



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**TRABAJO DE FIN DE
GRADO**

**SUPUESTO Nº 2: VIOLENCIA
DOMÉSTICA Y VENTA DE COSA AJENA**

AUTOR:

TUTOR:

Sara Álvarez Fernández

Rafael Colina Garea

ÍNDICE

I. ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	p. 3
II. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	p. 4
III. CUESTIÓN PRIMERA: DE LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO Y LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.	
1. Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial. Determinar las acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a este.	
<i>A) Cuestiones generales.....</i>	<i>p. 5</i>
<i>B) La declaración de fallecimiento.....</i>	<i>p. 6</i>
<i>C) La disolución del matrimonio.....</i>	<i>p. 7</i>
<i>D) Acciones legales.....</i>	<i>p. 11</i>
<i>E) Conclusión.....</i>	<i>p. 12</i>
IV. CUESTIÓN SEGUNDA: DE LA TENTATIVA DE HOMICIDIO Y DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS.	
1. Características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo.	
<i>A) Cuestiones generales.....</i>	<i>p. 14</i>
<i>B) Análisis jurídico.....</i>	<i>p. 15</i>
<i>C) Conclusión.....</i>	<i>p. 19</i>
2. Validez de las escuchas telefónicas.	
<i>A) Cuestiones generales.....</i>	<i>p. 20</i>
<i>B) El hallazgo casual.....</i>	<i>p. 21</i>
<i>C) La prueba ilícita.....</i>	<i>p. 23</i>
<i>D) Conclusión.....</i>	<i>p. 25</i>
V. CUESTIÓN TERCERA: DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y DEL QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR.	
1. Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo de Marcial contra María y Elisa.	
<i>A) Cuestiones generales.....</i>	<i>p. 27</i>
<i>B) Análisis jurídico.....</i>	<i>p. 27</i>
<i>C) Conclusión.....</i>	<i>p. 36</i>

2. Consecuencias jurídicas de la vuelta a la convivencia de Marcial y María tras la primera denuncia de María.

A) *Cuestiones Generales*..... p. 38
B) *Quebrantamiento de medida cautelar*..... p. 39
C) *Conclusión*..... p. 42

VI. CUESTIÓN CUARTA: DE LA REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO Y DE LA ACCIÓN DE RECOBRO.

1. 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 Miriam. Especificar qué derechos ostenta cada uno sobre dichos inmuebles.

A) *Cuestiones Generales*..... p. 44
B) *Inmuebles*..... p. 45
C) *Cuenta bancaria*..... p. 47
D) *Conclusión*..... p. 48

VII. CONCLUSIONES GENERALES..... p. 49

VIII. BIBLIOGRAFÍA Y NORMATIVA CITADA.

1. **Bases de datos**..... p. 50
2. **Portales web**..... p. 50
3. **Bibliografía**..... p. 50

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS..... p. 52

X. ANEXOS.

1. **Anexo nº 1**..... p. 54
2. **anexo nº 2**..... p. 55
3. **Anexo nº 3**..... p. 57
4. **Anexo nº 4, 5, 6 y 7**..... p. 60

I. ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
FJ	Fundamento Jurídico
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
op. cit.	<i>Opus Citatum</i> (“obra citada”)
p.	Página
Párr.	Párrafo
Vid.	<i>Vide</i> (“véase”)

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el presente trabajo trataremos de dar solución a las distintas cuestiones que se nos plantean, con la mayor diligencia posible y profundizando para ello, en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico, pues trataremos de un lado lo que se refiere a la declaración de fallecimiento y la disolución del matrimonio, así como lo que se refiere a la apertura de la sucesión *mortis causa* a consecuencia de la citada declaración de fallecimiento y la acción de recobro de sus bienes a la que tiene derecho el declarado fallecido cuando reaparece; todo ello lo cual puede encuadrarse dentro del orden civil. Por otro lado, trataremos el asunto relativo a la diligencia de intervenciones telefónicas, con especial mención del hallazgo casual, así como el asunto relativo a la violencia de género, delitos contra la vida, y el quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento; todo ello dentro del orden penal. Procederemos así a examinar conjuntamente tanto la legislación aplicable en cada caso, como la doctrina y jurisprudencia correspondientes, para poder de este modo proponer la resolución que estimemos más adecuada al caso.

III. CUESTIÓN PRIMERA: DE LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO Y DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

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

A) Cuestiones generales

Procederemos en esta primera pregunta a abordar la cuestión relativa a la validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial, y consecuentemente, la validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Manolo. Así, sabemos que Manolo desaparece durante el viaje en barco que realizaba con su entonces esposa María, y que tiempo después del suceso, al no tener más noticias suyas, se le declara fallecido. Tras dicha declaración de fallecimiento, María decide volver a casarse con otro hombre: Marcial.

Es necesario por tanto aquí determinar si el matrimonio entre María y Manolo resulta disuelto de modo permanente como consecuencia de la declaración de fallecimiento del mismo, lo cual posibilitaría la celebración del posterior matrimonio entre María y Marcial; o por el contrario, el primer matrimonio seguiría siendo plenamente válido, a pesar de la citada declaración de fallecimiento, cuando Manolo reaparece. Consecuentemente, también es necesario abordar la cuestión relativa a la reaparición de Manolo, y si con ella el vínculo matrimonial entre ambos, como hemos dicho, recobraría su validez y por tanto Manolo, si quisiera ponerle fin al mismo, tendría que llevar a cabo ciertas acciones legales, o si simplemente el matrimonio seguiría estando disuelto a pesar de su regreso o reaparición.

Por lo tanto, una vez dicho esto, entendemos que el punto de partida es la declaración de fallecimiento de Manolo, dado de que es a consecuencia de la misma que se produce la celebración del segundo matrimonio, en este caso entre María y Marcial, pues sin ella, dicho enlace no sería posible.¹

Así, en relación a esto, debemos partir de la base de que lo que le ha sucedido a la persona desaparecida no puede ser una incógnita para siempre, dado que las relaciones jurídicas de las que es parte no pueden quedarse en suspenso de forma indefinida.²

Pero para poder entender lo que la declaración de fallecimiento supone, es necesario explicar previamente y de forma breve la institución de la ausencia en general. Así, dicha institución está formada por tres categorías o fases: la ausencia presunta o de hecho, la ausencia legal y la declaración de fallecimiento.

¹ Artículo 46.2º CC: “No pueden contraer matrimonio: (...) 2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial.”

² GUINEA FERNÁNDEZ, DAVID R. *La declaración de fallecimiento en el derecho español*. Madrid: La Ley, 2011; p-68.

En cuanto a la ausencia presunta o de hecho, es conocida como la fase de defensa de los bienes del desaparecido, y es aquella situación en la que el juez nombra a un defensor del desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave, y que puede adoptar las medidas que sean necesarias para la conservación del patrimonio del desaparecido (como establece el artículo 181 del Código Civil).

En segundo lugar, en lo referente a la ausencia legal, el artículo 183 del Código la define como la situación del desaparecido de su domicilio o de su última residencia una vez haya pasado un año desde las últimas noticias o falta de las mismas desde que desaparición siempre que no haya dejado apoderado para administrar sus bienes, o bien, pasados tres años si hubiese dejado tal apoderado.

En último lugar, y entrando ya en la materia que nos interesa, nos encontramos con la tercera y última fase, la declaración de fallecimiento, etapa en la que, según señala CORRAL TALCIANI³, “*la probabilidad de la muerte predomina sobre la probabilidad de la vida*”, por lo que se da finalmente a la persona por muerta, aunque realmente no podemos saberlo con plena certeza, es decir, no se excluye en ningún caso su reaparición, pero mientras esto no suceda, se considera que está muerta.

Es importante destacar que estamos ante tres fases distintas de la ausencia que no tienen que estar necesariamente enlazadas, lo cual supone que perfectamente puede decretarse la declaración de fallecimiento de una persona, sin necesidad de que de modo previo se haya declarado su ausencia legal.

B) La declaración de fallecimiento

Para comenzar, debemos tener presente que a la hora de aplicar el Código Civil, es necesario atender al que se hallaba vigente tanto en el momento en el que se declara fallecido a Manolo, como en el momento en que María y Marcial contraen nupcias, es decir, el vigente en 2007. Esto es importante dado que en el año 2015 tiene lugar una reforma que afecta precisamente a nuestro objeto de estudio: se modifica el artículo 194 CC.

Una vez dicho esto, y centrándonos en el presente caso que nos atañe, hay que comenzar diciendo que la declaración de fallecimiento se deriva aquí de la “inmersión en el mar” de Manolo durante su viaje en barco con María, por lo que es de aplicación el artículo 194.2º del Código Civil: “*Procede también la declaración de fallecimiento: (...) 2º. De los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquéllos. (...)*”⁴

Se aplica el citado precepto porque Manolo desaparece en el mar pero sin haberse producido ningún tipo de naufragio, y así, dadas las circunstancias de la desaparición, se puede presumir que, una vez transcurridos tres meses sin tener noticias suyas, esta persona ha muerto. Por tanto, siguiendo la línea establecida por GUINEA FERNÁNDEZ en “*La declaración de fallecimiento en el Derecho español*”, se entiende que el artículo 194.2º CC incluye dos supuestos de hecho diferentes: por un

³ CORRAL TALCIANI, H. F., *La declaración de fallecimiento*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

⁴ Como establece CARLOS LASARTE en su manual “*Parte General y Derecho de la persona*” (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2007), algunos autores denominan ausencia cualificada a esta clase de desaparición.

lado la desaparición de una persona a causa del naufragio de una nave, y por otro lado, la desaparición por inmersión en el mar de la persona.

Así, una vez hemos encuadrado el caso en el supuesto de hecho correspondiente, y suponiendo que se hayan cumplido todos los requisitos necesarios para declarar fallecido a Manolo (tanto el requisito temporal: que hayan transcurrido 3 meses desde su desaparición sin haber tenido noticias suyas, como todos los requisitos procesales correspondientes), procederemos a examinar los efectos que produce la declaración de fallecimiento, concretamente con relación al vínculo matrimonial que es lo que nos interesa.

En cuanto a estos efectos, podemos dividirlos en patrimoniales, personales y efectos en la esfera familiar. El principal efecto patrimonial es la apertura de la sucesión *mortis causa* a los bienes del desaparecido, procediéndose a la adjudicación de los bienes del causante una vez la declaración de fallecimiento sea firme, y que analizaremos con más detalle en la cuestión número cuatro. Por otro lado, en lo referente a los efectos de índole personal, son múltiples: efectos sobre la personalidad jurídica, sobre el estado civil o sobre los derechos de la personalidad (derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por ejemplo). Y por último, en cuanto a los efectos en la esfera familiar, nos encontramos con los efectos sobre el matrimonio, que procederemos a analizar en profundidad.

C) *La disolución del matrimonio*

Debemos comenzar aquí citando lo establecido en el artículo 85 del Código Civil: “*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.*”. Así, se entiende que el vínculo matrimonial entre Manolo y María quedaría disuelto al declararse fallecido a Manolo, de modo que María podría contraer segundas nupcias (como efectivamente hace con Marcial), al igual que Manolo si realmente se encontrase vivo o si reapareciese. Pero dicho segundo matrimonio, para ser válido, tendrá que ser celebrado una vez la declaración de fallecimiento sea firme, es decir, que si de modo previo a dicha declaración, se hubiese declarado la ausencia legal de Manolo, habría que esperar a la firmeza de la declaración de fallecimiento, pues mientras no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta ese momento en el que se le reputa fallecido (salvo investigaciones en contrario), como bien establece el artículo 195 CC.⁵

Pero es necesario matizar los efectos de dicha disolución en relación con el cónyuge desaparecido y declarado fallecido, pues como hemos dicho, podrá también contraer nuevas nupcias, pero en su caso, será necesaria la revocación de la declaración de fallecimiento, pues aunque el vínculo matrimonial anterior haya sido disuelto, no podemos olvidar que se considera que esa persona ha muerto, por lo que para poder casarse de forma válida, deberá volver a considerársele vivo. De este modo entramos aquí en una materia controvertida, pues aunque la doctrina mayoritaria sostiene que con la declaración de fallecimiento el vínculo matrimonial resulta disuelto a pesar de que el

⁵ Artículo 195 CC: “*Por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo investigaciones en contrario. Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los dos artículos precedentes, salvo prueba en contrario.*”

declarado fallecido pueda reaparecer y revocar dicha declaración, existe un sector minoritario que no opina de este modo; es decir, existe un sector doctrinal que defiende la persistencia del vínculo matrimonial y la consecuente revocación de la disolución del mismo al reaparecer la persona declarada fallecida (línea seguida por CORRAL TALCIANI). A pesar de tratarse de una línea doctrinal minoritaria, resulta interesante analizarla, pues aunque no va a ser la que tengamos en cuenta a la hora de determinar la validez de ambos matrimonios, posee algunos argumentos que gozan de cierta solidez y razonabilidad.

En lo referente por tanto a la primera de las teorías, se entiende que el hecho de que el declarado fallecido resulte estar realmente vivo, no implica que vuelva a existir el vínculo matrimonial, dado que aunque este revoque la declaración de fallecimiento, el matrimonio ya estaba disuelto, y de este modo, el matrimonio de María y Marcial tendrá plena validez. Es decir, defiende el efecto disolutorio permanente de la declaración de fallecimiento, de manera que, como ya hemos dicho, una vez la declaración goce de firmeza, y aunque el declarado fallecido reaparezca, el cónyuge presente podrá contraer nuevas nupcias sin que estas puedan declararse nulas, es decir, gozarán de plena validez y eficacia jurídica. De esto además se deduce, según establece GUINEA FERNÁNDEZ, que la disolución del matrimonio por la declaración de fallecimiento tiene eficacia *ex nunc*, es decir, que la disolución operará a partir del momento en que la declaración adquiera firmeza, sin poder retrotraerse a un momento anterior, dado que la retroacción generaría *“demasiados problemas de orden jurídico”*.

En resumen, esta teoría considera que la disolución del matrimonio en caso de declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, sería permanente, subsistiendo en el caso de reaparición de dicha persona; en cuanto a la fecha de disolución del matrimonio, debe coincidir con la fecha de adquisición de firmeza de la declaración, sin posibilidad de retrotraerse a la fecha que el auto de declaración de fallecimiento establezca como momento de la muerte de la persona. En referencia a esto, la STS de 11 de junio de 2013 (referida a la solicitud de la pensión de viudedad), en su fundamento jurídico segundo, apartado tercero, establece lo siguiente: *“En consecuencia, la doctrina jurídicamente correcta es, en términos generales, la contenida en la sentencia referencial, pues no es la fecha de la resolución judicial que declara el fallecimiento, el punto de partida para iniciar el cómputo de los tres meses de plazo para solicitar la prestación (como aplica la sentencia recurrida), pero tampoco el día en que dicha resolución se notifica al interesado (aunque en el caso enjuiciado en la sentencia referencial no se alteraba la solución final dada), sino cuando dicha resolución adquiere firmeza, pues es a partir de entonces cuando puede ejercitar su derecho presentando la correspondiente solicitud (art. 1969 Código Civil)”*.

Por otro lado, podemos mencionar también la STS 407/2010 de 18 de junio, la cual, en su fundamento jurídico cuarto, establece lo siguiente: *“el hecho de que la declaración de fallecimiento establezca la probabilidad de la muerte del desaparecido, sin excluir la posibilidad de que el mismo siga vivo, no impide que nuestro ordenamiento vincule a la misma importantes consecuencias jurídicas- en los órdenes familiar y patrimonial: artículos 85 y 196 del Código Civil-, que no hay razón, en defecto de pacto, para no extender también al ámbito del seguro.”*. De aquí deducimos que aunque siga existiendo la probabilidad de que la persona declarada fallecida siga viva, la declaración de fallecimiento tiene igualmente consecuencias jurídicas tales como la disolución del matrimonio o la apertura de la sucesión *mortis causa*.

Pero como hemos dicho, existe una segunda teoría sobre esta situación, que más que una teoría, constituye una crítica de la tesis mayoritaria a la que acabamos de hacer referencia, y que parte de la base de que el artículo 85 del Código Civil, en ningún momento habla sobre la persistencia de la disolución del vínculo matrimonial, únicamente establece el efecto que produce la declaración de fallecimiento con respecto al matrimonio, sin especificar qué sucede en el momento en que se revoca dicha declaración y queda sin efecto. Así, se sostiene aquí que si el artículo no expresa nada al respecto, deben aplicarse las reglas generales y por lo tanto, si se revoca la declaración, cesa su eficacia con carácter retroactivo, teniéndose por no efectuada la disolución del vínculo matrimonial. De esta manera, si el cónyuge presente hubiese contraído nuevas nupcias (como en el caso que nos incumbe), sería necesario declarar la nulidad de dicho segundo matrimonio, dado que como establece el artículo 46 del Código Civil, no podrán contraer matrimonio aquellos que estén ligados con vínculo matrimonial. En esta línea podemos citar la STS 897/2005 de 17 de Noviembre, que establece lo siguiente en su fundamento jurídico tercero: *“El motivo no puede estimarse porque la causa de nulidad matrimonial por existencia de un vínculo matrimonial no disuelto (artículo 73. 2º en relación con el 46.2º ambos del Código Civil) es de nulidad radical o por lo que, al no prever la Ley ningún efecto distinto, la acción para hacerla valer es imprescriptible, y por consiguiente no sanable por el transcurso del tiempo.”*

Lo que aquí se sostiene es que en el momento en el que se dirime la imposibilidad de probar que alguien está vivo o muerto, y se prueba por tanto, que está vivo, la declaración de fallecimiento debe ser revocada, y con ella todos sus efectos, incluyendo los efectos con carácter retroactivo. De este modo, si se entendiera que la disolución del matrimonio persiste aún cuando se prueba que la persona declarada fallecida está viva, según este sector doctrinal, *“necesariamente hay que entender que en este aspecto la declaración de fallecimiento es irrevocable”*⁶, lo cual resultaría totalmente incoherente, ya que no puede seguir considerándose a alguien muerto cuando está vivo, pues en ese caso, se le estaría privando de su personalidad⁷. Así, CORRAL TALCIANI considera que la declaración de fallecimiento no puede considerarse como una causa de disolución del matrimonio con carácter permanente (al contrario que la otra tesis). Además, de la propia redacción del artículo 85 CC (*“la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y el divorcio”*) deduce que la conjunción disyuntiva “o” supone que la declaración de fallecimiento o la muerte conforman una de las causas de disolución, y el divorcio otra, es decir entiende que la declaración de fallecimiento y la muerte son equivalentes jurídicamente hablando, según lo establecido en el citado precepto.

Por tanto, la disolución del matrimonio devenida de la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges no puede ser equiparable, según esta tesis, a la que resulta de una sentencia de divorcio, es decir, constituyen dos causas distintas de disolución del matrimonio (por un lado la muerte y la declaración de fallecimiento, y por otro lado el divorcio). Es necesario resaltar este aspecto porque a los ojos de este autor (CORRAL TALCIANI), aquellos otros que consideran que los efectos disolutorios del matrimonio son irrevocables en caso de reaparición del declarado fallecido, convierten la declaración de fallecimiento en un supuesto especial de divorcio, lo cual es inadmisibles, ya que como hemos dicho, son supuestos totalmente

⁶ CORRAL TALCIANI, HERNÁN F., *op. cit.*, p. 377.

⁷ El libre desarrollo de la personalidad se encuentra protegido en el artículo 10 de la Constitución Española.

diferentes, apareciendo la declaración de fallecimiento vinculada a la muerte, pero no al divorcio.

Así bien, según esta línea de pensamiento, en caso de que se considere que la disolución del matrimonio derivada de la declaración de fallecimiento es permanente en el sentido de que aunque reaparezca el declarado fallecido el matrimonio seguirá disuelto, habría una clara diferencia de trato con respecto al caso de que se inscriba la muerte de una persona por falta de cadáver cuando hay certeza moral de su defunción, en cuyo caso, si se probase que dicha persona está viva, el vínculo matrimonial volvería a tener eficacia jurídica revocándose la inscripción del fallecimiento, y se declararían nulos los matrimonios contraídos tras la inscripción de la defunción.

Por otro lado, esta tesis no considera justo que en caso de que no sea el propio cónyuge presente quien haya solicitado la declaración de fallecimiento del cónyuge desaparecido (pues puede solicitarla además el Ministerio Fiscal o cualquier parte interesada), cuando el matrimonio resulte disuelto y el supuesto fallecido reaparezca, ambos se vean obligados a volver a casarse, en caso de que así lo desearan.

En cuanto a los efectos que desencadenaría la elección de esta segunda tesis o criterio de valoración de la declaración de fallecimiento serán, como ya hemos dicho, la persistencia del vínculo matrimonial tanto para el declarado fallecido como para el cónyuge presente, y consecuentemente, la nulidad de los nuevos matrimonios que puedan haberse celebrado.

Explicadas ambas teorías, en relación a la disolución del matrimonio debemos añadir que una vez se disuelve el vínculo matrimonial, es necesario liquidar el régimen económico matrimonial, con especial interés en el caso de que el mismo sea de gananciales⁸, pues en caso del régimen de separación de bienes, no se plantearía ningún problema al respecto.

Por último, consideramos que merecen especial mención los efectos que produce la declaración de fallecimiento sobre la personalidad jurídica, ya que como hemos dicho previamente, una vez se declara fallecida a una persona, puede entenderse extinguida su personalidad jurídica. Así, si esa persona reaparece, para poder ejercer los distintos derechos que le corresponden de forma plenamente válida, será necesario revocar la declaración de fallecimiento. Pero este efecto extintivo de la personalidad jurídica no se encuentra expresamente atribuido por la ley a la declaración de fallecimiento, de ahí que no sea posible afirmarlo con plena rotundidad; a pesar de ello, podría parecer correcto entender que la declaración produce dicho efecto principalmente porque a través de la misma, se da por muerta a una persona desaparecida (lo cual constituye su razón de ser), de modo que si tenemos en cuenta lo establecido en el artículo 32 del Código Civil⁹, la personalidad civil quedaría extinguida por la “muerte” de esa persona. Sin embargo, dado que la declaración de fallecimiento no puede equipararse a la muerte en sentido estricto por no ser la primera definitiva (puede revocarse), quizás lo más acertado sería considerar que la declaración de fallecimiento no extingue la personalidad (según

⁸ Artículo 1392.1 CC: “La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho: 1.º Cuando se disuelva el matrimonio. (...)”

⁹ Artículo 32 CC: “La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas.”

sostiene GUINEA FERNÁNDEZ), pues “*el legislador no está legitimado para extinguir artificialmente la personalidad de nadie por medio de la actividad normativa*”.

Una vez dicho esto, nos centraremos en analizar las posibles acciones legales que Manolo podría llevar a cabo a la hora de poner fin a su matrimonio con María tras reaparecer cuando se le había declarado ya fallecido.

D) Acciones legales

Llegados a este punto, debemos advertir que la resolución de la presente cuestión dependerá del criterio que elijamos en lo referente a la disolución del matrimonio, es decir, según nos guíemos por una u otra tesis de las antes expuestas, el resultado será diferente. Por lo tanto, resulta crucial analizar ambas posibilidades para así poder escoger la que consideremos más adecuada.

Empezaremos por tanto explicando que, si tenemos en cuenta la tesis mayoritaria, cuando Manolo reaparezca, no será necesario llevar a cabo ningún tipo de acción legal por su parte dado que, el matrimonio se disolvió en el momento en el que se le declaró fallecido (cuando dicho auto de declaración de fallecimiento adquirió firmeza), y a pesar de que haya aparecido vivo, según esta tesis, el matrimonio sigue disuelto, y este es libre de poder contraer (al igual que María) nuevas nupcias con otra persona. Lo que queremos decir aquí, es que una vez disuelto el matrimonio, en nada influirá a estos efectos que Manolo reaparezca, pues como ya hemos dicho, aunque se revoque la declaración de fallecimiento, se entiende que la disolución del vínculo matrimonial tiene carácter permanente y subsiste a tal revocación.

Pero pasemos a analizar ahora el criterio seguido por la tesis contraria. Esta sostiene, como ya antes hemos explicado, que la disolución del matrimonio, una vez reaparece la persona declarada fallecida, y una vez se revoque dicha declaración de fallecimiento que pesa sobre ella, la disolución se tendrá por no efectuada, y consecuentemente el vínculo matrimonial seguirá siendo válido (resultando entonces nulos los matrimonios contraídos con posterioridad a la declaración de fallecimiento). Si tenemos en cuenta lo que esta tesis predica, en el momento en el que Manolo regresa vivo, se encontrará con la situación de que su vínculo matrimonial con María sigue siendo plenamente eficaz, y dado que es María quien verdaderamente lo empuja por la borda del barco, es más que razonable su decisión de poner fin a dicho vínculo.

Así, en ambos casos es necesario que Manolo solicite la revocación de la declaración de fallecimiento una vez reaparece, dado que en caso contrario no podría gozar de todos los derechos que le corresponden, pues seguiría presumiéndose su muerte. La razón de ser de esta revocación, es el cambio en lo que respecta a la situación material del desaparecido, pues se constata que está vivo y no muerto como se presumía, lo cual supone a su vez, la necesidad de modificar su situación legal. Mediante esta revocación por tanto, lo que se pretende es dejar sin efecto el auto de declaración de fallecimiento, estando legitimados para su solicitud, además del propio desaparecido, el Ministerio fiscal y cualquier interesado. En el caso de la segunda de las teorías, la cesación de los efectos de la declaración de fallecimiento pretendida, incluye además la cesación de los efectos con carácter retroactivo, razón por la cual se entiende que el matrimonio nunca ha sido disuelto y persiste el vínculo. Es decir, en resumidas cuentas lo que se trata es de sustituir el auto mediante el que se declara el fallecimiento de Manolo, por otro auto que deja sin efecto el anterior.

Ahora bien, volviendo nuevamente a la tesis minoritaria, lo que Manolo debería hacer para poder ponerle fin a su matrimonio con María una vez reaparece (considerando que el vínculo matrimonial persiste), sería solicitar el divorcio. Estaríamos aquí ante un divorcio unilateral y no consensual puesto que es Manolo quien desea disolver el vínculo matrimonial, y por lo tanto, según lo establecido en el artículo 86 del Código Civil¹⁰, sería de aplicación el artículo 81.2º CC, donde se establece lo siguiente: *“Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: (...) 2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.*

Es decir, en caso de que todavía no hubiesen transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no sería necesario esperar a dicho transcurso por existir riesgo contra la vida de Manolo, pues María intentó matarlo. Pero esto resultaría irrelevante aquí, dado que realmente han transcurrido mucho más que tres meses, por lo que Manolo podría solicitar el divorcio sin ningún tipo de impedimento.

E) Conclusión

En relación a la primera de las cuestiones que se nos plantean, es decir, la determinación de la validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial, resulta oportuno seguir el cauce de la doctrina mayoritaria, entendiendo pues, que con la declaración de fallecimiento se disuelve el matrimonio entre María y Manolo de forma permanente, y por tanto aunque Manolo haya vuelto, su matrimonio con María seguiría disuelto a todos los efectos. Esto supone que aunque Manolo esté vivo, el nuevo vínculo matrimonial existente entre María y Marcial, gozaría de plena validez y eficacia jurídica. De este modo, persiste el efecto extintivo de la declaración de fallecimiento sobre el matrimonio, disolviendo el legislador toda posible duda sobre ello al eliminar, con la reforma del año 1981, el párrafo tercero del artículo 195 CC¹¹, quedando pues supeditada esta cuestión a lo que el artículo 85 CC establece al respecto (incluido también con la citada reforma).

Por otro lado para que el segundo matrimonio de María con Marcial sea plenamente válido, entendemos que resulta esencial que la celebración del mismo haya sido posterior a la adquisición de firmeza del auto de declaración de fallecimiento, y no teniendo en cuenta la fecha en la que según dicho auto se presume que Manolo falleció. Así, vemos que María y Marcial contraen nupcias en 2009, una vez se le ha declarado fallecido de modo firme, cumpliéndose perfectamente con dicho requisito.

Además, es importante destacar aquí que no puede equipararse el supuesto de la reaparición de una persona declarada fallecida, a la situación de reaparición de una persona cuya defunción había sido inscrita de forma errónea, pues está claro que en este

¹⁰ Artículo 86 CC: *“Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.”*

¹¹ Artículo 195. párr. 3º CC (antes de la reforma de 1981): *“La declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio.”*

último caso, el vínculo matrimonial debería persistir, ya que se trata de un error en la constatación de la muerte o de una falsedad, lo cual nada tiene que ver con la declaración de fallecimiento por desaparición de una persona.

Descartamos por tanto la teoría apoyada por CORRAL TALCIANI por entender que no sería justo ni coherente declarar la nulidad del matrimonio entre María y Marcial por la reaparición de Manolo, ni tampoco sería justo para Manolo, pues seguiría unido a María después de que esta lo hubiese intentado asesinar, y además, tras estar desaparecido un largo tiempo en el que de forma lógica se presume su muerte, lo más razonable es entender que entre ambos ya no exista ninguna vinculación matrimonial. Además, si analizamos el artículo 85 CC, queda claro que la voluntad del legislador es la de disolver el matrimonio con carácter permanente en caso de declaración de fallecimiento, pues si hubiese querido que el matrimonio persistiera en caso de que el cónyuge declarado fallecido estuviera realmente vivo y reapareciera, hubiese dejado constancia de ello; al no haberlo hecho, lo más razonable resulta entender que la intención del legislador a través de este precepto, era la de poder disolver el matrimonio en estos supuestos, para que así el cónyuge presente pudiese seguir con su vida si así lo desease y contraer nuevas nupcias si fuese su intención, pues no se espera que el cónyuge desaparecido vaya a volver, si no que se le reputa muerto.

Por otro lado, en cuanto a la segunda cuestión, relativa a la determinación de las acciones legales que Manolo debe llevar a cabo para poner fin a su matrimonio con María, y apoyando nuevamente la tesis mayoritaria, al entender que el matrimonio entre ambos se encuentra disuelto desde el momento en que adquiere firmeza el auto por el cual se declara el fallecimiento de Manolo, no es necesario que este emprenda ningún tipo de acción legal, puesto que el matrimonio al que pretende poner fin, ya no existe como tal, se encuentra disuelto a todos los efectos, y por lo tanto, sería libre, si así lo desease, de contraer segundas nupcias con otra persona.

Es decir, el modo correcto de proceder sería el siguiente: una vez adquiere firmeza el auto por el que se declara a Manolo fallecido, María podría casarse válidamente con Marcial; así, cuando Manolo reaparece, deberá revocar esa declaración de fallecimiento para recuperar sus derechos como persona viva, pero sin que dicha revocación suponga la recuperación del vínculo matrimonial previo con María, por lo que no tendría que solicitar el divorcio en ningún caso, ya que el matrimonio permanece disuelto.

Por lo tanto, en resumidas cuentas, cabe concluir diciendo que el proceder de María y Marcial al casarse es el correcto y su matrimonio goza de plena validez y eficacia jurídica; y en cuanto al matrimonio entre María y Manolo, queda disuelto de modo permanente una vez se le declara fallecido, por lo que no es necesario que Manolo emprenda ningún tipo de acción legal para terminar con éste.

IV. CUESTIÓN SEGUNDA: DE LA TENTATIVA DE HOMICIDIO Y DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS.

1. Características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo.

A) Cuestiones generales

Vamos a centrarnos ahora en el análisis del delito que comete María al tirar por la borda del barco a su entonces marido Manolo mientras ambos se encontraban de viaje.

Debemos comenzar diciendo que nos encontramos aquí ante un delito contra la vida de las personas (vida humana independiente), la cual se protege constitucionalmente mediante el artículo 15 CE¹², y que constituye según el Tribunal Constitucional “*el soporte ontológico del resto de los derechos fundamentales de la persona*”. Se trata de un delito contra la vida porque María “ante una inmensa sensación de ira y obcecación, golpea fuertemente a Manolo en la cabeza y lo tira por la borda del barco”; es decir, tira a su marido por la borda del barco y posteriormente al mismo se le declara fallecido (puesto que no aparece), sin embargo como también sabemos, posteriormente aparece vivo, por lo que en todo caso, creemos que es esencial dejar claro que el homicidio o asesinato (más adelante analizaremos ambas opciones) no se consuma, pues Manolo está vivo y por lo tanto en todo caso, tendrá que calificarse como una tentativa de homicidio o asesinato.

En lo referente por tanto a los delitos contra la vida humana independiente (sería dependiente en el caso del aborto, pues se tutela la vida del *nasciturus*), se encargan de tutelar la vida desde el nacimiento hasta la muerte. Así, en lo relativo a la determinación del momento en que comienza la vida humana independiente, es muy discutido, entendiéndose que lo más coherente sería considerar que esta comienza cuando la expulsión del bebé llega a tal punto que se puede matar al mismo directamente sin necesidad de intervenir en el cuerpo de la madre, o cuando exista respiración pulmonar autónoma (en la línea de la jurisprudencia dominante, o de autores como VIVES), a pesar de que la jurisprudencia considera en ocasiones como momento decisivo el inicio del parto (desde que comienzan los dolores)¹³. En cuanto a la muerte, el momento decisivo es cuando se produce el cese irreversible de las funciones encefálicas, es decir, cesación total de la actividad cerebral, puesto que en relación a las actividades circulatoria y respiratoria, pueden suplirse artificialmente a través de máquinas, como sucede en el caso de un trasplante de corazón, en el que se necesita mantener al donante vivo para mantener a su vez vivo el órgano.

¹² Artículo 15 CE: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*”

¹³ STS 726/1998 del 22 de Enero, FJ 1º: “*El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado. Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.*”

Por lo tanto, lo principal será determinar, en función de las circunstancias específicas del supuesto, si nos encontramos ante un homicidio o ante un asesinato, y además, determinar si el delito es cometido de forma dolosa o en cambio, se trata de un delito imprudente (solo en caso del homicidio).

Paso a paso iremos analizando el bien jurídico protegido, el sujeto pasivo y el objeto material (que pueden coincidir), el sujeto activo, la conducta delictiva o conducta típica, el aspecto subjetivo, el *iter criminis*, y la autoría y participación referentes a este supuesto que nos concierne.

B) Análisis jurídico

A la hora aplicar el Código Penal, y dada la reciente reforma del mismo, debemos tener en cuenta el código vigente en el momento en que tuvieron lugar los hechos, es decir, en este caso, en 2007. Sabemos que esto es así dada la prohibición total de la retroactividad de aquellas leyes que crean o agravan la responsabilidad penal, prohibición derivada del principio de legalidad; sin embargo, se admite esta retroactividad siempre que esas nuevas normas penales sean más favorables al reo. El artículo 2 del Código Penal es el que recoge esta norma¹⁴, y establece además, que en caso de duda a la hora de determinar cuál es la Ley más favorable para el reo, este será oído. Por tanto, una vez dicho esto, entendemos que la Ley más favorable en este caso es la vigente en el momento de comisión de los hechos, la de 2007.

Como bien hemos dicho, partimos de la base de que el bien jurídico protegido en este caso es la vida humana independiente, ya se trate de un homicidio o de un asesinato, pues en ambos casos el bien jurídico es el mismo. Así, en estos delitos contra la vida, en lo que se refiere al sujeto pasivo y al objeto material, ambos coinciden, pues el titular del bien jurídico protegido y el cuerpo sobre el cual recae la acción (el cuerpo humano) son el mismo, en este caso, Manolo.

En cuanto al sujeto activo, al tratarse de un delito común (tanto se considere homicidio como asesinato), podrá ser cualquier persona. En este caso María ocupa la figura de sujeto activo, siendo la autora de los hechos ya que realiza la acción típica por sí sola, y como se establece en el artículo 28 del Código Penal: “*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. (...)*”. Así, en virtud del artículo 62 CP¹⁵, la pena que se le impondrá a María, al tratarse de una tentativa, será la señalada por la Ley para el delito consumado, pero inferior en uno o dos grados (vid. Artículo 61 CP)¹⁶.

¹⁴ Artículo 2 CP: “1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad. 2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.”

¹⁵ Artículo 62 CP: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.”

¹⁶ Artículo 61 CP: “Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada.”

Entrando ya en el análisis de la conducta típica llevada a cabo por María, podemos contemplar distintas hipótesis. Así, por un lado, podríamos entender que se trata de un asesinato por concurrir alevosía (artículo 139. 1º CP), siempre y cuando entendiésemos también que María, a la hora de ejecutar el delito, emplea medios, modos o formas objetivamente adecuados para asegurar dicha ejecución, eliminando de esta forma, cualquier posibilidad de defensa por parte de Manolo¹⁷. Así, en el fundamento jurídico segundo de la STS 105/2007 de 14 de febrero, se establecen los requisitos necesarios para que sea posible la apreciación de la alevosía, siendo estos: que se trate de un delito contra las personas; que como acabamos de decir, el autor a la hora de ejecutar el delito utilice “*medios, modos o formas*” que sean adecuados objetivamente para asegurar dicha ejecución, eliminando las posibilidades de defensa de la víctima, y “*sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad*”; que el dolo con el que el autor ejecuta el hecho, no afecte solo a los medios, modos o formas utilizados, sino también a “*su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido*”, de manera que de forma consciente, elimine todo riesgo existente hacia su persona, que pudiera ser ocasionado por la defensa de la víctima; que dado el *modus operandi* empleado en la conducta delictiva, “*se aprecie una mayor antijuridicidad*” en la misma.

Por tanto, lo esencial es que se persiga el aseguramiento de la ejecución del delito eliminando las posibilidades de defensa de la víctima, y eliminado a su vez, los posibles riesgos para el autor derivados de dicha defensa. Además, es necesario que el autor sepa perfectamente que esos medios, modos o formas empleados, van a producir la imposibilidad de defensa de la víctima.

Por otro lado debemos señalar también con respecto a la alevosía, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue entre tres tipos distintos de alevosía: por un lado la llamada alevosía proditoria, que supone un ataque a traición (caracterizada por el apostamiento, la trampa o la emboscada); por otro lado, la alevosía súbita o inopinada, la cual consiste en un ataque imprevisto, fulgurante y repentino, es decir, totalmente sorpresivo¹⁸; y por último, la alevosía relativa al aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento (niños de corta edad, enfermos graves, ancianos, etc).

En el presente caso, podría decirse que existiría alevosía en el caso de que María, en el momento en el que golpea fuertemente en la cabeza a Manolo, lo dejase inconsciente, y entonces ella conociendo dicha situación y sabiendo que una vez inconsciente no se va a poder defender, lo tira por la borda del barco asegurando así la ejecución del delito, pues al encontrarse en estado de inconsciencia, consecuentemente se ahogará. Lo realmente importante aquí sería la intencionalidad, es decir, que la conducta llevada a cabo por María, persiguiera asegurar la muerte de Manolo en todo

¹⁷ Artículo 22.1º.párr.2º CP: “(...)Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.”

¹⁸ STS 382/2001 de 13 de Marzo, FJ 6º, párr. 4º: “La doctrina jurisprudencial considera el ataque súbito e inesperado como una de las modalidades de la alevosía.”. Nos encontramos ante una situación en la que la víctima “*está plenamente confiada*”, cuando los agresores salen un vehículo “*inopinadamente*” y se abalanzan sobre ella en grupo.

caso, sin que este pudiese defenderse, por lo que en el momento que le da el golpe en la cabeza, su intención ya debe ser la de dejarlo inconsciente para poder tirarlo al mar y que muera ahogado. La alevosía constituye un elemento que el autor del delito introduce o bien una situación de la cual se aprovecha para asegurar la perpetración del mismo.

Pero, la alevosía además está marcada por un fuerte componente subjetivo, caracterizado por la “frialidad de ánimo”, entendida como la comisión de un delito con “traición y vileza”¹⁹. No puede apreciarse esa frialdad en este supuesto, dado que María actúa movida por la ira y rabia derivada de la confesión que hace su marido de su intención de dejarla por otra persona. Además estamos planteando la hipótesis de que Manuel quedase inconsciente con el golpe, pero no podemos olvidarnos de que no es más que eso, una mera hipótesis.

Por otro lado, podríamos decir que se trata de un mero homicidio previsto en el artículo 138 del Código Penal²⁰, constituyendo este un tipo de prohibición de resultado material, del resultado de muerte en este caso, y sin que la ley determine ningún tipo de medios de acción para la comisión del delito (al contrario que en el asesinato). Esto quiere decir, que puede utilizarse cualquier medio, modo o forma a la hora de cometer el delito, incluida la omisión, pero siempre y cuando no se empleen los medios específicos previstos en el artículo 139 CP relativo al asesinato (pues en ese caso, se trataría de un asesinato).

Así, haciendo referencia al aspecto subjetivo, resulta esencial valorar la apreciación o no apreciación de dolo, pues si considerásemos que el mismo no existe, entonces nos encontraríamos ante un homicidio imprudente (en términos teóricos, puesto que sabemos que no se llega a producir el resultado de muerte) regulado en el artículo 142 CP²¹, con todo lo que ello supone, es decir, con la importante reducción de la pena que esta consideración implica con respecto al homicidio doloso; pero siempre y cuando se entienda que la imprudencia es grave y lo leve, en cuyo caso se aplicaría el artículo 621.2º CP que regula la falta de homicidio por imprudencia leve. Podría encuadrarse el caso en este supuesto si entendiésemos que Manolo se cae al mar por el propio golpe que María le propina, es decir, el golpe es tan fuerte, que por la inercia del mismo, este se cae. Es decir, María obviaría los más elementales deberes de cuidado al golpear a Manolo, ya que siendo consciente de que se encuentra en un barco, cerca del borde del mismo, y que al golpear a Manolo, este se puede precipitar al mar, es previsible que esto suceda, por lo que la imprudencia sería grave.

Otro supuesto a tener en cuenta sería el homicidio preterintencional, es decir, aquel supuesto en el que la intención es lesionar a la persona pero no matarla, es decir, no hay dolo de matar, solo de lesionar. Esto podría encajar aquí si entendiéramos que María en ningún caso quiso matarlo, solamente lesionarlo dándole ese golpe en la cabeza, y como hemos dicho en la hipótesis anterior, de la propia inercia del golpe, Manolo cae por la borda, sin que en ningún caso esta fuese la intención de María.

Una vez hemos expuesto las diferentes hipótesis al respecto, debemos decantarnos por una de ellas. Así, en este caso entendemos que lo más acertado sería

¹⁹ VIVES ANTÓN, BERENGUER, CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC, MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010; p. 79.

²⁰ Artículo 138 CP: “El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.”

²¹ Artículo 142.1º CP: “1. El que por imprudencia grave causare la muerte a otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.”

considerar que María comete un homicidio doloso del artículo 138 CP en grado de tentativa. Nos inclinamos a considerar dolosa la conducta porque del tenor literal del caso deducimos que Manolo no se cae como consecuencia del golpe que María le propina en la cabeza, si no que primero le da el golpe y después lo empuja tirándolo así por la borda; aunque en lugar de considerar que concurre dolo directo, consideramos que el dolo es eventual, ya que probablemente no lo tira al mar con la intención directa de matarlo, pero sabe que esto puede ocurrir, puesto que es muy fácil que se ahogue o que muera incluso en la propia caída, y sin embargo María acepta ese posible resultado tirándolo igualmente por la borda. Así, descartaríamos el homicidio imprudente y el homicidio preterintencional. Por otro lado, descartamos también el asesinato puesto que consideramos que, además de que en ningún momento se hace alusión a que el golpe deje a Manolo inconsciente, no vemos la existencia de alevosía, ya que María actúa guiada por la ira y obcecación.

No se cumplen aquí los requisitos necesarios pues para poder apreciar la alevosía, ya que a Manolo no se le privó de toda posibilidad de defenderse, pues María le golpea en la cabeza y luego lo tira por la borda pero ello no implica que antes de tirarlo o empujarlo este no pudiera hacer nada al respecto. Además entendemos que, en caso de que Manolo se quedase inconsciente por el golpe en la cabeza que recibe, dicho golpe no fue realizado por María con la intención de que este se quedase inconsciente y así poder tirarlo al mar para que muriese ahogado, sino que, como consecuencia de la ira que le despierta saber que su marido va a dejarla por otra persona, le pega sin pensar en nada más, siguiendo sus impulsos, y acto seguido lo tira al mar, posiblemente de un empujón, aunque no podemos saberlo a ciencia cierta. No creemos que María evitase toda defensa por parte de Manolo, ni el posible riesgo hacia su persona, porque en el momento de tirar a Manolo al mar, este pudo perfectamente arrastrarla con él; si realmente hubiese querido evitar todo riesgo para sí misma y asegurar la muerte de Manolo, podría haber empleado otros medios como atarlo con una cuerda, o bien empujarlo por detrás sin que pudiese esperárselo, o también, como hemos contemplado, golpeándole con un objeto contundente de modo que quedase en estado de inconsciencia y entonces tirarlo al mar.

Podríamos contemplar la posibilidad de aplicar algún tipo de circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal; en este caso la única que podría encajar aquí sería la que establece el artículo 21.3º CP : *“Son circunstancias atenuantes: (...) 3.ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.”*. Pero no podemos afirmar con seguridad que el hecho de que Manolo decida romper su matrimonio con María por haber conocido a otra persona, sea un estímulo de entidad suficiente como para que pueda provocar en María un arrebato tal que le haga querer matar a su marido.

Así, la STS 86/2006 de 12 de febrero, en su fundamento jurídico tercero, establece que no considera el desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal un estímulo poderoso como del que nos habla el artículo 21.3º CP, es decir *“no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebatos u obcecación”*. Establece además que *“los celos no constituyen justificación del arrebato u obcecación”*, y en la misma línea también la STS 904/2007 del 8 de noviembre en su fundamento jurídico segundo establece lo siguiente: *“Pero, si, cualitativamente, la reacción fuera totalmente desproporcionada o faltasen los requerimientos que conciernen al estímulo o a la reacción, el arrebato o la obcecación habrían de verse privados de cualquier efecto atenuante.”*. Pues bien, puede entenderse que aquí la reacción es desproporcionada,

porque el hecho de tirarlo por la borda evidencia el dolo de matar, ya que sabe que puede morir ahogado, o incluso morir a consecuencia de la caída, y por tanto, no parece esta conducta una reacción proporcional al estímulo que supuestamente la provoca.

De este modo, entendemos que no puede aplicarse esta circunstancia atenuante con base a las citadas sentencias y a que el estímulo no se considera lo suficientemente poderoso como para generar esa reacción en María.

Un aspecto esencial a tener en cuenta en el presente caso, como ya hemos dicho al comienzo de la pregunta, es que no llega a cometerse el homicidio, puesto que Manolo reaparece posteriormente con vida, de modo que solo cabría apreciar la tentativa, nunca el homicidio doloso consumado. Al tratarse de una tentativa, cabría analizar si se han producido lesiones o no. Si las hay, una vez se determine, en función de la entidad de las mismas, que se trata de un delito, o en su caso, de una falta de lesiones²², habría que valorar si el dolo de matar abarca también el de lesionar, en cuyo caso se aprecia un concurso ideal entre ambos delitos, o el delito y la falta; o si el dolo de matar no abarca el de lesionar, y entonces, siempre que entre las lesiones y la acción de matar no haya discontinuidad espacial ni temporal, las lesiones quedarían absorbidas por la tentativa de homicidio.

Pero en este caso, no se nos dice nada al respecto sobre las lesiones, por lo que únicamente apreciaremos la tentativa de homicidio doloso.

C) Conclusión

Por lo tanto, como ya hemos dicho, nos encontraríamos ante una tentativa de homicidio doloso, llevada a cabo por parte de María hacia su marido Manolo. Así, apreciamos dolo eventual y no directo por entender que María actúa guiada por la rabia y tira al mar a su marido tras golpearle en la cabeza, sabiendo que puede morir, pero aceptando ese resultado de muerte, sin que, probablemente, fuera lo que ella buscaba directamente.

Descartamos el asesinato como hemos dicho, porque la única causa posible para poder considerar su existencia podría ser la alevosía y aún así no apreciamos su concurrencia, pues como hemos dicho ya, María no introduce ni se aprovecha de ningún medio, modo o forma para asegurar la ejecución del delito y eliminar toda posibilidad de defensa por parte de Manolo y todo riesgo hacia su persona. Entendemos que Manolo pudo defenderse y que María estaba expuesta al riesgo de una posible reacción por parte del mismo, como podría ser que la arrastrara en su caída, o que la golpease al igual que había hecho ella previamente.

Por otro lado, volvemos a recalcar que se trata en todo caso de una tentativa, puesto que aunque María cree que Manolo ha muerto (que ella lo ha matado), e incluso se le declara fallecido al no tener noticias suyas durante un plazo de tres meses, posteriormente aparece vivo. Por esto, el delito nunca podrá considerarse consumado y la pena aplicable se reducirá en uno o dos grados a la correspondiente en caso de que el delito se hubiera consumado.

²² Para que las lesiones sean constitutivas de delito, como bien establece el artículo 147.1 °CP, el resultado típico debe consistir en la producción de un menoscabo a la integridad corporal o salud física o mental, siempre y cuando esa lesión “*requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.*”

También hay que tener en cuenta que la autoría del delito corresponde a María en exclusiva, por lo que se le aplicará la pena prevista en el tipo sin ningún tipo de atenuación en este sentido.

Como hemos dicho antes, no consideramos apropiado apreciar la atenuante genérica del artículo 21.3º CP, ya que la reacción de María ante la confesión de Manolo de su intención de romper el matrimonio, parece desproporcionada; es decir, no nos parece estímulo suficiente el que Manolo quiera romper su matrimonio por haber conocido a otra persona, como para que María responda intentando matarlo, por lo que no cabría apreciar esta atenuante por arrebató.

En último lugar, a la hora de determinar la pena aplicable a María, la pena de prisión de diez a quince años prevista en el artículo 138 CP, debe reducirse en uno o dos grados dada la falta de consumación y consecuente calificación como tentativa de homicidio doloso. Así, en caso de aplicarse la pena inferior en un grado, la pena concreta sería de 5 a 10 años menos un día de prisión; y en caso de aplicarse la pena inferior en dos grados: de 2 años y 6 meses a 5 años menos un día de prisión.

2. Validez de las escuchas telefónicas.

A) Cuestiones generales

El artículo 18.3º de nuestra Constitución garantiza el secreto de las comunicaciones, englobándose aquí tanto el contenido de la comunicación, como la identidad subjetiva de los interlocutores, y siendo titulares del derecho cualquier persona física o jurídica, nacional o extranjera. La protección de este tipo de comunicaciones supone que no se puede interferir la comunicación de cualquier persona, salvo que exista una resolución judicial habilitante y se haga con las garantías previstas. Por tanto, existe una excepción establecida por el propio precepto, en virtud de la cual puede decretarse la intervención de las comunicaciones sin vulnerarse el derecho fundamental establecido, y esto sucede cuando media resolución judicial para la intervención; de modo que podrá acordarse la intervención telefónica durante la instrucción de una causa, en aras de investigar y esclarecer uno o varios delitos determinados, siempre y cuando exista resolución judicial autorizante y esta se adecue a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad (artículo 588 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de 2015).

Es importante destacar a su vez, que la mayor incidencia del derecho al secreto de las comunicaciones la encontramos en el caso de las comunicaciones de carácter telefónico, dado que existen distintos grados de vulneración del derecho; así, se considera vulnerado el derecho no solo cuando se escucha el contenido de las comunicaciones, sino también cuando se conoce con quién se comunica esa persona o la duración de las llamadas, considerándose menor por tanto la injerencia en el derecho cuando no se tiene acceso al propio contenido de las comunicaciones.

B) El hallazgo casual

En este concreto supuesto que nos atañe, como consecuencia de la investigación de un delito de tráfico de drogas cuyo presunto autor es Marcial, el nuevo marido de María, se decretan las intervenciones telefónicas²³ con la finalidad de esclarecer los hechos. Mediante estas intervenciones, se escucha como María confiesa a una amiga haber empujado a Manolo, su primer marido y declarado fallecido, por la borda del barco en el que se hallaban de viaje. Nos encontramos aquí por tanto ante el fenómeno denominado por la doctrina (y posteriormente desarrollado por la jurisprudencia) como “hallazgo casual” o “descubrimiento ocasional”, el cual hace referencia a “la aparición de evidencias probatorias no buscadas y relativas a la comisión de ilícitos penales ajenos a aquellos que fundamentaron la práctica de la diligencia de prueba en la que son advertidas, o bien cometidos por persona o personas distintas a las investigadas”²⁴. Nos encontramos aquí por tanto ante un asunto controvertido, muy discutido por la doctrina dada la carencia de regulación legal al respecto, lo cual deriva en una falta de uniformidad por parte del citado sector doctrinal.

Ahora bien, para que dichos hallazgos sean válidos, el Tribunal Supremo, en su sentencia 539/2011 de 26 de mayo de 2011 establece una serie de requisitos básicos: el hallazgo ha de ser casual, tiene que haber flagrancia delictiva y debe producirse de buena fe (FJ.1º). Así, en lo que se refiere al principio de buena fe (artículo 11.1 LOPJ), se considera que la prueba encontrada casualmente durante la investigación de otro delito distinto es válida puesto que, como hemos dicho, su hallazgo es casual, y la previa medida restrictiva de derechos (en este caso, el derecho de secreto de las comunicaciones) se ajusta a la ley, pues en caso contrario el hallazgo casual sería nulo también (teoría anglosajona de “Los frutos del Árbol Envenenado”)²⁵; y en segundo lugar, en lo que se refiere a la flagrancia delictiva, aunque el hallazgo no fuese de esperar, resulta tan evidente que es necesario tomar medidas al respecto.

Y en tercer lugar, debe añadirse un tercer requisito, que supone que el hallazgo debe encontrarse durante el curso de una previa medida jurisdiccional restrictiva de derechos fundamentales como ya hemos dicho previamente. Además, en lo referente a esta medida restrictiva de derechos, es necesario que tenga naturaleza jurisdiccional (es decir, que haya sido adoptada por un juez competente), y que sea proporcional, especial (en el sentido de que es necesario establecer el delito o delitos y la persona o personas que van a ser investigadas a través de dicha medida), excepcional e idónea.

Por otro lado, la sentencia 25/2008 de 29 de enero del Tribunal Supremo (FJ.6º), hace una distinción entre dos supuestos; un primer supuesto en el que los hechos descubiertos casualmente guardan conexidad con los que son objeto de investigación, en cuyo caso, según se establece, “los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto posteriormente de prueba”; en este caso, debe comunicarse al Juez el hallazgo para que amplíe el auto habilitante de la medida. Por otro lado, distingue de este primer caso, un segundo consistente en aquellos supuestos en que los descubrimientos ocasionales no guardan esa citada conexión con los que son objeto de la medida

²³ Anexos 1 y 2.

²⁴ GARCÍA SAN MARTÍN, J., *El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal*. La Ley Penal, nº 109, Sección Derecho Procesal Penal, Julio- Agosto 2014; Editorial LA LEY, p. 1.

²⁵ RIVERO ORTIZ, R., *Hallazgos casuales en los delitos y faltas. Nuevos pronunciamientos jurisprudenciales*. Diario La Ley, Nº 7864, Sección Tribuna, 26 de Abril de 2012; Editorial LA LEY, p. 3

restrictiva de derechos, pero “*aparentan un gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción*”; y es en este supuesto en el que se cuestiona realmente la validez del hallazgo casual.

Será este segundo supuesto el que nos interesará tener en cuenta en el caso que nos corresponde analizar, dado que el hecho descubierto de forma casual, es decir, que María tiró a su entonces marido Manolo por la borda del barco, no guarda ningún tipo de relación ni conexidad con el delito objeto de investigación por el cual se decreta la intervención telefónica (delito de tráfico de drogas por parte de Marcial). Por tanto, una vez hemos hecho esta distinción y teniendo en cuenta que nos encontramos ante un supuesto en el que no existe conexión alguna entre el hallazgo casual y el delito investigado, analizaremos la forma de proceder en este caso. Así, el descubrimiento debe ponerse inmediatamente en conocimiento del Juez, siendo este el que debe decidir entre darle el valor de *notitia criminis*, careciendo entonces de efectos probatorios, o darle tales efectos de manera que se entiende, según apunta DE NEYRA KAPPLER²⁶, que la afectación del derecho queda salvada por la autorización judicial previa. Resulta indispensable informar con urgencia al Juez, dado que en caso contrario, como se establece en la STS de 18 de junio de 1993, la autorización “*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 este caso, lo más adecuado sería, siguiendo la línea de LÓPEZ-FRAGOSO²⁷, considerarlo como mera *notitia criminis*, dando así lugar al inicio de un nuevo proceso para investigar el citado hallazgo, debiendo otorgarse una nueva autorización judicial específica para el caso (si el Juez así lo decidiera), dado que existe una novación del tipo penal que está siendo investigado, y en caso de que no se iniciase un nuevo proceso ni se concediese una nueva autorización judicial, quedaría vulnerado el principio de especialidad²⁸. Es esencial tener en cuenta que en ningún caso puede renunciarse a investigar la *notitia criminis*, pues según se establece en el artículo 308 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto el juez de instrucción o de Paz tiene noticia de la perpetración de un delito, el Secretario Judicial debe ponerlo en conocimiento del Fiscal y a su vez, poner en conocimiento del Presidente de la Audiencia la formación del sumario.

Cambiando de tercio, y como hemos dicho con anterioridad, es necesario ponderar la proporcionalidad de la medida restrictiva de derechos (en este caso, el derecho al secreto de las comunicaciones), debiendo constituir el hecho investigado, un delito grave para que la medida resulte justificada. Por otro lado, los indicios de la comisión de tal delito deben ser objetivos, accesibles, contrastables y suficientes para que pueda acordarse, en este caso, la intervención telefónica.²⁹ Según dice DE NEYRA KAPPLER³⁰, la proporcionalidad se entiende “*como la prohibición del exceso (...)*”.

²⁶ DE NEYRA KAPPLER, S., *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)*, Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje nº 2, p. 4.

²⁷ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990; p. 92.

²⁸ MAGRO SERVET, V., *Manual práctico de actuación policial- judicial en medidas de limitación de derechos fundamentales*. Madrid: La ley, 2006; p. 74.

²⁹ STS 901/2009 de 22 de Enero, Rec. 1034/2008, FJ. 2º, en la cual existían indicios relevantes de que se estaba cometiendo o se iba a cometer un delito de tráfico de drogas (delito grave), obtenidos estos como hallazgo casual durante la investigación de un delito distinto (robo con intimidación y detención ilegal).

³⁰ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *op. cit.*, p. 8.

Supone graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos gravosos social e individualmente considerados (...).”

Por último, en lo que se refiere a la titularidad del teléfono intervenido, la persona investigada no tiene que ser necesariamente titular de dicho teléfono, es decir, puede ser intervenido el teléfono del que la persona investigada es titular, o bien aquel del cual no es titular, que puede corresponder a familiares o allegados, pero que utiliza habitualmente el investigado, como podría ocurrir en el caso que nos compete, dado que el teléfono es utilizado también como podemos ver, por María.³¹

C) La prueba ilícita

Resulta esencial analizar con mayor profundidad el supuesto de la prueba ilícita dada su gran relevancia y especial relación con el caso que nos incumbe. Así, procederemos a explicar a grandes rasgos en qué consiste la misma.

Volvamos pues ahora a la teoría anglosajona de “Los frutos del Árbol Envenenado” (“*Fruit of the poisonous tree*”) a la que previamente ya hemos hecho referencia. Pues bien, de ella se deriva la denominada Regla de Exclusión (“*The Exclusionary Rule*”), la cual a su vez, se recoge en la STC 114/1984 de 29 de noviembre. Dicha sentencia, en su fundamento jurídico segundo establece lo siguiente: “*En suma, puede traerse a colación la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la evidence wrongfully obtained y de la exclusionary rule, en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Así, en United States v. Janis (1976), la Corte declaró que «... la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada...».*”

Podemos observar claramente como se da acogida mediante esta sentencia a esa regla de exclusión, que supone que la prueba obtenida violando la Constitución estadounidense, deberá ser rechazada por el juez. Así, posteriormente dicha regla es incorporada a nuestro ordenamiento por medio del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual establece que las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos y libertades fundamentales, no pueden surtir efecto alguno. Este artículo constituye la primera norma de nuestro ordenamiento jurídico sobre la prueba ilícita, lo cual posibilita una reducción de la incidencia del juez a la hora de decidir sobre la licitud o ilicitud de los medios de prueba, pues este artículo sirve de orientación a estos efectos.

Así, si la medida judicial de restricción de derechos fundamentales (en este caso las intervenciones telefónicas) es nula por haber sido practicada violando alguno de los requisitos necesarios para que dicha prueba sea lícita (legalidad, jurisdiccionalidad y

³¹ *Circular 1/2013 sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas de la Fiscalía General del Estado*, Madrid: 11 de Enero de 2013, p- 65,66.

proporcionalidad), entonces el hallazgo casual descubierto posteriormente mediante la citada medida, será también nulo³². Pero además de la necesidad de que exista esa conexión de causalidad entre la medida restrictiva de derechos y el hallazgo casual, es necesaria una conexión de antijuridicidad, como bien establece la STS 740/2012 de 10 de octubre en su fundamento jurídico quinto: “ *Por último, y esto es lo más determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuridicidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.*

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba conculque también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuridicidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración.”

Lo que esto quiere decir, es que principalmente, para poder decir que una prueba deriva de la otra, es necesario que exista esa conexión causal de la que hablamos, y una vez comprobada la existencia de dicha conexión, y solo en ese caso, se pasará a analizar la existencia de la conexión de antijuridicidad. Así vemos que el nexo causal entre ambas pruebas es necesario, pero no es suficiente como para poder declarar la nulidad de las pruebas derivadas.

En relación pues a esta conexión de antijuridicidad, debemos apuntar que supone la necesidad de que los efectos de la prueba ilícita originaria, trasciendan a la prueba derivada, de manera que la efectiva tutela del derecho vulnerado precise que dicha prueba derivada carezca de eficacia alguna.

Pero frente a esto, el Tribunal Constitucional afirma en su sentencia 81/1998 de 2 de abril la tesis de la desconexión de la antijuridicidad (apoyada por el Tribunal Supremo). Esta desconexión de antijuridicidad supone que en caso de que la prueba “derivada” se hubiera obtenido igualmente sin necesidad de recurrir a otra anterior, no puede afirmarse la conexión de antijuridicidad, pues no existiría la relación causal entre ambas. El caso más frecuente se da cuando la persona que está siendo investigada mediante intervenciones telefónicas por la supuesta comisión de un determinado delito, confiesa su propia culpabilidad. Aquí, siempre que se cumplan todas las garantías

³² Anexo nº 3.

procesales a la hora de efectuar la correspondiente declaración por parte del acusado (derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la asistencia letrada), se entendería que dicha declaración es totalmente voluntaria y espontánea, por lo que necesariamente la prueba debería considerarse válida.

D) Conclusión

Centrándonos en el presente caso, María es acusada de asesinato con motivo de las escuchas telefónicas decretadas para la investigación del delito de tráfico de drogas presuntamente imputable a su marido Marcial. Esto quiere decir, que las pruebas obtenidas a través de dichas intervenciones telefónicas mediante las que se descubre que María ha empujado a su entonces marido Manolo por la borda del barco, serían nulas de pleno derecho, pues como previamente hemos dicho, en función de la teoría de “Los Frutos del Árbol Envenenado”, el hallazgo casual no resultaría válido, pues sería necesario que el Juez dictase auto habilitando las intervenciones para el caso concreto, conforme al principio de especialidad.

Es decir, en palabras de LOPEZ- 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*”; lo cual supone que el descubrimiento ocasional que tiene lugar durante las escuchas telefónicas que tienen por objeto la investigación del supuesto delito de tráfico de drogas, únicamente tiene efectos investigadores, pues como bien establece el propio LOPEZ- FRAGOSO³³, es necesario hacer una distinción entre la función probatoria y la función investigadora. Así, en cuanto a la función probatoria, la eficacia probatoria de los hallazgos quedaría limitada a los supuestos de conexidad que se vienen estableciendo en el artículo 17 de la LECrim, mientras que en lo que se refiere a la función investigadora o efectos investigadores, los citados hallazgos, deberán actuar como mera *notitia criminis*, dándose así lugar al inicio de una nueva instrucción con la finalidad de investigar el nuevo hecho delictivo del que se tienen únicamente indicios.

Con esto, lo que queremos decir, es que el Juez debería haber iniciado una nueva instrucción para así poder investigar el hallazgo y dictar la correspondiente nueva resolución judicial habilitante de las intervenciones telefónicas, y debiendo llevar a cabo la correspondiente ponderación, como previamente hemos explicado, de la proporcionalidad de la medida restrictiva de derechos. Así, podemos poner por ejemplo, el conocido como “Auto del caso Naseiro” (auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992), en el cual se declara incorrecto el mantenimiento de las intervenciones telefónicas dado que el juez, al no realizar una valoración de la proporcionalidad de la medida restrictiva, no dictó una nueva autorización judicial de dicha medida, y por tanto, se vulnera la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones.³⁴

Por otro lado, en la STS 901/2009 de 22 de enero (FJ. 2º), los indicios obtenidos como hallazgo casual de que se estaba cometiendo o se iba a cometer un hecho delictivo grave diferente del que era objeto de investigación, se consideran fundamento suficiente para que se inicie un nuevo proceso, y consecuentemente se decrete una nueva

³³ LÓPEZ- FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *op. cit.*, pp. 92 y ss.

³⁴ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., *op. cit.*, p- 7.

intervención telefónica, ya que dicho hallazgo casual, ha sido obtenido en el marco de una investigación con intervenciones telefónicas amparadas por resolución judicial.

Basándonos en esta sentencia, observamos claramente que el modo de proceder en el caso que nos atañe no es el correcto, pues como hemos dicho previamente, sería necesario que se hubiese iniciado un proceso independiente para poder investigar el “presunto asesinato” de Manolo por parte de María.

En conclusión podemos decir que las escuchas efectuadas en lo relativo al supuesto delito cometido por María no serían válidas, pues podría considerarse vulnerado el principio de especialidad dado que la resolución judicial habilitante de la medida restrictiva de derechos no era la específica para la investigación del supuesto delito cometido por María. De este modo, María podría acreditar una vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones reconocido en el artículo 18.3º CE, ya que la resolución judicial habilitante de las intervenciones telefónicas, como bien acabamos de decir, no habilita la intervención de sus conversaciones, sino las de su marido, y dado que el descubrimiento ocasional nada tiene que ver (no existe conexidad) con el delito objeto de investigación. Así, la intervención sería nula y no podría ser acusada de asesinato, pues en virtud del artículo 17.1 de la LECrim, cada delito dará lugar a la formación de una única causa, con la excepción de los delitos conexos que deben ser investigados y enjuiciados en la misma causa; como hemos dicho que no existe tal conexidad, sería necesario iniciar una nueva causa, es decir, una nueva instrucción para poder investigar el hallazgo (con su correspondiente autorización judicial para intervenir el teléfono de María) y así poder acusar a María del delito de asesinato si fuese necesario.

V. CUESTIÓN TERCERA: DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y DEL QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR.

1. Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo de Marcial contra María y Elisa.

A) Cuestiones generales

Nos centraremos aquí a calificar las consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra su mujer María y contra su hija Elisa, comportamiento agresivo que como vemos, se prolonga a lo largo del tiempo.

Analizaremos por un lado, el delito o delitos cometidos en este caso por Marcial, junto con la relevancia que pueda tener su adicción a las drogas en cuanto pueda atenuar su responsabilidad penal.

En base a los hechos, podemos determinar que se trata de un delito de violencia doméstica habitual tipificado en el artículo 173.2 del Código Penal. Así, en virtud de lo establecido por la STS 1050/2007 de 20 de diciembre³⁵, la conducta sancionada por este precepto es distinta de las concretas agresiones que se cometen contra esa persona, que en este caso es María, cónyuge del agresor, Marcial. De este modo, se aplicará la pena correspondiente al citado precepto, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos o faltas que se hubieran cometido mediante los actos de violencia física o psíquica que dan lugar a la apreciación de la habitualidad de la violencia doméstica.

Es importante tener en cuenta aquí nuevamente, que será de aplicación la Ley vigente del momento en el que Marcial comete los distintos delitos, salvo que la Ley actual fuese más favorable. Dado que esto no sucede, se aplicará a cada delito el Código Penal vigente en cada momento.

B) Análisis jurídico

Procederemos ahora a analizar cada uno de los episodios de violencia protagonizados por Marcial y de los que María, y Elisa en una ocasión, son víctimas durante un período de cuatro años.

Pues bien, el primer episodio del que se tiene constancia tiene lugar en enero de 2010, cuando Marcial a consecuencia de un ataque de celos “le propina un fuerte golpe en la cara que le produce un importante derrame en el ojo derecho”. Es importante

³⁵ FJ 4º: “Y, por otra parte, también dijimos en nuestra Sentencia núm. 105/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 14 febrero: “...La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la conducta que se sanciona (en el art. 173.2) es distinta de las concretas agresiones cometidas contra esas personas, lo que se corresponde con el inciso final del precepto, que establece la pena para la violencia habitual 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. La conducta típica viene, pues, 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 se manifiesta en distintos actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento”.

destacar que el ataque de celos al que aquí se hace referencia, no tiene ningún tipo de eficacia atenuadora de la pena, pues como hemos dicho previamente en la cuestión segunda, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que los celos no pueden justificar el arrebato al que se hace referencia en el artículo 21.3º del Código Penal (como circunstancia atenuadora de la pena)³⁶.

Así, en cuanto al fuerte golpe que Marcial le propina a María en la cara, y a consecuencia del cual se produce el derrame en el ojo, debemos calificarlo como un delito de lesiones agravadas por la modalidad comisiva, del artículo 148.4º CP (Vid. artículo 147.1 CP)³⁷: *“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: (...) 4.º 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 el delito de lesiones, el bien jurídico protegido es la salud física y psíquica de las personas, y en relación al concreto precepto aplicable en este caso, es importante mencionar que lo que motiva la existencia de esta agravación por ser esposa del autor del delito, es la mayor necesidad de tutela penal en estos supuestos, pues se entiende que existe una mayor vulnerabilidad de la mujer ante las agresiones emprendidas por su marido.

Por otro lado, el segundo episodio, tiene lugar en el mes de marzo del mismo año (2010), cuando María se encuentra cenando con unas amigas y Marcial la llama tres veces increpándole que vuelva a casa, “hablándole violentamente”; posteriormente, cuando María vuelve a casa, “Marcial le propina dos puñetazos en la barriga”. Aquí, en lo referente a las continuas llamadas mediante las que le increpa para que vuelva a casa, debe aplicarse un delito de coacciones leves previsto en el artículo 172.2º del Código Penal. Este artículo se modifica con la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, elevándose así a delito estas coacciones leves que hasta ese momento, eran constitutivas de falta. Este precepto establece lo siguiente: *“2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, (...)”*.

El bien jurídico protegido en este caso, es la libertad de las personas, reconocida en los artículos 16 y 17 de la Constitución Española. Lo fundamental de este delito es la imposición de la voluntad del autor sobre la víctima, coartando su libertad, de manera que lo que lo diferencia del delito de amenazas es que en este caso, se lesiona la voluntad de la persona de ejecutar lo ya decidido, mientras que en las amenazas, lo que se lesiona precisamente es el proceso de formación de la voluntad de esa persona.

³⁶ STS 86/2006 de 12 de febrero (a la que hemos hecho referencia en la cuestión segunda); STS 754/2015 de 27 de Noviembre, FJ 2º: *“Hemos dicho reiteradamente que los celos no pueden justificar la atenuante de obrar por un impulso de estado pasional, pues a salvo los casos en que tal reacción tenga una base patológica perfectamente probada, de manera que se disminuya sensiblemente la imputabilidad del agente, las personas deben comprender que la libre determinación sentimental de aquellas otras con las que se relacionan no puede entrañar el ejercicio de violencia alguna en materia de género.”*

³⁷ Artículo 147.1º CP: *“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.”*

En cuanto a los puñetazos que le propina en la barriga, dado que no podemos considerarlos constitutivos de lesiones, pues no se precisa una primera asistencia facultativa, ni tratamiento médico o quirúrgico (Vid. artículo 147.1º CP), debemos considerarlo como un maltrato de obra tipificado en el artículo 153.1º³⁸ del Código Penal, pero aplicándose en este caso la agravación prevista en el apartado tercero del citado precepto, por perpetrarse el delito en el domicilio común: “3. *Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*”. Por ello, como bien se establece en este apartado, la pena prevista en el apartado primero, se impondrá en su mitad superior.

Este delito del artículo 153, es considerado según la doctrina mayoritaria como una figura agravada de las faltas de malos tratos, elevada al rango de delito dadas las relaciones de índole personal o familiar existentes entre el autor y la víctima. Se trata pues de un delito de peligro abstracto para la salud de las personas, es decir, no es necesaria la producción de un resultado concreto (no es un delito de resultado, sino de mera actividad). El bien jurídico protegido en este caso, a pesar de encontrarse ubicado en el Título III del Código Penal relativo a las lesiones, es la paz familiar, es decir, la preservación del ámbito familiar. Además en este precepto no se exige la habitualidad de los comportamientos agresivos como en el caso del artículo 173.2º CP.

Por otro lado, a la hora de diferenciar las conductas típicas previstas en este artículo y las previstas en el artículo 617 CP (constitutivas de faltas), hay que apuntar que en el primer caso, la conducta delictiva supone “*una manifestación de de una situación de poder, sometimiento o dominación*”³⁹ en la que el miembro más fuerte de la relación conyugal en este caso, emplea violencia física o psíquica contra el miembro más débil (que en este caso sería María).

El tercer episodio de violencia, de mayor gravedad que los dos anteriores, se produce el 29 de septiembre de 2012, cuando María, “tras una violenta agresión de Marcial” se ve obligada a ingresar en el hospital hasta el 12 de diciembre del mismo año, siendo además “*intervenida quirúrgicamente dos veces por lesiones en el hígado y en el bazo*”, y a mayores, “*presentado cicatrices en la cara derivadas de los golpes*”.

En lo que se refiere a la agresión mediante la cual Marcial causa lesiones en el hígado y en el bazo a María de las cuales, como hemos dicho, tiene que ser intervenida, será de aplicación nuevamente el artículo 148.4º CP, pues nos encontramos ante unas lesiones agravadas, ya que ha sido necesaria además de una primera asistencia facultativa, tratamiento quirúrgico como se exige en el artículo 147.1º CP, y por otro

³⁸ Artículo 153.1º CP: “1. *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, 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*”

³⁹ CABALLERO GEA, J. A., *Violencia de Género; Juzgados de Violencia sobre la Mujer Penal y Civil*. Madrid: Editorial Dykinson, 2013; p. 49.

lado, la víctima es la mujer del autor de los hechos, como se exige en el artículo 148.4º CP. Pero ello siempre que entendamos, dado que no se nos especifica lo contrario, que estas lesiones no produjeron la pérdida o inutilización de los órganos, pues en ese caso sería necesario aplicar el artículo 149.1º CP⁴⁰ al tratarse de órganos principales. En lo que se refiere por otro lado, a los golpes que ocasionan a María la aparición de cicatrices en la cara, el precepto aplicable será el artículo 150 del Código Penal: *“El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.”*. Ello es así porque la jurisprudencia coincide en que las cicatrices, con ciertas excepciones como que no sean visibles, pueden considerarse una deformidad. Así, en esta línea podemos destacar la STS 877/2008 de 4 de diciembre, que en su fundamento jurídico tercero afirma que *“No es necesaria la percepción directa del lesionado para llegar a la conclusión irrefutable de que una cicatriz en la cara de las características que hemos descrito, significa, por sí misma, una alteración de la configuración de la imagen facial tan visible y con tal impacto que no pueda desconocerse su carácter deformante, lo que nos lleva a la aplicación del artículo 150 del Código Penal”*.

En la misma línea, la STS 496/2009 de 12 de mayo, en su fundamento jurídico tercero también admite la aplicación del artículo 150 CP en el caso de una cicatriz que afecta al pómulo izquierdo y a la aleta nasal izquierda y que es perceptible desde tres metros de distancia. Por tanto, en el supuesto que nos atañe, y dado que las cicatrices se hallan también en la cara, habría que aplicar el citado precepto, pero siempre y cuando entendiéramos que dichas cicatrices suponen una alteración visible de la configuración facial como establece la anterior sentencia, y que en este caso, dada la violencia de la agresión protagonizada por Marcial, podemos confirmar casi con seguridad que así se trata.

Tras este ataque por parte de Marcial, María interpone una denuncia y solicita la correspondiente orden de alejamiento, la cual se le concede. Pero en diciembre de 2012 tiene lugar el cuarto episodio, dado que pese a la existencia de la orden de alejamiento, retoman la convivencia, y en la madrugada del 12 de octubre de 2013, Marcial “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 tanto ella como su hija son llevadas al hospital, donde sedan a María por la ansiedad que padece; a pesar de ello, sufre un infarto.

En lo relativo en primer lugar, a los golpes en el estómago que Marcial le atesta a María, nos encontraríamos nuevamente ante el delito de malos tratos de obra tipificados en el artículo 153 del Código Penal, y también nuevamente sería de aplicación el apartado tercero, ya que los hechos se realizan en este caso, quebrantando una medida cautelar prevista en el artículo 48 CP, concretamente la orden de alejamiento (Vid. artículo 48.2º CP)⁴¹ y, en presencia de menores (Elisa, de tres años de edad).

⁴⁰ Artículo 149.1º CP: *“1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.”*

⁴¹ Artículo 48. 2º CP: *“2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas,*

En segundo lugar, en cuanto al puñetazo que le propina a su hija Elisa, el cual le provoca un derrame importante en el ojo, y dado que tan solo tiene 3 años de edad, debería calificarse como un delito de lesiones agravadas del artículo 148.3º del Código Penal: *“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 3.º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.”*. Aquí además podría contemplarse la posibilidad de que María ocupase la posición de cooperadora necesaria en comisión por omisión, porque siendo consciente del riesgo que existe para su hija pequeña al volver a convivir con Marcial, quebranta la orden de alejamiento, y retorna a dicha convivencia. Así, en virtud de lo establecido en el artículo 11. b) del Código Penal, podríamos entender que María ha creado una *“ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”*, por lo que tendría la misma responsabilidad penal en este caso que Marcial, en virtud de lo que dicta el artículo 28.b) CP⁴².

En esta línea podemos destacar la STS 320/2005 de 10 de marzo, que en su fundamento jurídico quinto establece los requisitos necesarios para poder apreciar la comisión por omisión precisamente en un supuesto semejante en el que la madre es responsable (en comisión por omisión y en calidad de autora de los hechos también) de un delito de lesiones contra su hija: *“De acuerdo con la doctrina científica y jurisprudencial los elementos de los que depende que pueda ser imputado un delito activo por haber incurrido la persona presuntamente responsable en una omisión que, sin haber producido el resultado –la omisión nunca es causal por definición– no ha evitado su producción, son los siguientes: A) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la Ley. B) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado «equivalga» a su causación. Ahora bien, como la comisión por omisión puede ser imputada tanto en el grado de la equivalencia con la autoría – con la autoría material y con la cooperación necesaria– como en el grado de la equivalencia con la complicidad, la indicada relación de causalidad hipotética será distinta en uno y otro caso. Comisión por omisión en grado de autoría existirá cuando pueda formularse un juicio de certeza, o de probabilidad rayana en la certeza, sobre la eficacia que habría tenido la acción omitida para la evitación del resultado. (...) C) Que el omitente esté cualificado para ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales. D) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. E) que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”*

En lo que se refiere en último lugar al infarto, consideramos que no existe la relación de la causalidad necesaria entre la acción típica y el resultado para poder imputar dicho resultado a Marcial, dado que no son los golpes que este le propina lo que le producen a María el infarto, sino la ansiedad que padece a causa de la situación. Es

comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.”

⁴² Artículo 28 CP: *“(…) También serán considerados autores: (...) b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”*

decir, no existe, en mi opinión, nexo de imputación objetiva en este sentido, puesto que para que a Marcial se le pueda imputar este resultado (el infarto), sería necesario que en su comportamiento pudiese apreciarse un riesgo típicamente relevante y que ese mismo riesgo se haya realizado en el resultado producido. Como en este caso no existe riesgo de infarto a causa del comportamiento de Marcial, debemos rechazar la imputación objetiva.

Todos estos delitos que hemos ido analizando, deben aplicarse en concurso real con el delito previsto en el artículo 173.2º CP: “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.*

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.”

Nos encontramos en este caso ante un delito en el que el bien jurídico protegido es el derecho a la integridad moral de las personas, y para cuya apreciación es necesaria la existencia del elemento de “habitualidad”. En el propio artículo 173.3º CP se establecen las reglas para poder entender que concurre dicha habitualidad; así, se establece que “*se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos*”, independientemente de que esos actos violentos tengan lugar en relación a la misma persona o a distintas personas de las que se comprenden en el propio artículo, e independientemente también de que los actos de violencia hayan sido individualmente enjuiciados en procesos anteriores, siempre y cuando no hayan sido tenidos en cuenta ya para apreciar este delito de violencia habitual en el ámbito doméstico, ya que en caso contrario, se violaría el principio *ne bis in idem*. Así, la doctrina generalizada ha interpretado que la habitualidad se tiene en cuenta a partir de la producción de la tercera acción violenta, apoyándose en el artículo 94 del Código Penal en lo referente a la consideración de reo habitual⁴³.

Pero otro sector doctrinal considera que lo realmente relevante aquí a la hora de apreciar la citada habitualidad, es que esos actos violentos sean frecuentes, de manera

⁴³ Artículo 94 CP: “A los efectos previstos en la sección 2.ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello. (...)”

que supongan que la víctima viva en un estado de agresión permanente (Vid. STS 1750/2003 de 18 de diciembre)⁴⁴. Entendemos que esta segunda línea es la más correcta, puesto que lo verdaderamente importante es que la víctima se encuentre inmersa en una situación de agresión y dominación permanente, de modo que viva atemorizada, impidiéndosele así el libre desarrollo de su vida y de sus derechos. Así, la STS 181/2006 de 22 de febrero, en su fundamento jurídico segundo afirma que *“la habitualidad no se concreta en un determinado número de agresiones, sino en una situación de dominio provocada por la reiteración de una conducta que estatuye una situación de hecho en el que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares, subyugando a quien las padece por el capricho del dominador.”*

La razón por la cual debemos aplicar el concurso real entre el delito de violencia habitual en el ámbito familiar del artículo 173.2º CP, y los concretos delitos cometidos en cada acto violento, se deduce del propio tenor literal de este artículo 173.2º CP, pues establece que la pena prevista en el mismo se aplicará *“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.”* Así, el citado precepto a través de la introducción de esta cláusula concursal, nos permite descartar la vulneración del principio *“non bis in idem”* en estos casos, puesto que como ya hemos dicho previamente, los actos aislados de violencia únicamente tienen el valor de acreditar el repetido comportamiento agresivo del autor de los hechos, y la necesidad de sancionar por separado el delito de violencia habitual y los delitos o faltas concretas en que se hubiera incurrido, ya que la conducta sancionada en el artículo 173.2º CP es distinta de la sancionada en el caso de las agresiones concretas que tienen lugar. Esto es así dado que lo que se protege mediante el citado artículo es la integridad moral de las personas, es decir, se castiga la conducta mediante la cual se somete a una persona a vivir en una situación de miedo constante, incluso hasta el punto de que esa persona llegue a temer por su vida, impidiéndosele el libre desarrollo de la misma.

Este es el motivo por el que resulta necesario sancionar, además de los concretos actos de violencia, esta situación de dominación permanente a la que ya hemos hecho referencia, provocada por el autor de los hechos. Así, para corroborar esta afirmación nos apoyamos en la STS 474/2012 del 17 de mayo, que en su fundamento jurídico tercero afirma (en base a la STS 645/2004 del 14 de mayo), 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 descrita en el mismo se impondrá, (...) sin perjuicio de las penas que*

⁴⁴ STS 1750/2003, FJ 3º: *“Y en la Sentencia 1208/2000, de 7 de julio, se declara que la «habitualidad» que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia física o psíquica dentro del ámbito de las relaciones familiares para integrar el delito autónomo del artículo 153 del Código Penal –y antes el 425 CP/1973– es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencias se satisface a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el artículo 94 del Código Penal establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas. Otra línea interpretativa prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual.”*

podieran 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" (v. art. 173.3 del C. Penal, según el texto reformado por la LO 11/2003). 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 sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio "non bis in idem" (v. STS de 9 de julio de 2001)". En conclusión, este delito se configura como un delito autónomo, lo cual lo hace compatible con la aplicación simultánea de otros delitos como puede ser el de lesiones.

Es importante destacar que en lo referente al maltrato psicológico, entendemos que quedaría incluido dentro del propio artículo 173.2 pues en él se hace referencia, además de a la violencia física, también a la psíquica. No podría considerarse este maltrato psicológico como constitutivo de lesiones del artículo 149.1º CP⁴⁵, ya que no nos encontramos ante una "grave enfermedad psíquica" que tenga carácter permanente o definitivo como a la que hace referencia el citado precepto, por lo que bastaría con entender que dicho maltrato queda abarcado por el propio artículo 173.2º CP.

Otro aspecto a tener en cuenta es la posibilidad de aplicar a Marcial la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, introducida por el propio artículo 173.2º CP⁴⁶, siempre que el juez lo considere oportuno de acuerdo con los intereses del menor (Elisa en este caso). Esta inhabilitación supondría la privación a Marcial, de los derechos inherentes a la figura de la patria potestad, es decir, implica la pérdida de la titularidad de la misma, pero subsistiendo los derechos del hijo con respecto al padre al inhabilitado.⁴⁷

Por último, es importante valorar la posibilidad también de aplicar a Marcial algún tipo de atenuación o de eximente de las previstas en los artículos 20 o 21 CP. Pues bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que el hecho de ser consumidor de drogas, drogodependiente, no da de por sí lugar a la apreciación de atenuante alguna (vid. STS 104/1997 de 15 de enero⁴⁸ y STS 1160/2015 de 16 de julio), y además, es necesario que el consumo de drogas lleve aparejada una disminución de

⁴⁵ Artículo 149.1º CP, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁶ Artículo 173.2º CP: "(...) 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 (...)"

⁴⁷ Artículo 46 CP: "La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

A los efectos de este artículo, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas."

⁴⁸ STS 104/1997 de 15 de enero, FJ 4º: "La simple condición de drogadicto no supone causa legal de atenuación de la responsabilidad, siendo preciso que el relato histórico de la sentencia refleje suficientemente, de modo detallado y expresivo, la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento de comisión de los hechos: sólo si puede colegirse que la drogodependencia ejerció algún efecto sobre la capacidad intelectual o volitiva del infractor, será posible valorarla en orden a su influencia sobre la imputabilidad de aquél; adición ordinariamente traducida en la estimación de una atenuante analógica."

las capacidades intelectivas, volitivas y cognitivas de la persona, como bien establece la STS 647/2016 de 7 de abril en su fundamento jurídico quinto: *“Así mismo, esta Sala ha recordado, en numerosas ocasiones, que, para la apreciación de la atenuante de grave adicción al consumo de drogas o de embriaguez, no basta la simple acreditación del consumo de sustancias estupefacientes o alcohol. Es preciso demostrar, además, la correlativa disminución de las facultades intelectivas, cognitivas y volitivas del sujeto.”*; o bien la STS 577/2008 de 1 de diciembre en su fundamento jurídico séptimo: *“no se puede, pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancia atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del Sujeto.”*

Pero además, como se deduce del propio tenor literal del artículo 21.2º del Código Penal, y como se establece en la STS 1160/2015 de 16 de julio en su fundamento jurídico tercero, para poder apreciar la atenuante del artículo 21.2º⁴⁹ CP, es necesaria la relación de causalidad entre el hecho delictivo cometido, y la adicción a las sustancias, es decir, el delito debe haberse cometido a causa de la adicción, como sucedería en el caso de quién roba dada su grave adicción a las drogas para poder costearse las mismas. Pero en el presente caso, la actuación de Marcial nada tiene que ver con su adicción, de modo que cabría aplicar en su caso a nuestro parecer, o bien la eximente incompleta prevista en el artículo 21.1º CP en relación con el artículo 20.2º⁵⁰, en caso de que debido a su estado de intoxicación, su capacidad de comprensión acerca de la ilicitud del hecho que se encuentra cometiendo, se vea mermada; o bien la eximente incompleta prevista en el artículo 21.1º, pero en relación en este caso al artículo 20.1º, en el caso de que padezca una alteración psíquica derivada del consumo de drogas.

Además, es necesario tener en cuenta una serie de elementos a la hora de determinar el grado de drogodependencia de la persona, como son la existencia o no de antecedentes de drogodependencia, y en su caso, la constancia de los tratamientos seguidos; la presencia o no del síndrome de abstinencia tras la detención de la persona; la existencia de evidencias físicas derivadas del consumo, como podría ser la perforación del tabique nasal, o la presencia de infecciones como la hepatitis o el SIDA; la búsqueda de enfermedades mentales o trastornos de la personalidad derivados del consumo; o la existencia de las sustancias estupefacientes en la sangre y en la orina.

⁴⁹ Artículo 21.1º y 2º CP: *“Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. 2.ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.”*

⁵⁰ Artículo 20.1º y 2º CP: *“Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (...)2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.”*

Cabe mencionar aquí también que el hecho de que ingrese voluntariamente en una clínica de desintoxicación para tratar de reparar el daño causado⁵¹, no tiene ningún tipo de relevancia a la hora de la atenuación de la pena, ya que ingresando en tal clínica, no se puede entender objetivamente que se repare el daño causado a María y a Elisa, pues no se produce un restablecimiento de la situación anterior a la alteración de la misma provocada por el delito cometido por Marcial; los daños físicos y psíquicos provocados a María y a Elisa, persistirán a pesar de su ingreso en la clínica.

C) Conclusión

Por tanto, en el presente supuesto, y en lo que se refiere a la conducta de Marcial, es de aplicación el delito de violencia doméstica habitual del artículo 173.2° CP en concurso real con cada uno de los delitos concretos cometidos.

Así, como hemos dicho, en cuanto a los golpes que Marcial le propina a María en la cara y que le provocan un importante derrame en el ojo derecho, constituyen un delito de lesiones agravadas tipificado en el artículo 148.4° CP, y castigado con la pena de prisión de dos a cinco años.

En lo referente a las continuas llamadas que realiza Marcial a María mientras esta se encuentra cenando con sus amigas, coaccionándola para que regrese a casa, estaríamos ante un delito de coacciones leves del artículo 172.2° CP, castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días; por otro lado, en cuanto a los puñetazos en la barriga que le propina cuando vuelve a casa, es de aplicación el artículo 153.3° por tratarse de malos tratos de obra pero que acontecen en el domicilio común, motivo por el cual se aplica esa agravación del apartado tercero, de modo que se castigaría con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, pero en su mitad superior, es decir: prisión de nueve meses y un día, a un año, o trabajos en beneficio de la comunidad de 1 mes y 25 días más un día, a 80 días.

En tercer lugar, en lo que se refiere a la agresión que provoca a María lesiones en el hígado y en el bazo de las que tiene que ser intervenida quirúrgicamente, es de aplicación nuevamente el artículo 148.4°, que lleva aparejada la pena de prisión de dos a cinco años; en cuanto a las cicatrices en la cara derivadas de los golpes, entraría en aplicación el artículo 150 CP por deformidad, castigado con la pena de prisión de tres a seis años.

Por último, los golpes en el estómago a María serían tipificados como malos tratos de obra del artículo 153, pero nuevamente sería necesario aplicar el apartado tercero del precepto, por realizarse los actos violentos quebrantando la orden de alejamiento vigente y en presencia de la hija menor Elisa, castigado con la pena ya citada antes; y en cuanto al puñetazo que provoca un importante derrame en el ojo derecho de su hija Elisa, sería constitutivo de un delito de lesiones agravadas, en este caso del 148.3° CP, castigado con la pena de prisión de dos a cinco años como ya hemos dicho previamente.

⁵¹ Artículo 20. 5° CP: “*Son circunstancias atenuantes: 5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.*”

Así, conforme a las reglas del concurso real de delitos, sabemos que deben imponérsele a Marcial todas las penas correspondientes a las diversas infracciones que ha cometido, para su cumplimiento simultáneo si fuera posible⁵². Pero el artículo 76 del Código Penal, establece un límite máximo para el cumplimiento efectivo de la pena, y es que este no podrá exceder del triple del tiempo impuesto por la pena más grave en las que haya incurrido.

En cuanto al infarto que sufre María derivado de la profunda ansiedad que padece, entendemos que no es imputable a Marcial como ya hemos dicho, puesto que no creemos que exista relación de causalidad entre tal resultado y la acción llevada a cabo por este. Además María ya padecía estos problemas por motivos distintos no vinculados a Marcial, pues como sabemos, confiesa por teléfono a una amiga llamada Sara que sufre una gran ansiedad y pesadillas porque fue ella quien tiró a su entonces marido Manolo por la borda del barco en el que viajaban ambos. Por ello, podría considerarse que los malos tratos recibidos por parte de Marcial y el puñetazo que le propina a su hija, pueden empeorar la situación, pero no constituyen la causa del infarto.

También hemos dicho que podría considerarse a María cooperadora necesaria (en comisión por omisión) en lo referente a las lesiones agravadas del 148.3º CP provocadas a Elisa por Marcial, pues si no fuese porque María retorna a la convivencia con Marcial, estas lesiones no hubiesen tenido lugar. Además, María es consciente del peligro que existe para la vida de su hija con el retorno a dicha convivencia, pues ella misma es quien denuncia a Marcial tras las violentas agresiones que protagoniza y solicita una orden de alejamiento que luego no cumple. Es decir, pone en peligro a su propia hija de forma consciente, incumpliendo sus deberes de garantía con respecto a la misma. Si entendiésemos entonces que María es cooperadora necesaria en este delito, sería castigada con la pena de prisión de dos a cinco años (pues el cooperador necesario es considerado autor a efectos penales).

Volviendo nuevamente a Marcial, cabría la posibilidad de inhabilitarlo además para el ejercicio de la patria potestad; y en cuanto a su condición de drogodependiente, no cabría la atenuación de su responsabilidad penal por esta razón, pues como ya hemos dicho, la grave adicción debe ser la causa de la comisión de las infracciones penales, lo cual no se cumple en este supuesto. Por ello, podría apreciarse una eximente incompleta prevista en el artículo 21.1º CP en referencia al artículo 20.2º CP, por encontrarse en el momento de comisión del delito en estado de intoxicación plena por el consumo de drogas y de alcohol, pero ello siempre y cuando no haya consumido dichas sustancias con el propósito de cometer las citadas infracciones, ni cuando se pueda prever la comisión de las mismas.

Podría entenderse también que sufre una alteración psíquica a causa del consumo que le impide entender la ilicitud de su actuación, en cuyo caso sería de aplicación el artículo 21.1º en relación con el 20.1º. Pero nos parece más adecuado para el caso la primera de las opciones, puesto que su comportamiento se prolonga en el tiempo, de modo que no parece correcto entender que ese estado de alteración psíquica causado por las drogas permanezca presente durante cuatro años. Lo más correcto sería

⁵² Artículo 73 CP: *“Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.”*

entender que al tratarse de una persona drogodependiente, debido al consumo habitual, se hallase en un estado de intoxicación permanente; para ello sería necesario probar que realmente es una persona drogodependiente y que ha permanecido cuatro años de su vida consumiendo drogas de modo habitual, y que a consecuencia de ello, no es capaz de comprender la ilicitud de sus actos. En caso de apreciarse esta eximente incompleta, se aplicaría la pena en su mitad inferior, pero además, habría que atender a lo establecido por el artículo 104.1º CP: “1. En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99.”(vid. artículo 102 CP)⁵³.

Para concluir podemos decir que nos encontramos ante un delito altamente perseguido y castigado por nuestro ordenamiento, dada la creciente afluencia de casos relacionados con la violencia de género y la necesidad de una mayor protección principalmente de las mujeres en este sentido, por ser las que ocupan mayoritariamente la posición de víctimas en esta clase de delitos, pues en el año 2015, solo en Galicia, hubo 5210 denuncias por violencia de género.⁵⁴

2. Consecuencias jurídicas de la vuelta a la convivencia de Marcial y María tras la primera denuncia de María.

A) Cuestiones generales

Lo principal aquí será dejar clara la diferencia entre el quebrantamiento de condena propiamente dicho, y el quebrantamiento de medida cautelar, pues como bien se establece en el artículo 34.1º del Código Penal: “No se reputarán penas: 1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal.”. Es decir, el artículo 468 del Código Penal (vigente en el momento del quebrantamiento, es decir, 2012) incluye realmente dos tipos diferentes de infracción o quebrantamiento, por un lado el que tiene lugar con respecto a las penas o medidas de seguridad impuestas en sentencia firme, y por otro lado, de aquellas que no tienen naturaleza de pena, sino de medida cautelar.

Entendemos que en el presente supuesto, la orden de alejamiento solicitada y que posteriormente se le concede a la víctima, constituye una medida cautelar, ya que la solicita la propia víctima⁵⁵ en el momento en que denuncia los malos tratos sufridos por parte de su marido, es decir, no se impone a modo de pena, si no, a modo de medida

⁵³ Artículo 102 CP: “1. A los exentos de responsabilidad penal conforme al número 2.º del artículo 20 se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquiera otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia. 2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.”

⁵⁴ Anexos nº 4 y 5.

⁵⁵ Anexo nº 6.

cautelar hasta que recaiga sentencia firme, y mientras tanto la víctima pueda vivir tranquila sin temer por su propia vida o integridad física o moral.

Así, el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece en su párrafo primero y segundo lo siguiente: “*En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, (...) (párr. 1º) podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.* (párr. 2º)”. Es decir, nos encontramos ante una orden de protección acordada para evitar que el agresor se aproxime o se comunique con la víctima de un delito de violencia de género mientras se investiga el citado delito (vid. artículo 57 CP)⁵⁶, para evitar el posible riesgo existente contra la víctima.

Se pretende de este modo que la víctima pueda ostentar la protección necesaria dada su situación de riesgo por las continuas agresiones de su marido, y que se haga de modo rápido y sencillo.

B) Quebrantamiento de medida cautelar

Debemos hacer referencia, como ya hemos dicho, al artículo 468 del Código Penal, concretamente a su apartado segundo, que establece lo siguiente: “*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.*”. Como vemos, este precepto equipara a efectos de fijación de la pena, el quebrantamiento de las penas establecidas en el artículo 48 CP, con el quebrantamiento de las medidas cautelares de la misma naturaleza, cuando el ofendido sea, como es el caso, alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2º CP; en ambos casos la pena fijada es la de prisión de seis meses a un año.

Cabe mencionar, que como ya hemos explicado anteriormente, la ley aplicable será la vigente en el momento en que acontecen los hechos, dado que la ley actual no resulta más favorable al reo.

⁵⁶ Artículo 57. 1º y 2º CP: “*1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave. (...)*

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, (...), la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.”

Con respecto a la relevancia del consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de la medida cautelar, existen dos sentencias de gran importancia en base a las cuales podemos resolver esta cuestión tan controvertida, a la par que frecuente en los tiempos actuales. Pues bien, estas dos sentencias son, por un lado, la STS 1156/2005 de 26 de septiembre, y por otro lado, la STS 10/2007 de 19 de enero.

Así, en cuanto al bien jurídico protegido por el artículo 468 CP, ambas sentencias (y la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo) coinciden en que este es la autoridad de la Administración de Justicia o más bien, la efectividad de los pronunciamientos judiciales. Pero la sentencia de 2005 parece seguir la línea doctrinal de QUERALT JIMÉNEZ⁵⁷, al entender que además de este bien jurídico, se protege otro distinto: la protección de las personas a las que se refiere el artículo 173.2º CP, pues este autor se postula a favor del carácter pluriofensivo de este delito. En cuanto a la de 2007, establece en su fundamento jurídico quinto que la protección de la vida e integridad corporal de la víctima, “*no es el bien jurídico que directamente protege el precepto*”. De ello puede deducirse que admite también la posibilidad de que el bien jurídico protegido por el citado precepto pueda ser de forma indirecta, la protección de las personas referidas en el 173.2º CP.

Esta determinación del bien jurídico protegido por el artículo 468 es de gran relevancia dado que afecta al modo de interpretar la punibilidad o no del quebrantamiento de la medida cautelar cuando exista el consentimiento de la víctima, pues en caso de que el bien jurídico sea únicamente la Administración de Justicia (su autoridad o efectividad de sus decisiones), dicho consentimiento sería irrelevante, dado que al tratarse de un bien jurídico público e indisponible, la mera voluntad de las partes no puede dejar sin efecto la resolución por la que se establece la medida cautelar, de modo que se incurriría en un delito de quebrantamiento igualmente.

Entrando ya en materia del quebrantamiento propiamente dicho, podemos decir que está constituido por tres elementos: el elemento normativo, es decir, la existencia de una previa medida cautelar acordada por el juez por la que se impide al agresor acercarse y/o comunicarse con la víctima; el elemento objetivo, entendiendo por este, el incumplimiento de la medida cautelar; y el elemento subjetivo, el cual supone el conocimiento por parte del agresor de la existencia de la medida cautelar, y su vulneración de forma consciente, es decir, el elemento subjetivo estaría constituido por el dolo. De esto deducimos, que el delito previsto en el artículo 468 CP, es un delito doloso, es decir, el agresor debe llevar a cabo la acción típica de forma consciente y voluntaria, de manera que quedarían excluidos los supuestos en que el agresor y la víctima se encuentren de manera fortuita o por fuerza mayor, así como aquellos casos en que pueda darse un error de prohibición por parte del agresor.

Pero en el caso concreto que nos interesa, no se produce un encuentro fortuito o por fuerza mayor, si no que agresor y víctima vuelven a convivir juntos con el propio consentimiento de la víctima. Aunque en lo que se refiere a dicho consentimiento, sería necesario corroborar en su caso, que este no se encuentra viciado, pues en estos casos las mujeres pueden sufrir el llamado Síndrome de la Mujer Maltratada previsto en la Exposición de Motivos I de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, donde se establece lo siguiente: “*Existe ya incluso una*

⁵⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, XXII, 2005; pp. 171 y 177.

definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en «las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral». A consecuencia del citado síndrome, estas mujeres, como podría ser el caso de María, guardan con el agresor una relación de dependencia tal, que les impide romper la relación y salir de esa situación de violencia.

En cuanto a la relevancia del consentimiento por parte de la víctima, parece más correcto seguir la línea jurisprudencial marcada por la STS de 19 de enero de 2007, que entiende que dicho consentimiento es irrelevante, pues la vigencia del bien jurídico protegido entendido por esta sentencia como la autoridad de la Administración de Justicia, no quedaría *“enervada o empañada por el consentimiento de la mujer”*, es decir, se trata como ya hemos dicho, de un bien jurídico indisponible, por lo que *“el consentimiento de la ofendida en este caso no podría eliminar la antijuridicidad del hecho”*. Esta es la línea seguida por la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo, a pesar de que la STS de 26 de septiembre de 2005 considera que *“la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante.”*. Esta sentencia, al contrario que la de 2007, le da relevancia al consentimiento ya que considera que el bien jurídico protegido, como ya hemos dicho, además de la Administración de Justicia, lo constituye la protección de la víctima, por lo que su voluntad de la misma debe ser tenida en cuenta.

Por lo tanto, siguiendo la citada sentencia de 2007, así como a la jurisprudencia mayoritaria, y el acuerdo adoptado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 25 de noviembre de 2008, debemos entender que *“el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 del CP”*⁵⁸. Esto se basa además en la irrelevancia en derecho penal del perdón de la víctima al agresor (con excepción de los delitos privados). A partir de este acuerdo, esa irrelevancia del consentimiento, ha sido reforzada por una gran cantidad de sentencias del Tribunal Supremo posteriores, como la STS 755/2009 de 13 de julio⁵⁹, o STS 14/2010 de 28 de enero⁶⁰ (por citar alguna de ellas, pues podríamos incluir muchas más).

⁵⁸ Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 25 de noviembre de 2008: *“Interpretación del art. 468 del CP en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima.”*

⁵⁹ STS 755/2009 de 13 de julio, FJ 7º.5.c): *“el derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor.”*

⁶⁰ STS 14/2010 de 28 de enero, FJ 8º. 2: *“(…) esta Sala, en cuanto a la relevancia que pudiera tener el consentimiento de la mujer para la exclusión del delito del art. 468 CP, en los casos de medida cautelar (o pena) contra el marido, consistente en alejamiento o prohibición de acercamiento, trató el asunto en Pleno no jurisdiccional de 25.11.2008, acordándose por mayoría que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP., criterio que ha sido ya seguido en sentencias 39/2009 de 19.1(sic) (RJ 2009, 819) , 172/2009 de 24.2 (RJ 2009, 450) , 654/2009 de 8.6.”*

Podemos contemplar la posibilidad de la existencia de un error de prohibición en el agresor, Marcial, por no entender el alcance de la medida, o por creer que ha quedado judicialmente sin efecto al consentir la víctima el quebrantamiento. Pero también es necesario tener en cuenta que la existencia del error conlleva la prueba del mismo por parte de quien lo invoca, así como, la prueba de que se trata de un error invencible.

Una vez dicho esto, es necesario aclarar el asunto relativo a la existencia o no de responsabilidad penal para la víctima que consiente el quebrantamiento. Pues bien, en opinión de MONTALBÁN HUERTAS, “*hay que huir de los automatismos*”⁶¹ y analizar si concurren los elementos objetivos y subjetivos de la inducción, para así poder determinar si el consentimiento de la víctima es totalmente voluntario, o se encuentra viciado o condicionado como consecuencia del propio Síndrome de la Mujer Maltratada al que ya hemos hecho referencia. De este modo, solo en caso de que pueda probarse que tal consentimiento es libre (sin presiones externas ni a consecuencia del Síndrome de la Mujer Maltratada), totalmente voluntario, “*y determinante de la acción del quebrantador*”, podrá ser punible dicha actuación por parte de la víctima.

Así, con respecto a este asunto, existen diversas posturas doctrinales. Una de ellas, seguida por JAÉN VALLEJO⁶², entiende que habría que considerar a la víctima cooperadora necesaria, ya que sin su actuación, el delito de quebrantamiento no podría tener lugar, por lo que solo podría excluirse esa responsabilidad penal si se apreciase el error de prohibición. Pero otro sector, entre ellos, MUÑOZ CUESTA⁶³, opina que no debe castigarse a la víctima en ningún caso, dado que la prohibición de acercamiento establecida a través de la medida cautelar, no tiene como destinataria a la víctima, si no al agresor, por lo que este sector entiende que no se le puede exigir a la misma la no realización de un acto que no se le ha prohibido. De acuerdo con esta última postura, MONTALBÁN HUERTAS⁶⁴ opina que al no estar la víctima sometida a la orden de alejamiento, pues la persona sobre la que recae es el agresor, esta solo podría ser considerada inductora, pero para lo cual sería necesario que fuese ella misma quien influyera de manera determinante en el agresor para que este decidiera quebrantar la orden y retomar la convivencia, y además, que esa inducción fuese dolosa, es decir, que la víctima supiese que está induciendo al agresor a cometer un delito.⁶⁵

C) Conclusión

Una vez hemos expuesto las distintas posturas al respecto, debemos hacer un balance final de las mismas a efectos de determinar cual consideramos más adecuada.

Pues bien, con respecto al consentimiento de la víctima, como ya hemos dicho previamente, nos postulamos a favor de la sentencia 10/2007 de 19 de enero del Tribunal Supremo, al entender que el bien jurídicamente protegido de forma directa por el artículo 468.2º CP es la efectividad de las decisiones de la Administración de Justicia, y por lo tanto, aunque María consintiese en el quebrantamiento, como bien dice también

⁶¹ MONTALBÁN HUERTAS, I., *Incumplimiento de la orden de alejamiento en función de la valoración del consentimiento de la víctima*. Diario La Ley nº 6998: 2008, editorial La Ley; p. 7.

⁶² JAÉN VALLEJO, M., *El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género*; P. 74.

⁶³ MUÑOZ CUESTA, F. J., *Quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento con el consentimiento de la mujer beneficiaria de la misma*. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 26 de septiembre de 2005; p. 3.

⁶⁴ MONTALBÁN HUERTAS, I., *op. cit.*, p. 7.

⁶⁵ Cabe destacar el acogimiento de esta teoría por la sentencia AP de Barcelona de 21 de febrero de 2007.

el Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008, esto no influiría en la antijuridicidad del hecho, por lo que la conducta sería punible igualmente. Así, mientras la medida cautelar se halle vigente, Marcial está obligado a cumplirla a pesar de que María consienta en su quebrantamiento para retomar la convivencia juntos.

Pero debe tenerse presente que la víctima tiene derecho a retomar la convivencia, pues la medida cautelar se decreta para protegerla a ella, de modo que si María en este caso, considerase que el peligro ha cesado y no necesita ser protegida, debería acudir al órgano judicial competente y comparecer voluntariamente ante el Juez dejando constancia de su deseo de reanudar la convivencia. El Juez entonces deberá valorar las circunstancias y comprobar que la voluntad de María no se encuentra viciada, es decir, que no es Marcial quien la ha inducido a ello, y en su caso, podrá dejar sin efecto la medida cautelar, para que así pueda restablecerse la convivencia sin obstáculos.

El problema aquí es que María no comparece ante el Juez, pues retoma la convivencia con Marcial cuando la orden de alejamiento seguía vigente, por lo que el delito de quebrantamiento de medida cautelar previsto en el artículo 468.2º CP será plenamente eficaz.

Por último, en lo que se refiere a la responsabilidad penal de María, parecería correcto entender en virtud de las circunstancias específicas del caso, que ha decidido retomar la convivencia posiblemente por la dependencia que tiene con respecto a Marcial, pudiendo apreciarse el padecimiento del Síndrome de la Mujer Maltratada, pues no podría entenderse sino, la decisión de quebrantar la medida cautelar para convivir nuevamente con él, cuando ha sufrido graves agresiones por su parte que incluso le han hecho permanecer en el hospital dos meses y medio. Por ello, entendemos que la voluntad de María se encuentra totalmente viciada por la relación de dependencia con Marcial, e incluso podría verse influenciada por las posibles presiones del mismo (aunque no se nos dice nada al respecto). En consecuencia, María no podría tener ningún tipo de responsabilidad penal, pues como hemos dicho, para que pudiera ser responsable, sería necesario en todo caso que su decisión fuera totalmente libre, o que actuase como inductora del delito de quebrantamiento.

VI. CUESTIÓN CUARTA: DE LA REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO Y DE LA ACCIÓN DE RECOBRO.

1. 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 Miriam. Especificar qué derechos ostenta cada uno sobre dichos inmuebles.

A) Cuestiones generales

Como ya dijimos en la primera de las cuestiones resueltas, cuando la persona declarada fallecida reaparece, es necesario llevar a cabo la revocación del auto por el que se la considera como tal⁶⁶, pues lo que caracteriza a tales situaciones es la incertidumbre acerca de si la persona desaparecida se halla con vida o por el contrario, ha muerto, decantándonos en este caso por entender que ha muerto y por ello declararla fallecida. Por tanto, una vez tenemos constancia de que la persona realmente se encuentra con vida, el auto debe ser revocado, pues desaparece dicha incertidumbre y con ella la razón de ser de esta figura. En caso contrario, nos encontraríamos ante “*una discordancia entre la realidad jurídica y la realidad material*”⁶⁷, por lo que será necesario adecuar esa realidad material del momento (la existencia de la persona), a la realidad jurídica correspondiente.

Esta revocación de la declaración de fallecimiento produce una serie de efectos jurídicos entre los que conviene destacar en este caso, aquellos que repercuten en la esfera patrimonial del declarado fallecido. Así, en virtud del artículo 196 del Código Civil⁶⁸, una vez adquiere firmeza la declaración de fallecimiento, se abre la sucesión *mortis causa* a los bienes de la persona declarada fallecida. Así, en el presente caso vemos que al ser María la heredera universal de Manolo, esta vende la casa que ambos tenían en común al 50%, vende un piso que correspondía de modo privativo a Manolo, y gasta 50.000 euros de los 65.000 que tenían en una cuenta bancaria de la que ambos eran titulares. De este modo, en el momento en que Manolo reaparece, y en lo que respecta a su patrimonio, entraría en aplicación el artículo 197 del Código Civil que establece lo siguiente: “*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.*”.

⁶⁶ Anexo nº 7.

⁶⁷ GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *op. cit.*, p. 359.

⁶⁸ Artículo 196. Párr. 1º CC: “*Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría o abintestato, según los casos, o extrajudicialmente.*”

Este artículo 197 CC introduce pues una acción de recobro de los bienes de Manolo en este caso, es decir, en el momento que este reaparece, la apertura de la sucesión *mortis causa* se tiene por nula y este debe ejercer dicha acción para poder recuperar sus bienes. Así, en relación con esta acción de recobro, CORRAL TALCIANI⁶⁹, considera que se trata de una acción *sui generis* establecida por la ley para que la persona reaparecida pueda recuperar sus bienes, y distinta de la *actio petitio hereditatis* y de la acción reivindicatoria, aunque a medio camino entre ambas según GUINEA FERNÁNDEZ⁷⁰.

Pero este artículo 197 CC hace referencia únicamente a los sucesores de la persona que reaparece, no a los terceros que adquieran los bienes enajenados por aquellos. Es decir, parece que en el caso de que los sucesores procedan a la enajenación de alguno de los bienes heredados, la intención del legislador es amparar los derechos de dichos sucesores, pero también de los terceros adquirentes, para que no se vean perjudicados como consecuencia de la reaparición del declarado fallecido.

Por otro lado, es importante destacar también que en virtud del artículo 196 CC se concede a los sucesores del declarado fallecido la facultad de disponer de los bienes del mismo en calidad de propietarios, de modo que si el declarado fallecido reapareciese, como ocurre en el presente caso, es comprensible que la recuperación de estos bienes tenga como limitación que se haga en el estado en que se encuentren en ese momento, pues en caso contrario, podría perjudicarse a los sucesores de modo injustificado.

Por último, es necesario tener en cuenta que si el sucesor enajenase alguno de los bienes y el tercero adquirente de dichos bienes no hubiese pagado todavía el precio de los mismos, y en caso de que el sucesor fuese insolvente de manera que no pudiese abonarle dicho precio al reaparecido, entonces podría ejercitarse una acción subrogatoria mediante la cual el reaparecido, tras haber perseguido los bienes de dicho sucesor, podría subrogarse en su posición⁷¹.

B) Inmuebles

Procederemos ahora a analizar la validez jurídica de la venta por parte de María de los dos inmuebles, por un lado de la casa que tenían en común al 50% y que vende a Eustaquio por 240.000 euros, y por otro lado, del piso que Manolo poseía de manera privativa, y que vende a su amiga Miriam por 175.000 euros a pesar de estar valorado en 250.000. Analizaremos además las acciones legales que podrá emprender Manolo con respecto a dichos inmuebles.

Pues bien, principalmente debemos hacer mención a la posibilidad de que nos encontremos ante una situación de venta de cosa ajena. Pero como ya hemos dicho previamente, el artículo 196 del Código Civil, al abrir la sucesión *mortis causa*, autoriza a los sucesores del desaparecido y declarado fallecido, que en este caso es María, a disponer de los bienes de esa persona en calidad de propietarios, como sucede en estos supuestos de apertura de la herencia. Por tanto, con ello, lo que queremos decir, es que

⁶⁹ CORRAL TALCIANI, H. F., *op. cit.*, p. 338.

⁷⁰ GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *op. cit.*, p. 382.

⁷¹ Artículo 1111 CC: “Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.”

María no vende algo que no es suyo, sino todo lo contrario, vende lo que en ese momento le corresponde como heredera universal de Manolo, pues se presume que este está muerto y su patrimonio pasa a manos de María; es decir, María vende lo que es suyo, por lo que no cabría apreciar venta de cosa ajena.

Pero debemos tener en cuenta que María es acusada por la muerte de Manolo, de modo que si finalmente esta fuera condenada por dicho delito, entraría en aplicación el artículo 756.2º del Código Civil⁷² que considera indignos a aquellos que fueran condenados en juicio por haber atentado contra la vida del testador. De este modo, María no podría recibir la herencia de Manolo, pues estaría incapacitada para suceder en virtud de dicha causa de indignidad que opera *ex lege*, es decir, como establece el artículo 755 CC⁷³, aquella disposición testamentaria a favor del incapaz para suceder, será nula; pero ello siempre que el testador no rehabilite al indigno⁷⁴.

Pues bien, como acabamos de decir, si María se encontrase afectada por esta causa de indignidad, no podría tener en su poder los citados inmuebles, y en ese caso entonces, sí estaríamos ante un supuesto de venta de cosa ajena. Sería necesario pues, como ya hemos dicho, la existencia de sentencia condenatoria contra ella. En este caso, entraría en aplicación el artículo 760 CC que establece lo siguiente: *“El incapaz de suceder, que, contra la prohibición de los anteriores artículos, hubiese entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado a restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido.”*

En caso de que María no fuese condenada por tentativa de homicidio (vid. cuestión nº 2, parte I), entonces como ya hemos dicho, las ventas serían plenamente válidas, pues le correspondería la propiedad de dichos inmuebles con motivo de ser la heredera universal de Manolo. Por tanto, Manolo debería llevar a cabo el ejercicio de la ya citada acción de recobro de sus bienes que establece el artículo 197 CC, debiendo María entregarle (al haber vendido los inmuebles), el precio recibido por los mismos, es decir, con respecto a la casa, el 50% del precio, es decir, 120.000 euros, y con respecto al piso, los 175.000 euros. Pero en este último supuesto cabría valorar la posibilidad de aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 1291.2º en relación con el apartado 1º CC⁷⁵ para la situación de ausencia, en virtud del cual, se entiende que aquellos contratos celebrados en representación de los ausentes, y cuando el ausente sufra una lesión en más de la cuarta parte del valor de los inmuebles (en este caso), objeto de dichos contratos, estos son rescindibles. Así, en este caso, si restamos al valor del inmueble (250.000 euros) la cuarta parte de dicho valor (62.500 euros), obtendremos un valor de 187.500 euros, y dado que el piso se vende por 175.000 euros, podemos observar claramente como se lesiona el valor del inmueble en más de una cuarta parte del mismo.

⁷² Artículo 756. 2º CC: *“Son incapaces de suceder por causa de indignidad: (...) 2.º El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima.”*

⁷³ Artículo 755 CC: *“Será nula la disposición testamentaria a favor de un incapaz, aunque se la disfrace bajo la forma de contrato oneroso o se haga a nombre de persona interpuesta.”*

⁷⁴ Artículo 757 CC: *“Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.”*

⁷⁵ Artículo 1291. 1º y 2º CC: *“Son rescindibles: 1.º Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos. 2.º Los celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior.”*

Pero como hemos dicho, esto solo sería una posibilidad, pues no se contempla específicamente en la ley la aplicación de tal analogía⁷⁶.

Por último, en lo que se refiere a los derechos que cada uno ostenta sobre estos inmuebles, hay que decir que en el caso de que María no incurriese en la causa de indignidad a la que hemos hecho referencia previamente, y siempre y cuando las ventas se hayan hecho con buena fe, tanto María como los terceros adquirentes Eustaquio y Miriam, poseen plenos derechos sobre los mismos. Así, María ostentaría el derecho de propiedad sobre los mismos, es decir, en función a lo establecido en el artículo 348 CC⁷⁷, le correspondería el derecho a gozar y disponer de los inmuebles por el hecho de haber sido instituida heredera universal de Manolo. Pero en el momento en que vende a Eustaquio y a Miriam la casa y el piso respectivamente, estos se convierten en propietarios, en los términos establecidos en el artículo 1450 CC: *“La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado.”* En este caso, Manolo ostenta el citado derecho a ejercer la acción de recobro establecida en el artículo 197 CC por la que debe recobrar sus bienes, o en su caso, como es el presente, el precio de los que se hubiesen vendido.

Pero si entendiéramos que María ha incurrido en causa de indignidad, entonces no tendría ese derecho de propiedad, pues se encontraría incapacitada para suceder, y entraríamos, como ya hemos dicho antes, en materia de venta de cosa ajena. Así, el vendedor, en este caso María, estaría obligado al saneamiento por evicción previsto en el artículo 1475 CC en cuanto al tercero adquirente de buena fe. Manolo tendría en este caso derecho a ejercer una acción reivindicatoria de lo que es suyo.

C) Cuenta bancaria

En lo referente a la cuenta bancaria, y siguiendo lo establecido por el Tribunal Supremo, al ser ambos cónyuges titulares de la cuenta bancaria, cualquiera de ellos *“tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta”*, según establece la STS 1010/2000 del 7 de noviembre en su fundamento jurídico tercero⁷⁸. Lo que esto quiere decir es que ambos pueden disponer del dinero existente en la cuenta, lo cual supondría que María, al gastar los 50.000 euros de la misma, actúa legítimamente, pues ese dinero le pertenece al igual que a Manolo. Además, al haber muerto Manolo, María heredaría igualmente ese dinero, a menos que como ya hemos dicho, sea considerada indigna. De todos modos, esta misma sentencia a la que hemos hecho referencia específica que esta cotitularidad *“no determina por sí*

⁷⁶ Artículo 4.1º CC: *“1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.”*

⁷⁷ Artículo 348 CC: *“La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.*

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.”

⁷⁸ STS 1010/2000 del 7 de noviembre, FJ 3º: *“Por ello, el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa prima facie, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí sólo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta.”*

sola la existencia de un condominio, que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos de que se nutre dicha cuenta”. Lo que esto supone es que en el momento en que Manolo ejerza la acción de recobro de sus bienes, en relación con el dinero de esta cuenta, habría que valorar el origen de los fondos de la misma, es decir, observar en función de los ingresos realizados qué cantidades le corresponderían a Manolo. En la misma línea se sitúa la STS 949/1997 del 27 de junio, cuando establece que “dichos “titulares bancarios” ostentan facultades de disposición frente al banco, bien individual o conjuntamente, pero no determina, por sí solo, la existencia de un condominio, ya que esto habrá de venir determinado por las relaciones internas entre ambos titulares y más concretamente en razón a la originaria pertenencia de los fondos depositados.”.

D) Conclusión

Una vez dicho todo lo anterior, podemos concluir diciendo que las ventas realizadas por María y el gasto de 50.000 euros de la cuenta bancaria de la que ambos eran titulares, son plenamente válidos siempre y cuando no hubiese recaído sentencia condenatoria sobre María en relación a la tentativa de homicidio doloso de Manolo, pues en ese caso, incurriría en causa de indignidad y no podría suceder en la herencia del mismo, y consecuentemente, la venta de esos bienes inmuebles constituiría una venta de cosa ajena debiendo hacer frente a la posible acción reivindicatoria ejercida por Manolo, y a la obligación de saneamiento con respecto a los terceros adquirentes de buena fe.

VII. CONCLUSIONES GENERALES.

Una vez resueltas todas las cuestiones planteadas, y con la intención de arrojar claridad sobre el caso, procederemos a realizar un balance final de todas ellas, para así tener una visión global del mismo.

Pues bien, en cuanto a la primera de las cuestiones, entendemos que el matrimonio entre María y Marcial es plenamente válido, pues al adquirir firmeza el auto por el que se declara fallecido a Manolo, el matrimonio entre este y María resulta disuelto, por lo que podrá contraer segundas nupcias sin ningún tipo de impedimento. Por tanto, Manolo no tendrá que llevar a cabo ningún tipo de acción legal para poner fin a dicho matrimonio porque este ya se encuentra disuelto.

En lo referente a la segunda cuestión, y en relación al delito cometido por María, consideramos que se trata de una tentativa de homicidio doloso, pero apreciando dolo eventual al tirar a su marido por la borda del barco movida por la ira, sabiendo que puede morir pero aceptando ese resultado de muerte a pesar de que no parece que fuese lo que ella buscada de forma directa. Por otro lado, en relación a las escuchas telefónicas, no serían válidas a los efectos de acusar a María de matar a Manolo, ya que se la acusa a través del hallazgo casual descubierto mediante las intervenciones telefónicas decretadas para Marcial; de este modo, como hemos dicho en la previa conclusión de esta cuestión nº 2, *“la intervención sería nula y no podría ser acusada de asesinato, pues en virtud del artículo 17.1 de la LECrim, cada delito dará lugar a la formación de una única causa, con la excepción de los delitos conexos que deben ser investigados y enjuiciados en la misma causa”*; así, al no darse tal conexidad en este caso, lo que se debería haber hecho es iniciar una nueva instrucción para investigar el supuesto delito cometido por María, y de ese modo, poder acusarla si resultase oportuno.

En cuanto a la tercera cuestión, en lo relativo al comportamiento de Marcial, será de aplicación el artículo 173.2º CP en cuanto se trata de un delito de violencia doméstica habitual, en concurso real con cada uno de los delitos concretos que tienen lugar y que se especifican en ese apartado primero de la cuestión nº 3. Por otro lado, en lo relativo a la vuelta a la convivencia de María y Marcial, nos encontraríamos ante un quebrantamiento de medida cautelar por parte de Marcial, dado que el consentimiento de María en este caso resulta irrelevante a la hora de eliminar la antijuridicidad del hecho; además, en caso de que se probase que la voluntad de María de retomar la convivencia era libre y no se encontraba en ningún caso condicionada por Marcial ni por el Síndrome de la Mujer Maltratada, solo en este caso podría considerarse la posibilidad de algún tipo de responsabilidad penal para María en calidad de posible cooperadora necesaria.

En cuanto a la cuarta y última cuestión, como hemos dicho, la validez de las ventas efectuadas por María, y los derechos sobre los inmuebles dependerán de que esta haya incurrido o no en causa de indignidad en función de haber sido o no condenada por la tentativa de homicidio doloso de Manolo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

1. Bases de datos.

<http://laleydigital.laley.es/>

<http://aranzadi.aranzadidigital.es>

<http://www.tirantonline.com>

2. Portales web.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/>

<http://www.tribunalconstitucional.es>

<http://www.congreso.es>

<http://portaljuridico.lexnova.es>

<https://www.boe.es>

3. Bibliografía.

ALMELA VICH, CARLOS. *El tratamiento penal del delincuente toxicómano*. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, SUSANA. *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal*. (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en el domicilio); septiembre 2011. www.riedpa.com

BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, RODRIGO. *Manual de Derecho Civil; Derechos Reales*. Madrid: Editorial Bercal, 2015.

CABALLERO GEA, JOSÉ ALFREDO. *Violencia de Género, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Penal y Civil; Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y Fiscalía General del Estado*. Madrid: Editorial Dykinson, 2013.

CORRAL TALCIANI, HERNÁN F. *La Declaración de Fallecimiento*, Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

DOMÍNGUEZ RUIZ, LIDIA. *Tutela procesal de la Violencia de Género: Cuestiones controvertidas y soluciones recientes*. Diario La Ley nº 7327; enero 2010.

GARCÍA SAN MARTÍN, JERÓNIMO. *El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal*. La Ley Penal nº 109; julio- agosto 2014.

GIRBAU COLL, ALEXANDRE. *La diligencia de investigación criminal consistente en la observación de comunicaciones telefónicas: una necesaria sistematización de las orientaciones jurisprudenciales*. Diario La Ley nº 8116; julio 2013.

GUINEA FERNÁNDEZ, DAVID RAFAEL. *La Declaración de Fallecimiento en el Derecho Español*. Madrid: La Ley, 2011.

LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS. *Parte General y Derecho de la Persona*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2007.

MAGRO SERVET, VICENTE. *La necesaria nueva regulación de las intervenciones telefónicas a raíz de la Jurisprudencia del TEDH, TC y TS*. Diario La Ley nº 6145; diciembre 2004.

MAGRO SERVET, VICENTE. *Manual práctico de actuación policial- judicial en medidas de limitación de derechos fundamentales*. Madrid: Editorial La Ley, 2006.

MONTALBÁN HUERTAS, INMACULADA. *Incumplimiento de la orden de alejamiento en función de la valoración del consentimiento de la víctima*. Diario La Ley nº 6998; julio- agosto 2008.

PÉREZ- CURIEL CECCHINI, JOSE. *Tratamiento penal del drogodependiente*. Oviedo: Editorial Forum, 1999.

RASILLO LÓPEZ, PILAR. *El delito de quebrantamiento de condena y de medida cautelar consentido*. Diario La Ley nº 6998; julio 2008.

RIVERO ORTIZ, RAFAEL. *Hallazgos casuales en los delitos y faltas. Nuevos pronunciamientos jurisprudenciales*. Diario La Ley nº 7846; abril 2012.

VIVES ANTÓN, TOMÁS S.; ORTS BERENGUER, ENRIQUE; CARBONELL MATEU, JUAN C.; GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L.; Y MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, CARLOS. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS

Tribunal Constitucional

STC 114/1984 de 29 de noviembre

STC 81/1998 de 2 de abril

Tribunal Supremo

STS 1424/1993 de 18 de junio

STS 104/1997 de 15 de enero

STS 949/1997 del 27 de junio

STS 726/1998 del 22 de enero

STS 1010/2000 del 7 de noviembre

STS 382/2001 de 13 de marzo

STS 1750/2003 de 18 de diciembre

STS 645/2004 del 14 de mayo

STS 320/2005 de 10 de marzo

STS 1156/2005 de 26 de septiembre

STS 897/2005 de 17 de noviembre

STS 86/2006 de 12 de febrero

STS 181/2006 de 22 de febrero

STS 10/2007 de 19 de enero

STS 105/2007 de 14 de febrero

STS 904/2007 del 8 de noviembre

STS 1050/2007 de 20 de diciembre

STS 25/2008 de 29 de enero

STS 577/2008 de 1 de diciembre

STS 877/2008 de 4 de diciembre

STS 901/2009 de 22 de enero

STS 496/2009 de 12 de mayo

STS 755/2009 de 13 de julio

STS 14/2010 de 28 de enero

STS 407/2010 de 18 de junio

STS 539/2011 de 26 de mayo

STS 474/2012 del 17 de mayo

STS de 11 de junio de 2013 (Aranzadi RJ 2013\5361)

STS 1160/2015 de 16 de julio

STS 647/2016 de 7 de abril

Audiencias Provinciales

AP de Barcelona de 21 de febrero de 2007

Acuerdos Tribunal Supremo

Acuerdo adoptado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 25 de noviembre de 2008

X. ANEXOS

1. Anexo n° 1: Solicitud de diligencia de prueba, consistente en intervención telefónica.

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO

D., Procurador de los Tribunales, en nombre de D....., cuya representación consta acreditada en las Diligencias Previas n°, del Juzgado al que me dirijo, seguidas contra D., ante el mismo comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **D I G O:**

Que, mediante el presente escrito, esta parte solicita del Juzgado Instructor se proceda a la intervención de número de teléfono, cuyo titular es D., contra el que se siguen las presentes actuaciones y ello, por cuanto se tiene conocimiento de que el referido funcionario judicial continúa revelando información telefónica del procedimiento penal que en dicho Juzgado se sigue contra mi representado.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO, que teniendo por presentado éste escrito y sus copias, y por solicita la anterior diligencia de prueba, acuerde la práctica de la misma, disponiendo lo necesario para llevarla a cabo.

OTROSI DIGO: Que a los efectos de la eficacia de la práctica de la prueba solicitada y a tenor de lo previsto en el art. 302 de la LECRIM , solicita esta parte, que para el supuesto de que se acordará la intervención telefónica solicitada se dicte Auto mediante el que se declare el secreto parcial de las actuaciones, puesto que el conocimiento previo de la prueba, daría lugar a la inutilidad de la misma. **SUPLICO AL JUZGADO**, tenga por hecha esta manifestación, y acuerde conforme a la misma.

(Lugar y Fecha) (Firma de Letrado y Procurador)

2. Anexo nº 2: Auto acordando intervención telefónica.

Juzgado de Instrucción nº

Diligencias Previas nº

AUTO

(Lugar y Fecha)

I. HECHOS

ÚNICO.- La Policía judicial ha presentado informe mediante que revela que existen indicios de que D., se dedica a la introducción en nuestro territorio de sustancias estupefacientes. Los indicios son los siguientes (exponer)

El reseñado vive en, calle y utiliza el número de teléfono

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Se tienen indicios de que las actividades referidas en el hecho único de este Auto, las realiza D., utilizando para ello el nº de teléfono....., cuyo titular es el citado. Mediante la intervención de tal teléfono, pueden obtenerse pruebas sobre la comisión de un delito de tráfico de estupefacientes, en el que pudiera estar implicado D., titular del referido número, es procedente ordenar la intervención telefónica de tal número, que se llevará a cabo por la Policía judicial, Grupo de Estupefacientes, y ello a tenor y conforme autoriza el art. 18.3 CE en relación con los artículos 299, 579 y demás concordantes de la LECRIM.

(Art. 588 bis c LECRIM:

1. El juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal. Esta resolución se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud.

2. Siempre que resulte necesario para resolver sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos expresados en los artículos anteriores, el juez podrá requerir, con interrupción del plazo a que se refiere el apartado anterior, una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud.

3. La resolución judicial que autorice la medida concretará al menos los siguientes extremos:

a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.

b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.

c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance, así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a.

d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

e) La duración de la medida.

f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.

g) La finalidad perseguida con la medida.

h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia).

Los indicios se han obtenido de las declaraciones efectuadas por D. y D., que constan en las presentes actuaciones.

En atención a lo expuesto.

DISPONGO: Ordenar la intervención de la línea nº, perteneciente al abonado D., que se llevara a cabo por el Grupo de Estupefacientes de, y ello durante 30 días, debiendo de dar cuenta del resultado de la referida intervención, diariamente.

Al fin indicado, líbrese oficio al Ilmo. Sr., Delegado en de la Compañía, que será entregado en mano a la fuerza solicitante, a la vez que le será notificada la presente resolución a los fines en ella acordados.

Esta resolución no es firme y frente a ella cabe recurso de reforma a interponer ante este Juzgado y en el plazo de TRES días.

Así lo acuerda, manda y firma D., Magistrado-Juez del Juzgado de; Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se cumple lo ordenado, doy fe.

3. Anexo n° 3: Escrito de impugnación de la licitud de la prueba en el proceso penal.

AL JUZGADO DDE INSTRUCCIÓN N° DE

D., procurador de los Tribunales, en nombre de D.....
cuya representación consta debidamente acreditada en las Diligencias Previas n°
....., ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho D I G

Que mediante providencia de fecha se ha dado traslado a esta parte del
escrito presentado por la representación procesal de la Acusación Particular al que se
acompañan diferentes documentos.

Que mediante el presente escrito IMPUGNO los documentos número TRES a SEÍS
aportados por dicha representación procesal y ello por considerar dicha **PRUEBA
ILICITA** y ello sobre la base de las siguientes:

ALEGACIONES

Primera.- Se aportan por el querellante en su escrito de fecha, quince
documentos numerados del uno al quince. Los documentos números tres a seis son
facturas del teléfono móvil de mi representada emitidas por la empresa de telefonía
....., correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo y abril del año 2012. En
las referidas facturas consta el domicilio de mi representada, sito en la calle
..... de esta ciudad, así como se describe en las mismas los diferentes números,
duración e importe de las llamadas realizadas desde el teléfono móvil de su propiedad n°
....., que afectan a los meses anteriormente referenciados.

Segunda.- Consta debidamente acreditado en las actuaciones que el hoy querellante
abandono el domicilio conyugal el 1 de noviembre de 2011 y ello a tenor de las
manifestaciones del querellante efectuadas en la demanda de divorcio contencioso n°
..... que se sigue ante el Juzgado de primera instancia n° de esta ciudad
y que obra en este procedimiento, en la que textualmente se dice :

*"Mi representado el 1 de noviembre de 2011 abandono el domicilio familiar sito en la
calle De la ciudad de con sus pertenencias, viviendo desde dicho día
en el domicilio de sus padres sito en"*

Tercera.- A tenor de lo anterior la única posibilidad que se presenta es que el
querellante dispusiese con fecha posterior al abandono del domicilio conyugal de las
llaves del buzón sito en la cancela. Si bien mi representada cambio las llaves de la
vivienda, lo cierto es que ha mantenido las del referido buzón. Obvio resulta decir que
la compañía telefónica remite mensualmente a mi representada las
correspondientes facturas, dirigidas únicamente a esta y en sobre cerrado y ello desde el
año 2004 en que se contrataron por esta los servicios de dicha mercantil telefónica.

Cuarta.- Las referidas facturas aportadas a este procedimiento se han obtenido por D.vulnerando el secreto a las comunicaciones, al abrir dicha correspondencia dirigida a mi representada sin su consentimiento ni autorización alguna. Las pruebas obtenidas ilícitamente son radicalmente nulas e inutilizables en el proceso, como lo es también que, conforme a los artículos 238 y 11.1 LOPJ no surtirán efecto alguno las pruebas logradas, directa o indirectamente, violentando derechos y libertades fundamentales y que ello es aplicable en lo que respecta a la aportación de las facturas telefónicas que privativamente se enviaron a mi representada, acusada en este proceso penal.

En este sentido se ha pronunciado entre muchas otras la STS de 15 de enero de 1999 (Pte. Sr. D. Eduardo Moner Muñoz (TOL 2.851):

CUARTO.- El art. 11.1 de la LOPJ dispone que En todo tipo de procedimientos no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal.

La prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, (directa o indirectamente), pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso.

Prohibir el uso directo de estos medios probatorios y tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, surtirían efecto. Los frutos del árbol envenenado deben estar, y están (art. 11.1 de la LOPJ), jurídicamente contaminados.

El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir prueba diferente (pero derivada), con prueba independiente (sin conexión causal).

En el caso actual, la totalidad de la prueba de cargo practicada procede directa o indirectamente de intromisiones en la intimidad constitucionalmente ilícitas, por lo que procede dictar segunda sentencia absolutoria, en virtud del principio de presunción de inocencia.

QUINTO.-Procede, pues, casar y anular la sentencia de instancia, en tal particular, dictándose a continuación la procedente.

Caso similar al acaecido en este procedimiento es el recogido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección Octava) de fecha 30/04/2001 (TOL 123.704).

Consideramos pues que ha de procederse a declarar la nulidad de las pruebas obtenidas con violación del derecho fundamental de Dña.al secreto de las comunicaciones, sin que dicha documental pueda ser utilizable en el proceso, si bien esta representación

se reserva las acciones pertinentes contra el querellante por la obtención de dicha prueba.

En _____ su _____ virtud,

SUPLICO AL JUZGADO, tenga por presentado este escrito y sus copias, lo admita a tramite y de conformidad con lo expuesto declare LA NULIDAD de las pruebas aportadas por el querellante a su escrito de fecha como documentos números tres a seis por haberse obtenido ilícitamente con vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de Dña

(Lugar y fecha)

4. Anexo nº 4: Número de denuncias por violencia de género por Comunidades Autónomas

5. Anexo nº 5: Víctimas mortales por violencia de género 2016.

6. Anexo nº 6: Formulario de solicitud de orden de protección.

7. Anexo nº 7: Modelo de revocación de declaración de fallecimiento.