ni grave deterioro de su inteligencia y su voluntad solo haya lugar a la estimación de la atenuante simple⁹⁴.*

2. Consecuencias de la voluntad de rehabilitación como intento de reparar el daño causado.

Aunque es cierto que en el caso se nos dice que Marcial, tras el último suceso, y debido a su condición de persona drogo dependiente, *decide voluntariamente ingresar en una clínica con expresa voluntad de desintoxicarse, intentando reparar el daño causado*, no considero que por este hecho concurra ninguna atenuante pues, en tal caso sería de aplicación la del art. 21.5 CP, pero no parece encajar en el precepto *haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral* ni cumplir el requisito sustancial⁹⁵ necesario para su aplicación, citado en las SSTS 809/2007 de 11 de octubre y 1323/2009 de 30 de diciembre y aceptado por la jurisprudencia y doctrina generales, ya que, en mi opinión, ingresar en desintoxicación de ningún modo repara el daño moral causado y menos restituye o indemniza los perjuicios ocasionados.

⁹³ SSTS de 22 de diciembre de 1994 y de 5 de julio de 1996.

⁹⁴ En la misma línea, STS de 1 de abril de 1996.

⁹⁵ *El elemento sustancial de esta atenuante, desde la óptica de la política criminal, radica pues en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante. Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas en general, lo que no excluye a la Hacienda pública, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal.*

E. Sobre las denuncias por violencia doméstica y las órdenes de alejamiento.

La orden de alejamiento es una pena privativa de derechos que viene regulada en el art. 48 CP bajo la denominación de *prohibición de aproximación o comunicación con la víctima o aquellos de sus familiares que determine el juez*. En nuestro caso concreto, la orden de alejamiento no constituiría una pena si no una medida cautelar que se adopta en los casos en que existan *indicios fundados de la comisión de delitos o faltas de violencia doméstica y exista una situación objetiva de riesgo para la víctima ordenándose su protección mediante la adopción de medidas cautelares civiles y/o penales, además de activar las medidas de asistencia y protección social necesarias, por remisión de la Orden de Protección a los Puntos de Coordinación de las Comunidades Autónomas*⁹⁶.

Esta medida aparece regulada en el art. 544 ter de la LECrim, que en su párrafo primero dice lo siguiente: *El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.*

1. Consecuencias de la reconciliación entre víctima y agresor: existencia o ausencia de quebrantamiento de condena y orden de alejamiento.

El quebrantamiento de la orden de alejamiento está tipificado como delito en el art. 468 CP, que dice:

1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

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

Este precepto ha suscitado mucha controversia respecto al valor dado al consentimiento de la víctima para que se quebrante la condena, como ocurre en nuestro caso particular, en el que *Marcial regresa a casa, retomando la convivencia con María, pese a que la orden de alejamiento sigue vigente.*

⁹⁶ Ley 27/2003, de 31 de julio, que regula la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica

Por un lado, la STS 1156/2005 de 26 de septiembre, sentó doctrina concluyendo que, *cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesaridad de la protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquella, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del juzgado, si es preciso, otra resolución semejante, quedando patente que si se prueba la reanudación de convivencia con consentimiento de la mujer, el delito de quebrantamiento de condena vendría inviable.*

De forma contraria, las SSTS 69/2006 de 20 de enero y 10/2007 de 19 de enero, reconocen que *la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal -que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquella- pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto.*

Para la resolución de tal controversia, finalmente, el Acuerdo de la Sala General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 25 de noviembre de 2008, ha resuelto que el consentimiento de la víctima no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 del Código Penal, ni siquiera en los supuestos de medidas cautelares de alejamiento.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo expuesto, se produciría en nuestro caso concreto un quebrantamiento de medida cautelar tipificado en el art. 468 CP, aunque este se haya producido con el consentimiento de María. Para que esto no fuese así, María, antes de retomar la convivencia, debería solicitar al Juzgado correspondiente la retirada de la medida cautelar pues su voluntad de convivir con Marcial de nuevo hace ver la innecesaridad de vigencia de dicha medida si la víctima considera que no existe peligro para su integridad física o moral.

F. Responsabilidad penal final por el delito de maltrato habitual y por los delitos concretos.

En primer lugar, es necesaria la mención a la compatibilidad entre el delito de violencia habitual y los delitos aislados de violencia; esta compatibilidad aparece expresamente reconocida por el propio art. 153 y el art. 173 CP y reforzada en SSTS como la de 16 de abril de 2002 o la de 4 de julio de 2003, donde se establece esta conciliación debido a que los bienes jurídicos protegidos en uno y otro caso son distintos, es decir, el fundamento de una y otra condena, son distintos, razón por la que condenar por un delito de maltrato habitual y también por las agresiones concretas, no supondría una vulneración del principio *non bis in idem*⁹⁷.

⁹⁷ La STS de 14 de mayo de 2004, (645/2004), reiteró que *no cabe hablar de ninguna vulneración del principio non bis in idem por la posible duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, por la sencilla razón de que el propio precepto legal, cuya infracción se denuncia, prevé expresamente que la sanción correspondiente a la conducta en el mismo se impondrá, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que,*

Mientras que la condena por un delito de maltrato habitual se motiva por la lesión a la integridad moral de la persona, la condena por los hechos delictivos particulares se fundamenta en ataques a la integridad física o psíquica de la víctima en cuestión.

Esta autonomía de bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 173 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia, siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido aquellas hayan quedado prescritas⁹⁸.

Tenido en cuenta lo anterior, la calificación penal por los delitos cometidos por Marcial hacia María y Elisa sería:

- Por las sucesivas palizas, comportamientos violentos y el continuo maltrato psicológico de Marcial a María, se le imputa a Marcial un delito de maltrato habitual del art. 173.2 CP cuya pena⁹⁹ *Se impondrá en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza, habiéndose en el caso perpetrado al menos uno de los actos de violencia en presencia de un menor y además incumpliendo una medida cautelar de alejamiento, y todo parece indicar que si no todos casi todos los actos de violencia se llevaron a cabo en el domicilio común.*
- Por los dos primeros episodios de violencia relatados en el texto, es decir, *un fuerte golpe en la cara que le produce un importante derrame en el ojo derecho* y por propinarle *dos puñetazos en la barriga*, en enero y marzo de 2010 respectivamente, correspondería imputarle dos delitos del art. 153.1 CP, pero en este supuesto ambos delitos quedarían prescritos por haber transcurrido más de cinco años desde el momento de ejecución del delito hasta el momento en que se supone, se le enjuiciaría que, damos por hecho, es el año 2016¹⁰⁰.

en cada caso, se causare, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica, con independencia de que (...) los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. Existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio non bis in ídem; en esta línea también, STS de 9 de julio de 2001.

⁹⁸ SSTS de 24 de marzo de 2003; de 11 de marzo de 2003; de 18 de abril de 2002 o la STC de la AP de Córdoba de 18 de marzo de 2003 o de la AP de Toledo de 28 de marzo de 2003.

⁹⁹ *Prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años.*

¹⁰⁰ Art. 131 CP introducido por la LO 5/2010 de 22 de junio (por el principio de aplicación de la ley más favorable al reo): *1. Los delitos prescriben: A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años. A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de*

- Por los hechos cometidos el 29 de septiembre de 2012, en los que, *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*, se le imputan:
 - o Un delito de lesiones del art. 148.4 CP (*Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*) en relación con el art. 147 del mismo, por haberse producido un resultado lesivo en que concurren los requisitos establecidos para ello (*El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal (...) siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico* –se nos dice en el caso que permanece ingresada casi tres meses y que es intervenida quirúrgicamente).

Podría ser de aplicación para esta parte concreta el art. 149 CP, en lo relativo a las dos intervenciones quirúrgicas en el bazo e hígado realizadas a María, pero para que este pudiera aplicarse debería especificársenos en el texto que se haya producido, como cita el mencionado artículo, *la pérdida o inutilidad del órgano*, cosa que no parece haber sucedido dada la redacción del texto¹⁰¹.

- o Un delito de lesiones agravadas del art. 150 CP por *las cicatrices en la cara derivadas de los golpes*, que son consideradas en reiterada jurisprudencia como *deformidad*¹⁰², encuadrada en el caso como deformidad simple y no grave¹⁰³ (del art. 149 CP¹⁰⁴), ya que no se habla en el texto de la gravedad o entidad de las mismas.

diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años. A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez. A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año.

¹⁰¹ Los arts. 149 y 150 utilizan como sinónimos los términos “pérdida” o “inutilidad”, comprendiendo tanto la separación física o destrucción del miembro u órgano, mutilación, como la pérdida o anulación de la función a que sirve, situaciones materialmente equiparables desde el aspecto de la afección del bien jurídico. La inutilidad ha de ser total, pues solo la que tiene tal carácter es equiparable a la pérdida (SSTS 402/02 de 8 de marzo; 321/04 de 11 de marzo; 1096/04 de 5 de octubre); la inutilidad ha de entenderse como la imposibilidad o grave dificultad de valerse del órgano o miembro de que se trate. Queda así equiparada la pérdida material del órgano o miembro a la pérdida de su funcionalidad (STS 1696/02 de 14 de octubre).

¹⁰² Diversas STS en las que se califica como deformidad simple las cicatrices en la cara: SSTS 510/06 de 9 de mayo; 1871/02 de 14 de noviembre; 1967/02 de 29 de noviembre; 190/04 de 17 de febrero; 1572/03 de 25 de noviembre; 273/05 de 2 de marzo; 2/07 de 16 de enero; 877/08 de 4 de diciembre 7 1373/09 de 28 de diciembre.

¹⁰³ STS 1099/03 de 21 de julio: *así como el art. 149 tipifica las lesiones causantes de deformidad grave en el que estarían incluidas aquellas alteraciones físicas de singular relevancia que deterioren el aspecto externo de la víctima, el art. 150 incluye el resto de las deformidades que no deban ser calificadas como graves, siempre y cuando en estas concurren las notas de irregularidad o alteración física, permanencia y ostensibilidad.*

¹⁰⁴ STS 396/02 de 1 de marzo: *aplicabilidad del art. 150 y no del art. 149 por no constituir una deformidad grave ni por sus repercusiones estéticas ni funcionales, por mas que no quepa ignorar la consecuencia negativa en la armonía facial de la víctima que esa cicatriz imprime y el indudable y severo quebranto moral que ello supone (...).*

- Por los hechos ocurridos el 12 de octubre de 2013, en que *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* se le imputa:
 - o Un delito de maltrato de género del art. 153.1¹⁰⁵ por los golpes en el estómago a María.
 - o Un delito de lesiones del art. 148.5 en relación con el art. 147 CP por causar un derrame en el ojo a Elisa (*víctima especialmente vulnerable que conviva con el autor*).

En un principio, consideré de aplicación el art. 153.2 en lo que se refiere al derrame en el ojo de Elisa, pero de la parte del texto en que se dice que tras estos sucesos *ambas son llevadas al hospital*, doy por sentado que Elisa recibió asistencia facultativa y, probablemente, algún tipo de tratamiento médico, más tratándose de una niña tan pequeña, por lo que no parece encajar en el tipo del art. 153 que habla de *El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión*.

- Por el hecho sucedido también el 12 de octubre de 2013 en que *María requiere de sedación debido a la profunda e incontrolable ansiedad que padece, que le produce un infarto al corazón*, se le imputa un delito del art. 148.4 CP, pues considero que ya no solo la situación de estrés provocada ese día si no en si la situación de malos tratos habituales reiterados en el tiempo provocaron a María un trastorno de estrés postraumático que acabó provocando el infarto, ya que parece haber un nexo de causalidad claro entre los malos tratos habituales y el estrés que le provocó el infarto ante un episodio como el descrito en el texto del 12 de octubre de 2013¹⁰⁶.

En conclusión, siempre que se pueda sancionar por el art. 173.2 CP *habrá una lesión que satisface las exigencias materiales de la violencia de género o doméstica. En la mayoría de las ocasiones que determinemos que existe un contexto de dominio y sometimiento es probable que se estime igualmente probada la nota de habitualidad del art. 173.2 CP. Cuando sea así se producirá una convergencia con este artículo que, tal y como indica el mismo, se debe resolver mediante un concurso de delitos*¹⁰⁷.

¹⁰⁵ No se aplica la agravante del art. 153 CP pues ya se ha aplicado la agravante del art. 173 CP, y el TS en su STC 580/06 de 23 de mayo (entre otras), considera preponderante la aplicación del tipo básico del art. 153 y el tipo agravado del 173 CP por ser más lógico en base al principio de alternatividad y mayor gravedad punitiva del art. 8.4 CP.

¹⁰⁶ Vid. Anexo I, con datos relativos a estudios que demuestran la relación entre el maltrato de género y el Trastorno de estrés postraumático.

¹⁰⁷ FUENTES OSORIO, J.L., *Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género*, “Revista electrónica de ciencia penal y criminología”, 16, (Jaén 2013), 46.

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

A. Hechos relevantes.

- Manolo y María, 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 se realiza una declaración de fallecimiento tiempo después.
- 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.

B. Consecuencias de la declaración de fallecimiento en la sucesión hereditaria.

1. Apertura de la sucesión *mortis causa*

La declaración de fallecimiento, comporta la apertura de la sucesión. Cita el art. 196 CC:

Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación conforme a lo dispuesto legalmente.

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

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

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

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, señala que *tanto la muerte como la declaración de fallecimiento producen la apertura de la sucesión, si bien la declaración de fallecimiento no tiene los mismos efectos que la inscripción de la muerte porque siempre queda la duda de si la persona declarada fallecida habrá muerto realmente; de ahí que el art. 196, párr. 2º, 3º y 4º CC establezca una serie de límites, cautelas y obligaciones para los sucesores (todas ellas dirigidas a que si el declarado fallecido se presenta antes de haber transcurrido cinco años desde la declaración de fallecimiento, pueda recibir los mismos bienes que integraban su*

patrimonio)¹⁰⁸.

El momento de apertura de sucesión debe retrotraerse al momento en que se le repute fallecido en el auto declaratorio de fallecimiento¹⁰⁹.

2. Disposición sobre los bienes del declarado fallecido.

2.1 Prohibición de disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento.

Respecto al alcance de la prohibición a efectos de determinar qué actos se permite o impide realizar a los herederos sobre la masa de bienes que forman parte del patrimonio del declarado fallecido:

El heredero, durante el período de tiempo de la declaración de fallecimiento, podrá disponer libremente del patrimonio heredado *siempre y cuando los negocios jurídicos que se realicen tengan carácter oneroso. Además, a partir de los cinco años, podrá realizar cualquier acto dispositivo sobre los bienes heredados incluidos los que se realicen a título gratuito. La prohibición de disponer no alcanza a las rentas, frutos o productos obtenidos con tales bienes, que pertenecen sin limitaciones a los sucesores del causante declarado fallecido.*

El concepto de acto de disposición interesante en este punto, es aquel que *disminuye la sustancia y entidad económica del patrimonio, incluyendo dentro de dicha noción no solo aquellos actos que provocan la enajenación, gravamen, modificación o renuncia de un derecho (real o personal) sino también los que excedan de la administración ordinaria.*

El fin de la prohibición, es el de garantizar la devolución de los bienes heredados o su valor al titular legítimo en caso de que este reaparezca; por tanto, los herederos gozan de muchas facultades sobre los bienes de la herencia pero no podrán celebrar negocios jurídicos a título gratuito en sentido estricto¹¹⁰ (*aquellos que supongan un acto de liberalidad*) hasta que transcurran cinco años¹¹¹.

¹⁰⁸ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *El concurso de la herencia*, “Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación”, n.º.1, (2004), 70.

¹⁰⁹ Sobre esta cuestión la doctrina es unánime, en una interpretación del art. 196 CC en relación con el párrafo 2º del art. 195 CC.

¹¹⁰ Como es el caso de donaciones, condonación de deudas, tampoco negocios jurídicos a título gratuito en sentido amplio, como el préstamo de carácter gratuito, etc.

¹¹¹ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R. *La declaración de fallecimiento en el derecho español*. op.cit.,282.

3. Consecuencias en caso de aparición del declarado fallecido.

3.1 Aproximación al art. 197 CC.

El art. 197 CC establece que, *Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido; pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto.* Para comprender el significado de este derecho, debemos tener en cuenta en primer lugar que existe un debate doctrinal acerca de si se trata de una *acción de petición de herencia* en sentido estricto, una *acción reivindicatoria*¹¹² u otro tipo de acción; desde una perspectiva procesal y en relación con lo que se nos pide en nuestro caso concreto, es irrelevante la discusión sobre la naturaleza de la acción pues, en la práctica, el actor no está obligado a precisar qué acción quiere imponer y tampoco el juez está vinculado por la calificación de las acciones que hagan las partes. *Esto es así porque entran en juego los principios iura novit curia*¹¹³ *y da mihi factum, dabo tibi ius*¹¹⁴ *por lo que lo más probable es que el juez, sin entrar en calificaciones jurídicas, se limite a dejar sin efecto la declaración de fallecimiento (si es que no se había declarado su ineficacia anteriormente), a declarar la ineficacia de la apertura de sucesión y, al tiempo, a condenar al poseedor de la cosa a devolverla a su legítimo propietario*¹¹⁵.

3.2 Eficacia y contenido del derecho al recobro de los bienes.

A tenor del art. 197 CC, el derecho a la recuperación de bienes en el estado en que se encuentren parece ser de forma inmediata una vez se revoque la declaración de fallecimiento al presentarse el declarado fallecido o la prueba de su existencia. Aunque la recuperación automática del patrimonio tendrá lugar si los sucesores devuelven voluntariamente los *bienes adquiridos a causa de la sucesión y aceptan entregar el precio de los enajenados o los bienes adquiridos con el precio de aquellos.* De no ser así, el reaparecido *deberá ejercitar algún tipo de acción encaminada a la consecución de ese fin.*

¹¹² Acción que se dirige a la recuperación de la cosa de quien la detenta o posee y por tanto a lograr restituirla a su titular legítimo.

¹¹³ Significa literalmente *el juez conoce el derecho* y hace referencia al principio de derecho procesal según el cual el juez conoce el derecho aplicable y por tanto no es necesario que las partes prueben lo que dicen las normas.

¹¹⁴ Su traducción literal es *dame los hechos, yo te daré el derecho* y significa que es suficiente con exponer al juez la cuestión de hecho y aportar prueba de ello.

¹¹⁵ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R. *La declaración de fallecimiento en el derecho español.* op.cit.,386.

El derecho a recobrar los bienes contiene todo el patrimonio en su conjunto, es decir, *cosas, derechos y acciones transmitidos con motivo de la sucesión hereditaria, pero en el estado en que se encuentren. En la norma existe un mecanismo compensatorio que se manifiesta en dos sentidos: 1) El reaparecido no deberá abonar los incrementos de valor que haya experimentado en su patrimonio, ni tendrá derecho a reclamar por perjuicios o deterioros parecidos. 2) Los sucesores no deberán abonar 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, pero tampoco tendrán derecho a que se les indemnice por las mejoras realizadas en el patrimonio recibido.*

Por otro lado, *si los bienes y derechos experimentaron alguna carga o gravamen mientras estaban bajo la titularidad del sucesor, el reaparecido tendrá que soportarlas.*

La recuperación de los bienes no siempre tendrá lugar y en ocasiones el reaparecido deberá conformarse con *recibir el precio obtenido por su venta, o los adquiridos con su importe o, si fuera el caso, los obtenidos por la permuta*¹¹⁶.

Esta doctrina encuentra su fundamento, como expone CORRAL TALCIANI en que el legislador considera que, *como ha sido el mismo ordenamiento el que ha autorizado a los sucesores a creerse dueños, resulta de justicia limitar los efectos de la revocación de la declaración y establecer, en general, que el ausente recupere su patrimonio en el estado en que se encuentre*¹¹⁷.

En cuanto al alcance respecto a terceros del derecho concedido por el art. 197 CC, se puede sostener a tenor de la literalidad del mencionado artículo que, en caso de venta de bienes, *se ha optado por favorecer la posición jurídica del comprador en detrimento de la del declarado fallecido que reaparece porque, si se ha formalizado el contrato de compraventa, el reaparecido no tendrá derecho al bien objeto del citado negocio jurídico, sino a su precio.*

En este sentido, de la expresión *recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido* se puede interpretar la prevalencia de los derechos del comprador ya que, en cualquier caso, estuviese el bien pendiente de entrega o entregado, si se le concediese la posibilidad de reclamación del bien al retornado, *el comprador amparándose en el art. 1502 CC*¹¹⁸ *podría suspender el pago del precio hasta que el deudor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso.*

Lo que no parece descartable es que *el declarado fallecido que reaparece pueda pasar a ocupar la posición jurídica del heredero para así, a cambio de la entrega del bien, recibir el precio. Esto es así porque al heredero del declarado fallecido se le reconoce la libre disposición de los bienes de la herencia si es a título oneroso y tras cinco años si es a título gratuito, con lo que la vuelta del ausente tiene efectos presentes, pero no retroactivos, desde el día de su presentación o de la declaración de no haber muerto*¹¹⁹.

¹¹⁶ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración de fallecimiento en el derecho español, op.cit.*,386-389.

¹¹⁷ CORRAL TALCIANI, H. F., *La declaración de fallecimiento, op.cit.*,341.

¹¹⁸ *Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio en su caso, o se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago.*

¹¹⁹ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración de fallecimiento en el derecho español, op.cit.*,391.

Por lo tanto, en respuesta a nuestro particular caso, por un lado, por la venta de ambos inmuebles, Manolo no tendrá derecho a la obtención de los mismos pues prevalece el derecho que ostentan los compradores, ya que la venta se realizó debido a una sucesión en la que el mismo ordenamiento autorizó a los sucesores a creerse dueños y la figura de heredero que constituyen es de buena fe, ya que *no es que el testamento o el llamamiento legal adolezca de algún defecto o sea nulo, sino que falta el presupuesto fundamental para que se dé la sucesión de una persona*¹²⁰, es decir, no se da la muerte del causante.

Por lo tanto, como establece el art. 197 CC, Manolo tendrá derecho:

- Al 50% de los 240.000 euros obtenidos por la venta de la casa común a Eustaquio, correspondiéndole solo este porcentaje debido al carácter común del inmueble que supone que la disposición del bien por parte de María como heredera solo sea del 50%, siendo la otra mitad de su titularidad y libre disposición.
- A la totalidad del precio obtenido por la venta a Miriam del inmueble privativo de Manolo, que será de 175.000 euros, aunque su valor fuera de 250.000 euros pues, como hemos establecido anteriormente el reaparecido, del mismo modo que *no deberá abonar los incrementos de valor que haya experimentado en su patrimonio*, tampoco tendrá *derecho a reclamar por perjuicios o deterioros parecidos*.

Por otro lado, en lo que se refiere a la cuenta conjunta de Abanca, Manolo tendrá derecho a disponer de la mitad de los 15.000 euros existentes en dicha cuenta en el momento de reaparición (la mitad por ser una cuenta conjunta), pues, aunque antes de la declaración de su fallecimiento la cantidad existente era de 65.000 euros, no tiene *derecho a reclamar por perjuicios o deterioros parecidos* realizados con motivo de la disposición de unos bienes de los que a estos efectos era heredera de buena fe.

¹²⁰ DE LOS MOZOS TOUYA, J. L., *El heredero aparente de buena fe (análisis de su posición jurídica)*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", n.º 604, (1991), 1028.

V. Conclusión final.

En primer lugar, en cuanto a la validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial, concluyo que, en caso de haberse contraído el matrimonio a través del orden canónico, dicho matrimonio devendría nulo pues al aparecer Manolo desaparecería la declaración de fallecimiento que disolvió el primer matrimonio y recobraría el mismo su vigencia ya que en teoría la unión entre Manolo y María nunca dejó de existir; de forma contraria ocurriría si el matrimonio se hubiere contraído de forma civil ya que, el art. 85 CC dispone que a través de la declaración de fallecimiento el matrimonio se disuelve y este no revive por la aparición del presunto fallecido, por lo tanto, de ser así, las nupcias contraídas por María y Marcial serían válidas y eficaces.

Teniendo en cuenta lo anterior, o bien el matrimonio entre Manolo y María ya estaría disuelto por haber existido una declaración de fallecimiento (en caso de tratarse de un matrimonio civil) sin necesidad de ejercitar ninguna acción para finalizar el mismo o, en caso de no haber quedado disuelto (si fuese matrimonio canónico), Manolo podría solicitar la disolución de su matrimonio mediante el divorcio, regulado en el art. 85 CC, sin necesidad de reconocimiento de nulidad de matrimonio por parte de los Tribunales Canónicos ya que, las STC de dichos tribunales carecen de trascendencia civil *per se*.

En segundo lugar, debido a que la reaparición de Manolo hace inexistente la producción de resultado de muerte necesaria para que pueda darse el homicidio imprudente que consideramos como calificación inicial del delito cometido por María en el barco, y teniendo en cuenta que entre la comisión del delito y la aparición de Manolo han transcurrido 7 años, el delito de lesiones del art. 147 CP que resultaría de aplicación al caso (ya que hemos descartado la existencia de *animus necandi* y con ello la posibilidad de tentativa de homicidio, incompatible con la figura de homicidio imprudente) quedaría prescrito por haber transcurrido mas de cinco años, según lo dispuesto en el art. 131 CP.

En lo relativo a la validez de las escuchas telefónicas, concluyo que son válidas si, una vez se conoció el hecho punible a través de las escuchas telefónicas, y puesta en conocimiento del Juez la *notitia criminis* que constituye este descubrimiento casual del delito cometido por María en el transcurso de la investigación por el delito de tráfico de drogas de Marcial, se dio traslado de la misma al MF y este órgano ejercitó la acusación, ya que, de por sí el juez no puede ejercitar la misma por el simple conocimiento de la noticia.

En tercer lugar, habiendo concluido que no existe vulneración del principio *non bis in idem* en la concurrencia del delito de maltrato habitual con los delitos concretos, ya que, los bienes jurídicos protegidos son diferentes (el primero vulnera la integridad moral mientras que las demás agresiones dañan la integridad física o psíquica), determino que a Marcial se le imputaría:

Un delito de maltrato de género habitual del art. 173.2 CP, por las sucesivas palizas, comportamientos violentos y continuo maltrato psicológico a María, impuesto en su mitad superior por haber ocurrido al menos uno de los actos en presencia de su hija Elisa, menor de edad; al menos otro de ellos incumpliendo una medida cautelar de alejamiento y habiendo ocurrido sino todos casi todos en el domicilio común.

El mencionado delito en concurso real con: dos delitos del art. 148.4 CP, uno por la agresión que hizo estar ingresada a María tres meses y ser intervenida quirúrgicamente y el otro por el infarto al corazón que sufrió María a causa del estrés continuo al que estuvo sometida debido a la situación de maltrato habitual hacia ella; un delito de lesiones agravadas del art. 150 CP por la deformidad que constituyen las cicatrices de María en la cara a causa de los golpes propinados por Marcial; un delito del art. 153.1 CP por los tres golpes en el estómago a María y un delito del art. 148.5 CP por causar un derrame en el ojo a su hija Elisa, siendo esta víctima especialmente vulnerable que convive con él.

Al tratarse de un concurso de delitos, rige la regla de acumulación de las penas correspondientes a las infracciones penales para su cumplimiento simultáneo o sucesivo, aunque, eso sí, al sumar las penas para cada delito no se puede superar el triple de la pena del delito más grave.

En cuanto a lo relativo a la vuelta a la convivencia de María y Marcial tras la primera denuncia, concluyo que de esta forma se produce un quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento contemplada en el art. 468 CP aunque la vuelta al hogar familiar haya sido con el consentimiento de María pues para que no se violase la medida María tendría que haber retirado la misma en el juzgado correspondiente.

Por último, concluyo que los actos de disposición de los bienes de Manolo llevados a cabo por María son válidos, ya que con la declaración de fallecimiento se abre una sucesión *mortis causa en los bienes* del declarado fallecido, *procediéndose a su adjudicación conforme a lo dispuesto legalmente* (art. 196 CC) y con su reaparición, *recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido* (art. 197 CC), por lo que Manolo tendrá derecho a obtener 120.000 euros por el precio obtenido de la venta del domicilio común a Eustaquio; 175.000 euros por el precio obtenido de la venta del inmueble privativo de Manolo y 7.500 euros de la cuenta de Abanca de la que ambos son titulares, ejerciendo una acción de petición de herencia en sentido estricto, una acción reivindicatoria u otro tipo de acción pues la naturaleza de la misma es irrelevante (todo ello habiendo dejado sin efecto la declaración de fallecimiento).

Tanto Eustaquio como Miriam son ajenos a la cuestión ya que su posición jurídica prevalece sobre la de Manolo, que solo tendrá derecho al precio del bien sujeto a compraventa.

VI. Disposiciones normativas.

Acuerdos del Pleno del TS:

- Acuerdo de la Sala General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 25 de noviembre de 2008.

Circulares de la Fiscalía General del Estado:

- Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, de 24 de octubre.
- Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1999, de 29 de diciembre.
- Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2003, de 30 de diciembre.

Normativa Comunitaria:

- Recomendación General Nº 19 del Comité de las Naciones Unidas, de 29 de enero de 1992, *Para la eliminación de la discriminación contra la mujer.*
- Resolución de la Asamblea General de la ONU 48/104, de 20 de diciembre de 1993, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.*
- Plataforma de Acción de Beijing adoptada en la cuarta Conferencia Mundial Sobre la mujer de Naciones Unidas, del 4 al 15 de septiembre de 1995.
- Decisión del Parlamento Europeo 803/2004/CE, *Por la que se aprueba un programa de acción comunitario para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (Programa Daphne II).*
- Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2011/99/UE, *Sobre la orden europea de protección.*
- Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011, en Estambul, *Sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.*
- Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2012/29/UE, *Por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.*

Leyes y Reglamentos:

- Real Decreto de 3 de febrero de 1881, *De promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, *Aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, *Texto de la edición del Código Civil.*
- Ley de 8 de septiembre de 1939, *De modificación del Título VIII, Libro I del Código Civil.*
- Constitución Española de 1978.

- 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, de 25 de enero de 1983.
- Ley Orgánica 7/1984 de 15 de octubre, *Sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas.*
- Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, *Del Poder Judicial*
- Ley Orgánica 4/1988 de 25 de mayo, *De reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*
- Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio, *De actualización del Código Penal.*
- Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, *Del Código Penal.*
- Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril, *De modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre.*
- Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, *De modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*
- 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 Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, *De medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.*
- Ley Orgánica 13/2003 de 24 de octubre, *De reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.*
- Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, *Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.*
- Ley 27/2003 de 31 de julio, *Reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la Violencia Doméstica.*
- Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, *De medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.*
- Real Decreto 355/2004 de 5 de marzo, *Por el que se regula el Registro Central para la protección de víctimas de violencia de género.*
- Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, *Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.*
- 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 4/2015 de 27 de abril, *Del Estatuto de la víctima del delito.*

VII. Disposiciones jurisprudenciales.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1901
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1932
- Sentencia del Tribunal Supremo 7/83
- Sentencia del Tribunal Supremo 58/84
- Sentencia del Tribunal Supremo 66/85
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1986
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de julio de 1988
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1989
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1989 (37/1989)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1989
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1989
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1990
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1990
- Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1993
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1993
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1993
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1994 (32/1994)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1994
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1994 (Aranzadi civil 6420)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1994
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1994
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1995
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1996 (54/1996)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1996
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1996
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1996
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1996 (582/1996)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996 (207/1996)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1997
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1998 (31/98)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1998
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1999 (49/1999)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2000 (1301/2000)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001 (14/2001)

- Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 13 de junio de 2001 (JUR 2001/228541)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001
- Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla de 9 de septiembre de 2001
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2001 (202/2001)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2002 (256/2002)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2002 (396/02)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2002 (402/02)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002 (1696/02)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2002 (1871/02)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2002 (1967/02)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2002
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2003
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de marzo de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2003
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 28 de marzo de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2003 (574/03)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 6 de junio de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2003 (1099/03)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2003 (1572/03)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2004 (190/04)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2004 (321/04)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2004 (363/04)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2004 (645/2004)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2004 (1096/04)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2005 (273/05)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005 (1156/2005)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo 1147/2005 (RJ 2005, 7847)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2006 (69/2006)
- Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 27 de abril de 2006
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2006 ((510/06)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006 (580/06)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2006
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2006

- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2007 (2/07)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2007 (10/2007)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2007
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2007
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2007 (809/2007)
- Sentencia del Tribunal supremo de 24 de octubre de 2007
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2008 (264/08)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008 (59/2008)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2008 (755/2008)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2008 (577/2008)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2008 (877/08)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2009 (1373/09)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2009 (1323/2009)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2010 (474/2010)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2010 (407/2010)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2010 (889/2010)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2011 (1154/2011)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2012 (168/2012)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2013 (RJ 2013, 3167)

VIII. Abreviaturas.

| | |
|------------|---|
| AAP | Auto Audiencia Provincial |
| AP | Audiencia Provincial |
| ART./ARTS. | Artículo/ artículos |
| CC | Código Civil |
| CE | Constitución Española |
| CP | Código Penal |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LECRIM | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LO | Ley Orgánica |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| MF | Ministerio Fiscal |
| Nº | Número |
| NÚM. | Número |
| ONU | Organización de las Naciones Unidas |
| OP.CIT | Obra citada |
| PÁRR. | Párrafo |
| RD | Real Decreto |
| SS | Siguientes |
| STC | Sentencia |
| STS/SSTS | Sentencia del Tribunal Supremo/ Sentencias del Tribunal Supremo |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TEPT | Trastorno de estrés postraumático |
| TS | Tribunal Supremo |

IX. Fuentes bibliográficas.

- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal*, “Riedpa”, nº2, (septiembre 2011)
- BERNÁRDEZ CANTÓN, A., *Parte General del Derecho Canónico*, (Madrid 1992)
- CORRAL TALCIANI, H. F., *La declaración de fallecimiento*, (Madrid 1991)
- DE LOS MOZOS TOUYA, J. L., *El heredero aparente de buena fe (análisis de su posición jurídica)*, “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, nº. 604, (1991)
- DÍAZ PITA, M. M., *El dolo eventual*, (Valencia 1994)
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *El proceso civil*, (Valencia 2001)
- FERRER ORTIZ, J., *La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesíásticas en el derecho español*, “Ius et Praxis”, 14, nº2, Talca, (noviembre 2008)
- FUENTES OSORIO, J.L., *Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género*, “Revista electrónica de ciencia penal y criminología”,16, (Jaén 2013)
- GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal. Parte especial, I*, (Madrid 2004)
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal, Constitución y leyes*, (Madrid 2010)
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./ GÓRRIZ ROYO, E./ GUIAROLA LERMA, C./BLASCO MAYOR, M.J./ OLLOQUIEGUI SUCUNZA, I./ PERIAGO MORANT, J.J./ ZALDÍBAR ROBLES,J., *Vistas penales. Casos resueltos y guías de actuación en sala* (CUERDA ARNAU, M.L. Dir.), (Valencia 2014)
- GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, (Madrid 2011)
- JUDEL PRIETO, A., / PIÑOL RODRIGUEZ, J.R., *Manual de derecho penal, II. Parte especial* (SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, C., coord.), (Navarra 2011)
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de derecho civil, I*, (Madrid 2008)
- LEÓN CHAPARRO, L., *Estudio del actual artículo 173 del Código Penal*, “Revista Baylio”, (Ilustre Colegio de Abogados de Ceuta, 2003)

- LÓPEZ DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, (Madrid 1989)
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, (Madrid 1999)
- MARCO URGELL, A., *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones* (tesis doctoral inédita, dirigida por REBOLLO VARGAS, R.), (Universidad Autónoma de Barcelona, 2008)
- MIRAT HERNÁNDEZ, P., *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales*, *Difusión jurídica y temas de actualidad*, (Madrid 2006)
- MIR PUIJ, S., *Derecho penal parte general*, (Barcelona 2002)
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal parte especial*, (Valencia 2009)
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., *La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual*, "Revista de Estudios de la Justicia", nº 12, (Sevilla 2010)
- PERAMATO MARTÍN, T., *Aspectos jurídicos de la violencia de género. Evolución.*, "Cuadernos de la Guardia Civil: revista de seguridad pública", Nº51, (Madrid 2015)
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *El concurso de la herencia*, "Revista de derecho concursal y paraconcursal: anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación", nº.1, (2004)
- SALVADOR CONCEPCIÓN, R., *Tratamiento de la violencia de género en España*, "Diario La Ley", nº8194, (noviembre 2013)
- SPINELLI, L., *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, (Roma 1943)

X. Enlaces web de interés.

- “Página web del Boletín Oficial del Estado”,
<https://www.boe.es>.
- “Noticias Jurídicas, legislación y convenios colectivos”,
<http://noticias.juridicas.com>.
- “Aranzadi digital”,
www.aranzadidigital.es/.
- “Revista electrónica de ciencia penal y criminología”,
<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-16.pdf>.
- “Estudios penales y criminológicos”,
https://dspace.usc.es/bitstream/10347/4160/1/pg_269-316_penales30.pdf.
- “Revista de estudios de la justicia”,
<http://146.83.16.130/cej/rej12/NUÑEZ%204.pdf>.
- “Diario La Ley”,
http://www.uah.es/export/sites/uah/es/conoce-la-uah/.galleries/Galeria-de-descarga-de-Conoce-la-UAH/Unidad-de-Igualdad/Tratamiento_violencia_genero_Perspectiva_legal.pdf.
- “Revista internacional de estudios de derecho procesal y arbitraje”,
<http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA21101.pdf>.
- “Revista de derecho UNED”,
<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/11702/11149>.
- “Revista Ius et Praxis”,
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200011#11.
- “Revista internauta de práctica jurídica”,
https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num27/4La%20prescripcion%20del%20delito.pdf.
- “Revista de derecho (Valparaíso)”,
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000100009.
- “Revista Dialnet”,
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1215796>.

I. Apéndice.

En el Anexo adjuntado a continuación, se exponen una serie de estudios que muestran la relación existente entre el maltrato de género y el Trastorno de Estrés Postraumático.

Se adjunta en relación con la pregunta III. F. del caso práctico (*diferente responsabilidad penal por el delito de maltrato habitual y por los delitos concretos*), con el fin de argumentar que, el infarto al corazón ocurrido a María fue provocado indirectamente por Marcial debido a la situación de grave estrés a la que tuvo sometida a su mujer a través de los continuos malos tratos (físicos y psicológicos), que la colocaron en una posición de sometimiento con motivo del profundo miedo sufrido a lo largo de los años, siendo esta situación de estrés, su posición como “sometida” y el miedo sufrido los desencadenantes de la *profunda e incontrolable ansiedad* que acabó ocasionándole un infarto al corazón, existiendo por tanto un nexo causal entre los malos tratos habituales y el trastorno de estrés postraumático sufrido por la víctima.

ANEXO I

ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E./
DELGADO BUENO, S./ VICENTE
HERRERO, M.T., *Psiquiatría legal y
forense*, (Barcelona 2013)

Capítulo 281
pp. 719-721

*Con datos relativos a estudios que
demuestran la relación entre el maltrato de
género y el trastorno de estrés
postraumático*

TEPT y violencia de género

Se entiende por maltrato físico cualquier conducta que implique la utilización intencional de algún instrumento o procedimiento para afectar al organismo de otra persona de modo que encierre riesgo de lesión física, enfermedad, daño o dolor, con independencia de los resultados de dicha conducta (López, 2002; Mcallister, 2000; Villavicencio y Sebastián, 1999^a). Esta cuestión ha sido abortada ampliamente en este Tratado, especialmente en los capítulos 229 a 233 en el Tomo IV, a donde remitimos al lector interesado.

Dado el incremento que este tipo de agresiones ha sufrido en los últimos años, interesa destacar entre sus repercusiones el TEPT como secuela y para ello se hará referencia a continuación al extenso trabajo realizado por Paulina Paz Rincón González en 2003 con su tesis doctoral sobre esta temática.

Para caracterizar la violencia doméstica se debe partir de la definición que Naciones Unidas hace de la *violencia contra las mujeres*, en el artículo 1º de la Declaración sobre la eliminación de la Violencia contra la Mujer: *Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada* (Naciones Unidas, 1994).

Desde la modificación establecida en el DSM-IV sobre lo que se incluye como suceso traumático, la violencia doméstica es considerada un estresor capaz de provocar entre sus secuelas residuales el Trastorno de Estrés Postraumático (TEPT), y, por tanto, se investiga este trastorno como una de las posibles consecuencias del maltrato.

Las revisiones bibliográficas realizadas apuntan a que las tasas de prevalencia de TEPT en víctimas de violencia doméstica van desde el 31% al 84,4%, con una media ponderada de 63,8%. En algunos de estos estudios se relaciona la severidad o duración del maltrato con la severidad del TEPT (Echeburúa *et al.*, 1997; Golding, 1999). Aun cuando puedan existir síntomas de otros trastornos psiquiátricos, como depresión, en las víctimas de violencia doméstica el TEPT es el diagnóstico más apropiado para describir el cuadro clínico de estos pacientes (Golding, 1999). Otro estudio, llevado a cabo con 100 mujeres maltratadas australianas, encontró que un 45% de ellas cumple criterios para un diagnóstico de TEPT (Mertin y Mohr, 2000).

En España, Villavicencio, Sebastián y Ruíz, tras evaluar a 71 mujeres maltratadas, encontraron que un 61,6% cumplía criterios para el diagnóstico de TEPT (citado en Villavicencio y Sebastián, 1999a). Posterior a este estudio es el realizado con 126 mujeres víctimas de violencia doméstica, que determinó que el 55% de ellas desarrolló estrés postraumático, sin encontrar diferencias significativas entre las mujeres que han padecido maltrato físico y las que han vivido maltrato psicológico (Echeburúa *et al.*, 1997^a). Más adelante el mismo equipo evaluó 212 víctimas de violencia doméstica entre las que el 46% desarrolló TEPT (Echeburúa, Corral y Amor, 2002).

Entre los factores que predicen el desarrollo del TEPT, los más estudiados han sido la frecuencia, severidad y duración de la violencia vivida. Así, según un estudio que analizó estas tres variables y la tensión experimentada por la víctima, la correlación más fuerte se da

entre la tensión subjetiva en momento de vivir maltrato y la presencia de TEPT. La frecuencia y severidad de la violencia también se relacionan con los síntomas, pero no la duración del maltrato vivido (Kemp, Rawlings y Green, 1991). Ver con detalle en capítulo 233 Tomo IV y en documentos a texto completo insertos en la Plataforma Digital vinculada a dicho capítulo.

En otro estudio las variables que se relacionan de manera directa con el desarrollo de TEPT son las siguientes: a) la severidad de la violencia vivida, b) la proximidad temporal del maltrato, c) los sucesos vitales negativos, d) los estresores familiares. El apoyo social disponible y la existencia de eventos vitales positivos se consideran protectores frente al desarrollo de TEPT (Astin, Lawrence y Foy, 1993).

En esta misma línea, otro estudio encontró como fuertes predictores del TEPT los siguientes: a) estrategias de afrontamiento para finalizar la relación, b) experiencia de eventos vitales negativos, c) grado de abuso físico, d) tiempo transcurrido desde que terminó la relación de maltrato, y e) falta de apoyo social percibido (Kemp *et al.*, 1995).

En España, Villavicencio y Sebastián, en el estudio llevado a cabo en 1999 con mujeres maltratadas que se encuentran en casas de acogida, establecieron una relación negativa entre el tiempo de permanencia en la casa y el desarrollo de TEPT, así como una correlación positiva del TEPT y la exposición al maltrato durante la infancia o la adolescencia en la familia de origen y el afrontamiento de evitación. La exposición al maltrato en la familia de origen sería una variable de vulnerabilidad, que origina que la respuesta psicológica, cuando se da la violencia, sea más aguda o menos adaptativa (Villavicencio y Sebastián, 1999b).

En víctimas de violencia doméstica la violencia física constituye una amenaza a la vida y al bienestar de la víctima y es vivida con miedo, horror o indefensión, pero la violencia psicológica se relaciona más con el miedo que la violencia física (O'Leary, 1999), y es más predictiva de desarrollo de TEPT en la mujer maltratada que la severidad o frecuencia del daño físico soportado (Arroyo, 2002). El estrés postraumático es uno de los pocos trastornos en los que se reconoce la relación existente entre los síntomas manifestados por las víctimas y la situación vivida (Villavicencio, 2000).

La tipificación del TEPT que acompaña a la gran mayoría de las agresiones es difícil de concretar, tanto más cuando se asocian *antecedentes personales previos* de trastornos psicológicos o psiquiátricos, lo que en ocasiones es utilizado como motivo de no-relación entre la causa (agresión), y la consecuencia del TEPT. Así consta en algunas sentencias en relación a *violencia doméstica* [Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) Sentencia núm. 411/2011 de 9 de mayo (ARP 2011/11)].

Interesa destacar en este tema el propio proceso judicial como factor agravante en el TEPT sufrido por la mujer, y, en este sentido hacer referencia a una de las conclusiones que Ederne Alonso realiza en su tesis doctoral *Mujeres víctimas de violencia doméstica con trastorno de estrés postraumático: validación empírica de un programa de tratamiento*. Así, señala que *otros factores a tener en cuenta a lo largo del tratamiento son los trámites judiciales en los que están inmersas muchas de estas mujeres y que, frecuentemente, parecen interferir en la eficacia de la terapia. Sin duda, el encuentro con el agresor en el juzgado, al tener que volver a contar o escuchar de boca de un juez todas las vejaciones sufridas, ante ningún signo de arrepentimiento del agresor, que incluso puede atreverse a desmentirlas, es un estresor importante para estas mujeres y a menudo un factor de recaídas. Otras veces no son los*

trámites en si, sino el desconocimiento de las víctimas del proceso judicial, como por ejemplo si va a tener o no que declarar delante del agresor en el juicio.