



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

DERECHO

VIOLENCIA DOMÉSTICA

Y

VENTA DE COSA AJENA

ALUMNA: María Apenela Paz

TUTOR: Julio García Camiñas

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

BLOQUE 1: CUESTIONES DE DERECHO CIVIL

Cuestión 1 – Dictamen sobre la validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial y acciones legales que puede llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste

1.	Introducción	3
1.1.	La declaración de fallecimiento.....	3
1.2.	Los supuestos legalmente establecidos	4
1.3.	Cuestiones procesales.....	6
2.	Efectos de la declaración de fallecimiento en la esfera matrimonial.....	8
3.	La revocación de la declaración de fallecimiento	9
3.1.	Introducción	9
3.2.	Efectos en la esfera matrimonial	9
4.	Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial.....	10
5.	Acciones que Manolo podría ejercitar	11

Cuestión 2 – Dictamen sobre la validez jurídica y las acciones a llevar a cabo por Manolo con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por María a Eustaquio y a Miriam y derechos que ostenta cada uno sobre los mencionados inmuebles

1.	Efectos de la declaración de fallecimiento en la esfera patrimonial.....	13
1.1.	Apertura de la sucesión mortis causa	13
1.2.	Devengo del Impuesto de Sucesiones	14
1.3.	Percepción del seguro de vida	14
1.4.	Percepción de las prestaciones de Seguridad Social.....	14
2.	Efectos en la esfera patrimonial de la revocación de la declaración de fallecimiento.....	16
2.1.	Recuperación del patrimonio.....	16
2.2.	Reclamación de sus derechos hereditarios por parte del declarado fallecido	17
2.3.	Devolución del Impuesto de Sucesiones	17
2.4.	Restitución de la indemnización por el seguro de vida	18
2.5.	Reintegración de las prestaciones de Seguridad Social recibidas.....	18
3.	Posibles causas por las que Manolo podría intentar reclamar a María los bienes	18
3.1.	Causas de indignidad.....	18
3.2.	Venta de cosa ajena	19
4.	Derechos sobre los bienes y acciones a llevar a cabo por Manolo	19

BLOQUE 2: CUESTIONES DE DERECHO PENAL

Cuestión 3 – Dictamen sobre las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo y validez de las escuchas telefónicas realizadas

1.	Cuestiones procesales preliminares.....	20
1.1.	Competencia de los Tribunales españoles	20
1.2.	Consideraciones sobre la Ley penal más favorable al reo	21
2.	Calificación de los hechos.....	23
2.1.	Calificación del delito	23
2.2.	Circunstancias concurrentes	25
2.2.1.	Enajenación mental y trastorno mental transitorio o arrebató u obcecación.....	25
2.2.2.	Dilaciones indebidas	28
2.2.3.	Confesión	28
2.2.4.	Circunstancia mixta de parentesco.....	29
2.3.	Determinación de la pena	29
2.4.	Tribunal competente en razón de la calificación y proceso de enjuiciamiento	32
3.	Calificación de las escuchas telefónicas.....	32
4.	Cuestiones referentes a la acusación por asesinato	35

Cuestión 4 – Dictamen sobre las consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y Elisa y sobre la vuelta a la convivencia de María y Marcial tras la primera denuncia de ésta

1.	Consecuencias penales	36
1.1.	Delito de violencias habituales en el ámbito familiar.....	36
1.2.	Hechos violentos concretos	39
1.2.1.	Hechos ocurridos en enero de 2010	39
1.2.2.	Hechos ocurridos en marzo de 2010.....	40
1.2.3.	Hechos ocurridos en septiembre de 2012.....	41
1.2.4.	Hechos ocurridos en octubre de 2013	42
1.3.	Quebrantamiento consentido de la orden de alejamiento	44
1.4.	Condena a imponer.....	45
2.	Responsabilidad civil y costas procesales	45

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CE	Constitución española de 1978
Cfr.	Cónfer (compárese)
CIC	Código de Derecho Canónico de 1983
CNUDM	Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982
Coord.	Coordinador
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
CP-1995	Código Penal en su redacción en 1995.
CP-2010	Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP en su redacción en 2010)
CP-2015	Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP en su redacción en 2015)
Ed.	Edición
et al.	Et álii (y otros)
FGE	Fiscalía General del Estado
Ibid.	Ibídem (en el mismo lugar)
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LEC-1881	Real decreto de 3 de febrero de 1881, por el que se promulga la Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LGSS-1994	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
OM 31 julio 1972	Orden Ministerial de 31 de julio de 1972, que desarrolla el Decreto 1646/1972
op. cit.	Ópere citato (en la obra citada)
p.	Página
pp.	Páginas
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Vide (véase)
VV.AA.	Varios autores

BLOQUE 1: CUESTIONES DE DERECHO CIVIL

Cuestión 1 – Dictamen sobre la validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial y acciones legales que puede llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste.

Legislación aplicable:

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Código de Derecho Canónico de 1983
- Real decreto de 3 de febrero de 1881, por el que se promulga la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Hechos relevantes:

- 26 de marzo de 1996:
Manolo, de 40 años, y María, de 37 años, contraen matrimonio.
- 30 de junio de 2007:
Manolo y María realizan un viaje en barco en el cual se produce un accidente del cual sólo consigue regresar María.
- Tiempo después, Manolo es declarado fallecido.
- 17 de agosto de 2009:
María contrae segundas nupcias con Marcial.
- 3 de enero de 2014:
Manolo reaparece.

1. Introducción

1.1. La declaración de fallecimiento

El contexto en el que se encuentran Marcial, María y Manolo es una situación atípica, derivada de la declaración de fallecimiento de éste último. Es por ello que cabe analizar la institución de la declaración de fallecimiento, sus efectos y las consecuencias de su revocación.

Ante la desaparición de una persona, ignorándose si vive o dónde está y con fundamento en que las relaciones jurídicas de dicho individuo no pueden quedar indefinidamente en suspenso, se podrá nombrar un defensor de los bienes del desaparecido (ausencia de hecho), un representante legal del declarado ausente (ausencia legal) o declararse el fallecimiento (declaración de fallecimiento). De estas tres fases que contempla el Derecho Civil español, y que no tienen por qué darse de manera consecutiva, es la última en la que nos interesa profundizar.

La declaración de fallecimiento es “una institución encaminada a establecer el momento en que se debe reputar fallecidas a las personas que se hallen en situaciones legalmente previstas para tal fin”¹. Su finalidad es funcionar como sustitutivo legal de la muerte, produciendo efectos similares a los que ésta provoca. Esta figura “responde a la idea de que, desconociéndose en verdad cuál ha sido la suerte de una persona, se presume, en base al transcurso del tiempo y a las circunstancias concurrentes en su desaparición, que ha muerto”². Se trata pues de una situación autónoma e independiente, que cabe deslindar, por una parte, de la ausencia legal, en tanto en cuanto no es una fase de ésta, como ya se explicitaba en el derogado artículo 2042 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante, LEC-1881)³; y, por otra parte, de la prueba de la muerte, pues la declaración de fallecimiento constata la desaparición y no la muerte, y únicamente gracias a un juicio de probabilidad y a una valoración de oportunidad realizados por el legislador alcanza los efectos propios del fallecimiento real. Asimismo, debemos también distinguir esta figura de la inscripción de la defunción, por las mismas razones por las que se diferencia de la prueba de muerte, puesto que la mencionada inscripción se hace en base a la certeza de la muerte del difunto, incluso cuando el cadáver hubiere desaparecido o se hubiese inhumado antes de la inscripción⁴, mientras que el fundamento de la declaración de fallecimiento es la incertidumbre sobre el estado del desaparecido.

Además de esta autonomía e independencia, son también caracteres de la declaración de fallecimiento, en primer lugar, y al no equipararse a la muerte ni a su prueba, la no extinción de la personalidad del declarado fallecido, que “mantiene su capacidad jurídica y de obrar, pero sus posibilidades de actuación en el lugar donde tiene eficacia la declaración de fallecimiento quedan muy limitadas”⁵, ya que al declarado fallecido, en caso de que viva, no se le niega la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones ni la capacidad para ejercerlos, no pudiendo ponerse impedimentos a que los hechos, actos o negocios que lleve a cabo desplieguen su eficacia allí donde se encuentre, pero, al considerarse sucedida la muerte, para que se admita la eficacia jurídica de los actos realizados donde tuvo lugar la declaración de fallecimiento, debe revocarse ésta⁶. En segundo lugar, posee eficacia general o *erga omnes*, ya que sus efectos “no se restringen a los que han intervenido en el expediente en el que se ha obtenido la declaración sino que se extienden a la generalidad de los ciudadanos”⁷, pudiendo acceder al Registro Civil, como establece el artículo 198 del Código Civil (en adelante, CC)⁸ y el artículo 4.14º de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁹ y ya afirmaba anteriormente el artículo 5 de la derogada Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. Finalmente, en tercer lugar, la declaración de fallecimiento permite la producción de determinados efectos

¹ GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, La Ley, 2011, p. 74.

² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y derecho de la persona*, 5ª ed., Bercal, 2011, p. 77.

³ “La declaración del fallecimiento a que se refieren los artículos 193 y 194 del Código Civil, no requiere la previa declaración de ausencia legal” (art. 2042 LEC-1881).

⁴ “Cuando el cadáver hubiera desaparecido o se hubiera inhumado, no basta para la inscripción la fama de muerte, sino que se requiere certeza que excluya cualquier duda racional” (art. 278 del Reglamento del Registro Civil).

⁵ GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *op. cit.*, p. 93.

⁶ *Ibid.*, pp. 239 y ss.

⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán F., *La declaración de fallecimiento*, Tecnos, 1991, p. 62.

⁸ “En el Registro Civil se harán constar las declaraciones de desaparición, ausencia legal y de fallecimiento”.

⁹ “Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles (...) Las declaraciones de ausencia y fallecimiento”.

similares a los de la muerte, que se consolidan de una manera gradual o progresiva, como se desprende del artículo 196 del Código Civil, que posteriormente analizaremos.

1.2. Los supuestos legalmente establecidos

Centrándonos ya en los supuestos legales ante los que nuestra legislación civil permite instar la declaración de fallecimiento, nos encontramos en los artículos 193 y 194 CC¹⁰ con dos listados de situaciones en las que “procede la declaración de fallecimiento”. Ante esta normativa, existe una gran controversia doctrinal con respecto a la manera de sistematizar las mencionadas listas. Esta no es una cuestión menor, pues incide en la prevalencia de unas categorías sobre otras a la hora de encuadrar determinados supuestos en ellas, con la consiguiente divergencia de los plazos aplicables a la declaración de fallecimiento, teniendo importancia capital para discernir si la declaración de fallecimiento de Manolo se ha dictado correctamente o no.

SERRANO Y SERRANO¹¹ distingue entre supuestos de ausencia simple (apartados 1º y 2º del art. 193 CC) y supuestos de ausencia cualificada o declaración de fallecimiento de los desaparecidos, categoría que subdivide en tres casos particulares (art. 194 CC) y un supuesto general aplicable a los casos que no se encuadren en los supuestos particulares (apartado 3º del art. 193 CC).

Por su parte, CORRAL TALCIANI¹², basándose en el juicio de probabilidad que ha de realizar el Juez, divide las hipótesis legales en: casos de simple incomunicación, en los que el juicio de probabilidad de la muerte se fundamenta en la incomunicación del sujeto con los suyos (apartados 1º y 2º del art. 193 CC); casos de peligro general para la vida, en los que la probabilidad de muerte se basa en que la persona se ha visto expuesta a una situación objetivamente peligrosa durante un periodo de tiempo pero sin poderse probar que ha sufrido un peligro concreto, real y directo (art. 194 CC); y casos de peligro concreto y directo para la vida que supone un riesgo inminente de muerte, en los que la probabilidad de la muerte surge de la comprobación de que el riesgo no sólo ha rodeado genéricamente a una persona sino que la ha afectado de manera concreta (apartado 3º del art. 193).

Según las dos posturas anteriores, los supuestos del art. 193.3º CC son de aplicación preferente a los del art. 194 CC y estos últimos a su vez deben aplicarse con preferencia a los de los apartados 1º y 2º del art. 193 CC.

En contraposición, GUINEA FERNÁNDEZ¹³ rechaza las anteriores clasificaciones y propone una dividida en: casos de simple desaparición, en los que la desaparición del interesado se produce sin que concurren circunstancias que permitan concluir que se vio sometido a acción violenta o siniestro (en los que el supuesto del art. 193.1º CC es la regla general y el del art. 193.2º CC es la regla especial) y casos de desaparición en circunstancias extraordinarias, en los que la desaparición del interesado se produce en circunstancias que permiten acortar los plazos, subdividiéndose esta categoría a su vez en casos de riesgo por causa de violencia contra la vida (en los que el supuesto del art. 193.3º es la regla general y el del art. 194.1 la regla especial) y casos de siniestro (en los que el supuesto del art. 193.3º, párrafo primero, *in fine*, es la regla general y los del art. 194.2 y 3 CC son las reglas especiales).

Consideramos que, con respecto a la fecha en que suceden los hechos, esta última postura es la más acertada, pues tiene en cuenta la reforma de los artículos 193 y 194 CC introducida por la Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros, que añade, a los supuestos de naufragio, los casos de desaparición por inmersión en el mar. De esta forma, en el supuesto de Manolo será de aplicación la norma contenida en el art. 194.2º CC, ya que, si nos decantásemos por las otras posturas, se aplicaría de manera preferente el art. 193.3º CC, pues quien cae de un barco al mar sin poder ser rescatado está en claro riesgo inminente de muerte. Esta solución no nos parece razonable, al existir un precepto que contempla de manera específica la situación de Manolo.

¹⁰ Téngase en cuenta que la redacción de estos artículos aplicable al caso es la introducida por la Ley 4/2000, de 7 de enero (y no la vigente actualmente, implantada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria), por ser la aplicable a la fecha en que desapareció Manolo y se declaró su fallecimiento.

¹¹ SERRANO Y SERRANO, Ignacio, *La ausencia en el Derecho español*, Revista de Derecho Privado, 1943, pp. 354 y ss.

¹² CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, pp. 131 y 132.

¹³ GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *op. cit.*, pp. 125 y 126.

Así, entendemos que **la declaración de fallecimiento de Manolo debe dictarse en virtud del art. 194.2º CC**¹⁴ por diversas razones. Puesto que en el supuesto de hecho no se nos indica la entidad del accidente del barco, si se pudiese calificar como “naufragio”, en el sentido de “pérdida o ruina de la embarcación en el mar o en río o lago navegables”¹⁵, la desaparición de Manolo entraría dentro de lo dispuesto por el citado precepto. Si no fuese posible realizar dicha calificación, aun así estaríamos ante un caso del art. 194.2º CC, ya que, aunque no ha habido un naufragio como tal, Manolo ha desaparecido por inmersión en el mar, y por tanto entra dentro del supuesto regulado. Tampoco se nos indica el tipo de barco en el que navegaban pero, como sostiene la doctrina¹⁶, por “nave” se entiende todo tipo de embarcación, con lo que no supone problema alguno.

Aunque, como ya hemos mencionado, existe en el ámbito teórico el criterio de que sólo la certeza de muerte que excluya cualquier duda racional supondrá la inscripción de la defunción fuera de plazo (supuestos de desaparición o inhumación del cadáver), en la práctica se ha apreciado con cierta laxitud la existencia de la certeza, desdibujándose las líneas que separan la mencionada figura y la declaración de fallecimiento. En los casos de desaparición a bordo de nave naufragada, se ha consentido el inscribir la defunción “a la vista del hundimiento del buque, las circunstancias del salvamento de otros náufragos, el estado de la mar, y el último momento en que fueron avistados los tres oficiales de máquinas del buque siniestro, cuya muerte heroica ha sido reconocida socialmente”¹⁷ y, sin embargo, se ha resuelto que procede la declaración de fallecimiento “siendo vista la embarcación por diversas personas, presentando dificultades en su navegación”¹⁸. En cuanto a los supuestos de desaparición por inmersión, la inscripción de la defunción fuera de plazo ha sido admitida en caso de caída al mar sin que las tareas de búsqueda localizasen el cadáver y existiendo un testigo presencial que declaró que el desaparecido se arrojó al mar por la borda del buque; mientras que se entendió que procede la inscripción de la defunción fuera de plazo cuando “estaban pescando (...) y una ola se llevó a su compañero”¹⁹ o en caso de la desaparición corroborada por un testigo de un submarinista que realizaba labores de descompresión²⁰.

Así las cosas, **según el art. 194.2º CC, procede la declaración de fallecimiento en el plazo de tres meses, que se computará desde la comprobación del naufragio o desde la desaparición sin noticias en caso de inmersión en el mar.** Además, en el segundo párrafo del artículo se establece una presunción de naufragio, que en este caso entendemos que no entrará en juego, puesto que al existir supervivientes del naufragio o testigos de la inmersión (la propia María), habrá manera de comprobar la fecha del naufragio o de la inmersión. CORRAL TALCIANI²¹ entiende que el plazo en estos casos no se inicia en el momento del naufragio sino en el día que queda legalmente acreditado, siendo preciso que sea declarado en alguna resolución de autoridad gubernativa o judicial, y solamente desde la fecha de esta resolución desde la que podrá computarse el plazo. Así, al indicársenos que la producción del accidente en el viaje en barco tiene lugar el día 30 de junio de 2007, tomaremos esta fecha como la de comprobación del naufragio o la inmersión, concluyendo que **la declaración de fallecimiento de Manolo podrá dictarse a partir del 30 de septiembre de 2007.**

Como hemos mencionado anteriormente, este art. 194 CC ha sufrido una modificación el pasado año 2015. Por ello, en la actualidad, la solución habría sido diferente. La declaración de fallecimiento procedería en virtud del art. 194.2º CC²², pues resulta acreditado el naufragio de la nave o la inmersión en el mar, pero en

¹⁴ “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. Se presume ocurrido el naufragio si el buque no llega a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido seis meses contados desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje”

¹⁵ Diccionario de la Real Academia Española.

¹⁶ Vid. CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p. 147; GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *op. cit.*, p. 176.

¹⁷ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN) de 22 de julio de 1987 (Westlaw Aranzadi, RJ 1987\5885).

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS), de 24 de febrero de 1987, FJ 2º (Westlaw Aranzadi, RJ 1987\1009).

¹⁹ RDGRN de 4 de mayo de 1994 (Westlaw Aranzadi, RJ 1994\4169).

²⁰ Auto de la Audiencia Provincial (en adelante, AP) de Madrid, de 13 de mayo de 2004 (Westlaw Aranzadi, AC 2004\1203)

²¹ CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, pp. 148 y 149. Esta postura la respalda también GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *op. cit.*, p. 186.

²² “Procede también la declaración de fallecimiento: (...) 2º De los que resulte acreditado que se encontraban a bordo de una nave cuyo naufragio o desaparición por inmersión en el mar se haya comprobado, o a bordo de una aeronave cuyo siniestro se haya verificado y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes”.

este caso sería de aplicación el plazo prescrito en el art. 194.3º CC²³, relativo a personas de las que no se tuviese noticia después de dicho naufragio o inmersión en el mar, habiéndose acreditado que se encontraban en la nave en la que el siniestro tuvo lugar, procediendo en estos supuestos a declararse el fallecimiento al transcurso de ocho días del accidente. De este modo, la declaración de fallecimiento de Manolo procedería a partir del día 8 de julio de 2007.

Surge aquí el problema de que estas fechas que hemos indicado son las que se establecen para fijar el momento a partir del cual se puede solicitar la declaración de fallecimiento, pero no indican la manera de fijar la fecha en la que la muerte se entiende ocasionada. Con respecto a este punto, se establece en el art. 195 CC la necesidad de que las declaraciones de fallecimiento expresen la fecha a partir de la que se entiende producida la muerte²⁴. Para determinar la fecha de la muerte, pueden seguirse diferentes criterios (fecha de la desaparición, fecha del auto de declaración de fallecimiento, fecha en la que se cumplen los plazos legales...) avalando el Tribunal Supremo (en adelante, TS), en STS de 19 de mayo de 1945²⁵, la discrecionalidad judicial para fijar la fecha de la muerte al amparo del mencionado art. 195 CC, interpretando que este artículo diferenciaba la declaración de fallecimiento, para la que exigía el transcurso de los plazos establecidos, del instante preciso en el que la muerte tuvo lugar. Así, debemos estimar que el juez, cuando las circunstancias y las pruebas realizadas lleven a la determinación de que la muerte se produjo en fecha distinta a la que se establece en los arts. 193 y 194 CC, podrá fijar una fecha diversa a la establecida en estos preceptos. Actualmente y para el caso que nos ocupa, este problema ha quedado superado, debido a la norma contenida en el párrafo 3º del art. 74.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que establece que, para los supuestos de los apartados 2º y 3º del art. 194 CC, el Secretario judicial declarará el fallecimiento “expresando como fecha a partir de la cual [la muerte] se entiende sucedida, la del siniestro”. A la vista de lo anteriormente expuesto, entendemos que **debe establecerse como fecha de la muerte de Manolo el día 30 de junio de 2007, por poderse comprobar acaecidos, bien el naufragio o bien la inmersión, en esa fecha.**

1.3. Cuestiones procesales

En el ámbito procesal, también se han suscitado cambios. Así, la regla 1ª del número 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)²⁶, por la que se sustituye la antigua LEC-1881, establece la vigencia del Libro III de la derogada norma hasta la publicación de una Ley sobre Jurisdicción Voluntaria. De este modo, con la promulgación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, este Libro III, y con él, los artículos relativos a la declaración de fallecimiento que contenía, quedan derogados, pasando a regularse el procedimiento para dictar dicha declaración por la mencionada Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Pese a estas modificaciones, **la normativa aplicable al caso de la declaración de fallecimiento de Manolo es la contenida en la LEC-1881, al establecer la disposición derogatoria única de la LEC su vigencia en el momento que ocurren los hechos y se le declara fallecido.**

Así, conforme a esta normativa, la declaración de fallecimiento se conseguirá por medio de un expediente de jurisdicción voluntaria por los trámites del juicio verbal (arts. 2031 y 2032 LEC-1881). El juez competente para declarar el fallecimiento será el Juez de Primera Instancia “del último lugar en que haya residido el ausente durante un año dentro del territorio español y, en su defecto, el del último domicilio” (63.24 LEC-1881) y la declaración podrán instarla las “partes interesadas y el Ministerio Fiscal” (2042 LEC-1881). Se entiende por partes interesadas: tanto el cónyuge o persona de análoga relación, como los parientes

²³ “Procede también la declaración de fallecimiento: (...) 3.º De los que no se tuvieren noticias después de que resulte acreditado que se encontraban a bordo de una nave cuyo naufragio o desaparición por inmersión en el mar se haya comprobado o a bordo de una aeronave cuyo siniestro se haya verificado, o, en caso de haberse encontrado restos humanos en tales supuestos, y no hubieren podido ser identificados, luego que hayan transcurrido ocho días”.

²⁴ “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”.

²⁵ (Tirant online, TOL4.458.468).

²⁶ “Se deroga la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, con las excepciones siguientes: 1.ª Los Títulos XII y XIII del Libro II y el Libro III, que quedarán en vigor hasta la vigencia de la Ley Concursal y de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, respectivamente, excepción hecha del artículo 1827 y los artículos 1880 a 1900, inclusive, que quedan derogados. Asimismo, hasta la vigencia de las referidas Leyes, también quedarán en vigor los números 1.º y 5.º del artículo 4, los números 1.º y 3.º del artículo 10 y las reglas 8.ª, 9.ª, 16.ª, 17.ª, 18.ª, 19.ª, 22.ª, 23.ª, 24.ª, 25.ª, 26.ª y 27.ª del artículo 63, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881”.

consanguíneos hasta el cuarto grado en quienes se pueda presumir el derecho de sucesión *ab intestato*, cualquier persona que racionalmente estime tener algún derecho o interés legítimo dependiente de la muerte²⁷, y el Ministerio Fiscal, existiendo controversia acerca de si se considera que puede solicitar la declaración de fallecimiento en cualquier caso, amparado por la defensa de la legalidad y el interés público²⁸, o si solamente podrá ejercitar la acción cuando exista un menor o incapaz, por proceder su legitimación de su función protectora de menores o incapaces²⁹.

Tanto las solicitudes como las oposiciones que se deduzcan se resolverán siguiendo los trámites del juicio verbal, por auto, contra el que se dará recurso apelación, que se sustanciará ante la Audiencia respectiva (2032 LEC-1881). Será necesaria la asistencia letrada, puesto que la excepción de la regla 3ª del art. 10 LEC-1881 sólo contempla la posibilidad de excluir dicha asistencia en supuestos de jurisdicción ordinaria por la cuantía y no por la materia, como es el caso³⁰. Sin embargo, no será perceptiva la intervención de procurador³¹. La instancia irá acompañada de todas las pruebas conducentes a justificar los requisitos del artículo conforme al cual se solicita la declaración de fallecimiento (en este caso, el art. 194.2º CC). El Juez acordará, de oficio y con intervención del Ministerio Fiscal, las averiguaciones e investigaciones que estime necesarias para la resolución del expediente, pudiendo decretar la práctica de cuantas pruebas crea convenientes (arts. 2031 y 2042 LEC-1881). Además, estará obligado a ordenar la publicación de edictos dando conocimiento de la existencia del expediente (2042 LEC-1881). Si tras la apertura del expediente se presenta la persona sobre la que se instó la declaración de fallecimiento o se demuestra su muerte, el expediente será sobreesido (2044 LEC-1881). En caso contrario, el expediente se resolverá mediante auto, declarando el fallecimiento o denegando la pretensión (2042 LEC-1881). Este auto podrá alcanzar la eficacia de cosa juzgada formal (1818 LEC-1881) y, si es denegatorio, carecerá de eficacia de cosa juzgada material, por lo que si se reúnen nuevas pruebas o se alcanzan los requisitos para instar la declaración de fallecimiento, cabrá la incoación de un nuevo expediente de jurisdicción voluntaria³².

En la actualidad, el procedimiento para dictar la declaración de fallecimiento se regula en los arts. 67 a 77 de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV). En cuanto a la competencia judicial, se modifica, dando preferencia al Juzgado de Primera instancia del último domicilio del ausente, sobre el de la última residencia, al revés de lo que ocurría anteriormente (68.1 LJV), estableciéndose una norma especial en el segundo párrafo para el caso en el que nos encontramos, siendo competente para resolver las declaraciones de fallecimiento de los supuestos de los apartados 2 y 3 del art. 194 CC “el Juzgado de Primera Instancia del lugar del siniestro. Si éste hubiera acaecido fuera del territorio español, será competente, respecto de los españoles y de las personas residentes en España, el del lugar donde se inició el viaje; y si éste se hubiera iniciado en el extranjero, el del lugar correspondiente al domicilio o residencia en España de la mayoría de los afectados. Cuando la competencia no se pudiera determinar conforme a los criterios anteriores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio o residencia de cualquiera de ellos”. También se impone en el apartado segundo de este art. 68 LJV una norma especial para nuestro caso, con relación a las personas legitimadas para instar la declaración de fallecimiento, normándose que “la declaración de fallecimiento a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 194 del Código Civil se realizará únicamente a instancia del Ministerio Fiscal”. Se modifica, asimismo, la obligatoriedad de la asistencia letrada, estableciéndose como preceptiva la intervención de abogado y procurador (68.4 LJV). Además, de la conjunción de los arts. 70 y 74 LJV se extrae que el competente para conocer y resolver de los expedientes de declaración de fallecimiento será el Secretario Judicial del Juzgado que se estime idóneo. El Secretario tendrá las mismas facultades que poseía el Juez para practicar, de oficio y con intervención del Ministerio Fiscal, las pruebas que estime convenientes, y deberá publicar también los oportunos edictos. El expediente se archivará también si en el transcurso del procedimiento se probase la vida o la muerte del desaparecido (art. 76 LJV).

²⁷ Vid. GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *op. cit.*, p. 199. También CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, pp. 173 y ss.

²⁸ GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *op. cit.*, pp. 200 y ss.

²⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p. 173.

³⁰ “Los litigantes serán dirigidos por Abogado habilitado legalmente para ejercer su profesión en el Juzgado o Tribunal que conozca del proceso. No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma del Abogado. Exceptúanse solamente: (...) 3.º Los actos de jurisdicción voluntaria de cuantía determinada que no exceda de 400.000 pesetas, así como los que tengan por objeto la adopción de medidas urgentes o que deban instarse en un plazo perentorio”.

³¹ En virtud del art. 4.5º LEC-1881, que establece que “(...) podrán los interesados comparecer por sí mismos (...) 5.º En los actos de jurisdicción voluntaria”.

³² Vid. GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *op. cit.*, p. 212. También CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p. 181.

2. Efectos de la declaración de fallecimiento en la esfera matrimonial

El artículo 85 CC establece que “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”. En consonancia, entendemos que **el matrimonio se disuelve con la declaración de fallecimiento y el vínculo matrimonial no revive con la reaparición del desaparecido**. En base a esto, si el declarado fallecido reapareciese y él y el cónyuge presente desearan continuar casados, deberían contraer nuevas nupcias. Además, si el cónyuge presente contrajese nuevo matrimonio, esta segunda unión sería perfectamente válida y eficaz, aunque reaparezca el declarado fallecido. Teniendo en cuenta, por otra parte, que la disolución del vínculo matrimonial se extiende a ambos cónyuges, el declarado fallecido, si vive, también podrá contraer matrimonio en donde se encuentre, al quedar el anterior matrimonio extinguido por declaración judicial, pero se hallará con el impedimento de que se le presume muerto y, en esta situación, no podrá volver a contraer nupcias hasta que se revoque la declaración de fallecimiento³³.

Esta disolución del matrimonio producida por la declaración del matrimonio tiene eficacia *ex nunc*, pues solo operará al adquirir firmeza la resolución judicial, sin que pueda retrotraerse a un momento anterior³⁴. De la interpretación conjunta de los arts. 85 y 195.2 CC podría extraerse la consideración de que el matrimonio se disuelve por la declaración de fallecimiento pero con eficacia retroactiva a la fecha a partir de la cual se entiende sucedida la muerte, pero esto generaría diversos problemas de orden jurídico, tales como la contradicción con las normas sobre divorcio, que establecen la extinción del matrimonio en el momento en que adquiere firmeza la sentencia que declara el divorcio, o la causación de perjuicios a los intereses de acreedores y terceros de buena fe por la alteración del momento en que se disuelve la sociedad matrimonial.

La eficacia disolutoria de la declaración de fallecimiento es aplicable a todos los matrimonios “sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración” (art. 85 CC), y, por tanto, no se circunscribe solamente a los casos de matrimonio contraído ante el juez o funcionario civil sino que también es extensible a los matrimonios celebrados en las formas religiosas legalmente previstas y a los matrimonios celebrados según las normas de Derecho canónico.

Estos razonamientos se conectan con otro de los efectos de la declaración de fallecimiento en la esfera matrimonial: la extinción del régimen económico matrimonial, que se tendrá por disuelto en la fecha en la que adquiera firmeza el auto que declara el fallecimiento. De esta manera, si cuando se dicte la declaración de fallecimiento existiera régimen de sociedad de gananciales o de participación entre los cónyuges, éstos se considerarán extinguidos por dicha declaración (conforme a los arts. 1392.1º y 1415 CC, respectivamente). Además, el cónyuge presente tendrá derecho a la entrega de la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda habitual (1321.1 CC) y a que se incluya con preferencia en su haber la vivienda donde tuviese la residencia habitual (1406.4º CC).

Debemos analizar también la situación de la **disolución del matrimonio por muerte presunta en el Derecho canónico**. Esta cuestión la encontramos regulada en el canon 1707 del Código de Derecho Canónico de 1983 (en adelante, CIC). Esta norma admite la posibilidad de contraer nuevo matrimonio en caso de presunción de muerte, siempre que el Obispo diocesano emita una declaración de muerte presunta³⁵. Es necesario pues, que el Obispo alcance una certeza moral de que la muerte ha tenido lugar³⁶. Así, solamente habrá impedimento de ligamen cuando el matrimonio anterior sea válido y subsista, al no haber sido disuelto por alguna causa legítima ni haber sido declarado inválido, pudiéndose contraer un nuevo matrimonio cuando se tenga la certeza de que el impedimento de ligamen ha desaparecido (c. 1085 CIC)³⁷, que en estos casos será con la declaración de muerte presunta emitida por el Obispo.

³³ Con respecto a este punto, CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p.381, sostiene que el cónyuge declarado fallecido, si continúa vivo, “persiste ligado por el vínculo matrimonial a pesar de la declaración de fallecimiento que se haya dictado, por lo que si contrae nuevas nupcias, estas adolecerán de nulidad”.

³⁴ GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *op. cit.*, p. 345; CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p.281.

³⁵ “Cuando la muerte de un cónyuge no pueda probarse por documento auténtico, eclesiástico o civil, el otro cónyuge no puede considerarse libre del vínculo matrimonial antes de que el Obispo diocesano haya emitido la declaración de muerte presunta”.

³⁶ *Vid.* CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, pp. 270 y ss.

³⁷ “1. Atenta inválidamente matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado. 2. Aun cuando el matrimonio anterior sea nulo o haya sido disuelto por cualquier causa, no por eso es lícito contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente”.

3. La revocación de la declaración de fallecimiento

3.1. Introducción

Si se presenta el declarado fallecido, se prueba su existencia o se prueba su muerte, la declaración de fallecimiento debe quedar sin efecto, pues desaparece la incertidumbre sobre la existencia o la muerte del desaparecido. Pero la simple presentación o conocimiento de la existencia del declarado fallecido no deja automáticamente sin efecto a dicha declaración, sino que es necesaria la revocación del auto en el que fue dictada.

El procedimiento por el cual la declaración de fallecimiento se revocará se regula tanto en la LEC-1881 como en la LVJ. En consonancia con lo ya expuesto, al haber reaparecido Manolo el 3 de enero de 2014, será aplicable al caso la primera de las normas.

Así, la competencia se entiende del mismo Juez que resolvió sobre la declaración de fallecimiento³⁸ y los legitimados serán las partes interesadas (entre las que se incluye en este caso al ausente) y el Ministerio Fiscal. Se establece, en el art. 2043 LEC-1881, la obligación para los que supiesen de la existencia del declarado fallecido de dar a conocer esta situación, y, si éste se presentase, se impone también la necesidad de identificarlo plenamente. Se aplicarán, por analogía, las normas destinadas al procedimiento para la obtención de la declaración de fallecimiento, siendo los trámites utilizados los del juicio verbal, pudiendo el Juez ordenar cuantas pruebas estime conveniente y resolviéndose por auto bien el mantenimiento o bien la revocación de la declaración de fallecimiento. El auto por el que se admita la revocación será apelable en juicio declarativo (art. 2043 LEC-1881).

En la actualidad, el art. 75 LVJ regula un procedimiento análogo al descrito, del que conocerá y resolverá el Secretario Judicial que previamente dictó la declaración de fallecimiento y en el que se establece la especificidad de la realización de una comparecencia a la que asistirán el reaparecido, el Ministerio Fiscal y todos aquellos que hubiesen intervenido en el expediente de declaración de fallecimiento.

3.2. Efectos en la esfera matrimonial

La postura mayoritaria en la doctrina es la que sostiene que la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges extingue el matrimonio, sin que, por la personación o la prueba de la existencia del declarado fallecido y la consiguiente revocación de la declaración de fallecimiento, quepa la posibilidad de que se le vuelva a otorgar validez³⁹. Por tanto, por una parte, si el declarado fallecido reaparece y él y su cónyuge desean restaurar su vida matrimonial deberán volver a casarse, y, por otra parte, si el declarado fallecido reaparece y el cónyuge presente ha contraído nuevo matrimonio, esta segunda unión será válida.

Frente a esta posición, algunos autores, como CORRAL TALCIANI⁴⁰, sostienen que el art. 85 CC se limita a indicar uno de los efectos de la declaración de fallecimiento, pero no establece que dicho efecto se mantenga cuando la declaración es revocada y, al no establecerse una norma especial, deben aplicarse las reglas generales y por tanto con la revocación de la declaración de fallecimiento cesarán todos sus efectos con eficacia retroactiva. Así, revocada la declaración por prueba de vida, se considera que la disolución matrimonial no se ha producido y el matrimonio contraído con el declarado fallecido vuelve a tener vigor, por lo que las uniones posteriores serán nulas al haberse celebrado existiendo un impedimento de ligamen (art. 46.2 CC). En consonancia con esta postura, el mencionado autor defiende que, en caso de revocación de la declaración de fallecimiento, tanto la sociedad de gananciales como el régimen de participación siguen vigentes, y, por tanto, la liquidación que se haya efectuado deberá dejarse sin efecto por ser nula, y podrá ser impugnada por el reaparecido. También la atribución de las ropas, el mobiliario y enseres que constituyen el ajuar de la vivienda habitual común, que en su momento fueron entregados al cónyuge superviviente en virtud del art. 1321 CC, podrá ser impugnada por el reaparecido.

Consideramos más correcta la postura que defiende la doctrina mayoritaria, por ser la más justa y menos problemática a efectos prácticos, además de ser la que opinamos más acorde al espíritu del art. 85 CC, ya que no parece razonable que, cuando una persona contrae un nuevo matrimonio transcurrido ya un tiempo desde las últimas noticias del declarado fallecido, la reaparición de éste suponga desconocer todas las decisiones y actos que se han llevado a cabo en dicho lapso temporal, sobre todo teniendo en cuenta que, en

³⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p.306; GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *op. cit.*, p. 374.

³⁹ GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *op. cit.*, p. 421.

⁴⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p. 376.

el caso de ausencia simple, el plazo a partir del que se podrá dictar la declaración de fallecimiento es de diez años. A todo ello se suman las dificultades de remover la liquidación de la sociedad de gananciales o el régimen de participación.

En cuanto al Derecho canónico, rige el principio de indisolubilidad del matrimonio por lo que, aunque se haya celebrado un nuevo matrimonio previa declaración eclesiástica de muerte presunta del cónyuge desaparecido, si dicho cónyuge presuntamente muerto reaparece, se considerará subsistente el matrimonio anterior y el nuevo matrimonio será nulo por impedimento de ligamen (conforme al c. 1085 CIC). Con la muerte presunta desaparece el impedimento de vínculo, lo que permite al cónyuge superviviente contraer nuevo matrimonio, pero si reaparece el cónyuge presuntamente muerto, el vínculo matrimonial resurge con eficacia *ex tunc*, recobrando el matrimonio su vigencia, de manera que no cabrá contraer nuevo matrimonio y devendrán nulos los matrimonios posteriormente celebrados. La declaración de nulidad del segundo matrimonio será compatible con el c. 1061.3 CIC, que reputa como putativo el matrimonio celebrado de buena fe por al menos uno de los contrayentes, hasta el momento en el que ambos adquieran la certeza de nulidad. Conforme a esto, la nulidad existente no tendrá efectos retroactivos al momento en el que se originó, sino que comenzará a desarrollar sus efectos desde que se declare el segundo matrimonio como nulo por impedimento de ligamen, momento en el que desaparece la buena fe de los cónyuges. Los canonistas entienden que, pese a ser la nulidad del segundo matrimonio absoluta, necesita de una resolución judicial para producir sus efectos, la cual tendrá eficacia retroactiva, al declarar que no ha existido vínculo matrimonial válido. Ahora bien, según el c. 1674 CIC, únicamente están legitimados para impugnar el matrimonio los cónyuges o el promotor de justicia en caso de que la nulidad ya se haya divulgado y no sea posible o conveniente convalidar el matrimonio. Por tanto, si el promotor de justicia no impugna el matrimonio, nada podrá hacer el reaparecido.

4. Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial

Pueden darse diversas hipótesis:

En primer lugar, **si el primer matrimonio de María (con Manolo) fuese canónico y María pretendiese contraer (con Marcial) un nuevo matrimonio canónico, a pesar de que en el fuero civil el matrimonio canónico ha quedado disuelto por la declaración de fallecimiento, el vínculo conforme al Derecho canónico subsiste y por tanto María no puede contraer matrimonio por esta vía, a no ser que obtenga la autorización del Obispo ex c. 1707 CIC**, por acreditación de certeza de muerte. Podría darse la paradójica situación de que María contrajese matrimonio canónico mediando declaración de fallecimiento pero sin dicha autorización eclesiástica, situación en la que, para el Derecho canónico, la unión con Marcial sería nula por subsistir el primer vínculo matrimonial, mientras que, para el Derecho civil, el matrimonio sería válido al estar el anterior disuelto por la declaración de fallecimiento. En este caso, entiende CORRAL TALCIANI que “no habría en verdad matrimonio canónico según las normas del Derecho canónico y que aun cuando el acto se inscribiera en el Registro Civil, su aparente eficacia podría ser desvirtuada por la declaración de nulidad obtenida en el fuero eclesiástico, resolución a la que cabe dar valor también en el ámbito civil”⁴¹. En esta situación, **al reaparecer Manolo, el Derecho canónico entiende subsistente su matrimonio con María e inválido el celebrado entre ésta y Marcial**, por lo que Manolo tendría que solicitar la nulidad matrimonial para desligarse de María.

En segundo lugar, **si el primer matrimonio de María (con Manolo) fuese canónico y ésta pretendiese contraer (con Marcial) nuevo matrimonio civil, como la declaración de fallecimiento disuelve en el fuero civil el matrimonio canónico, no existiría impedimento de ligamen** que imposibilitase (de acuerdo con el art. 46.2º CC) la celebración del nuevo matrimonio. Sin embargo, **para el Derecho canónico el primer matrimonio subsistiría si no se obtuviese la declaración de muerte presunta del Obispo, ex c. 1707 CIC**. Así, al reaparecer Manolo, conforme a Derecho civil su matrimonio se habrá extinguido y el posterior matrimonio de María con Marcial será plenamente válido. No obstante, no será esto lo que ocurra con respecto al Derecho canónico, conforme al que María y Manolo continuarán unidos y para extinguir este vínculo tendrán que solicitar la nulidad matrimonial.

En tercer lugar, **si el primer matrimonio de María (con Manolo) fuese civil y ésta pretendiese contraer (con Marcial) nuevo matrimonio civil, tampoco habría impedimento para la celebración de nuevas nupcias**, al estar disuelto el primer matrimonio por causa de la declaración de fallecimiento. Con la

⁴¹ CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p. 284.

reaparición de Manolo, según la postura que hemos adoptado, esta situación no se modifica y continuará extinto el matrimonio entre éste y María y proseguirá siendo válido el segundo matrimonio de ella con Marcial.

Finalmente, en cuarto lugar, **si el primer matrimonio de María (con Manolo) fuese civil y ésta pretendiese contraer (con Marcial) nuevo matrimonio canónico, no existiría tampoco ningún impedimento pues el matrimonio civil no es considerado un verdadero matrimonio en Derecho canónico** y, por tanto, cualquier persona puede contraer matrimonio canónico aunque se encuentre ligada por un vínculo civil anterior. Así, la acción disolutoria de la declaración de fallecimiento posibilitará que el nuevo matrimonio canónico surta efectos en el plano civil. En este supuesto, la reaparición de Manolo tampoco supondrá ningún cambio en la situación en la que los tres se encuentran.

5. Acciones que Manolo podría ejercitar

Conforme a lo apuntado hasta el momento, cabe concluir que el matrimonio de Manolo y María, si ha sido contraído de manera civil, se ha extinguido con la declaración de fallecimiento de Manolo, y no cabe volver a otorgarle validez con la reaparición de éste. Por ello, **Manolo solo continuará ligado a María si su matrimonio se ha celebrado de acuerdo al Derecho canónico, y solamente con respecto al ordenamiento jurídico canónico**, pues a efectos del ordenamiento civil, el matrimonio canónico se considera también extinguido.

Así, si Manolo desea escindir a todos los efectos su enlace con María, deberá instar un proceso de invalidación de su matrimonio conforme al Derecho canónico.

Por una parte, podrá intentar que se declare la disolución de su matrimonio, mediante una resolución que indique la ruptura del vínculo conyugal. Esto podrá tener lugar en los casos en los que el matrimonio no sea rato (celebrado entre dos no bautizados) o no sea consumado (c. 1061 CIC), ya que “el matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa fuera de la muerte” (c. 1141 CIC). En caso de que el matrimonio fuese rato pero no consumado, el Romano Pontífice podrá disolver el matrimonio, si concurre justa causa, y a petición de ambas partes o de una de ellas aunque la otra se oponga (c. 1142 CIC). En el supuesto ante el que nos encontramos, será difícil el probar que no se ha consumado, dado que Manolo y María llevaban casados 10 años y la consumación del matrimonio se presume si los cónyuges han cohabitado (c. 1061.2 CIC). En caso contrario, de que el matrimonio sí estuviese consumado pero no fuese rato, cuando uno de los dos cónyuges se bautice, podrá concedérsele el privilegio paulino, si el otro cónyuge se separa de él física (no quiere cohabitar) o moralmente (cohabita de modo contrario a la recta ordenación del matrimonio), concediéndose a la parte bautizada, por medio de este privilegio, el derecho a contraer nuevo matrimonio, que disolverá el matrimonio anteriormente celebrado (cc. 1143 a 1147 CIC)⁴². Si se cumplen los requisitos especificados en el caso de Manolo, sería plausible que se le concediera el privilegio paulino, ya que entendemos que María no quiere cohabitar con él por estar casada con Marcial.

Por otra parte, Manolo podrá intentar obtener la nulidad matrimonial. Esta institución indica que el vínculo conyugal no ha surgido, no existe, declarándose que el matrimonio nunca llegó a surgir por la ausencia de algún requisito necesario para la validez del vínculo conyugal. Estos requisitos se dividen en tres categorías: impedimentos, anomalías del consentimiento y defectos de forma.

Los impedimentos son normas legales establecidas en los cc. 1083-1094 CIC y que inhabilitan para contraer matrimonio válidamente. Primero, en cuanto al impedimento de edad, el c. 1083 establece la edad mínima para contraer matrimonio válido en los 16 años para los varones y los 14 años para las mujeres, disponiendo que las Conferencias episcopales pueden establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio, fijando la Conferencia Episcopal Española dicha edad en 18 años⁴³, por lo que Manolo no podría fundamentar su pretensión en este impedimento. Segundo, con referencia a la impotencia (c.1084), ésta no abarca la esterilidad y ha de ser antecedente al matrimonio, perpetua y cierta. María no es impotente, al poder concebir una hija con Marcial, así que Manolo debería fundamentarse en su propia impotencia, lo que viciaría de nulidad los posteriores matrimonios que Manolo contrajese. Tercero, en cuanto al impedimento de vínculo (c. 1085), ya estudiado anteriormente, nada se nos especifica, así que entendemos

⁴² FORNÉS, Juan, *Derecho matrimonial canónico*, 6ª Ed., Tecnos, 2014, p. 206.

⁴³ AZNAR GIL, Federico R., *Derecho matrimonial canónico*, vol. I, 3ª Ed., Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2015, p. 250.

que no concurre. Lo mismo cabe decir de los impedimentos de orden sagrado (c. 1087), voto de castidad (c. 1088), y parentesco (c. 1091-1094). Cuarto, en lo referente al impedimento disparidad de cultos (c. 1086), si Manolo estuviese bautizado pero María no o viceversa, sí podría invocarse. Quinto, por lo que respecta al impedimento de raptó (c. 1089), es obvio que no concurre, pues es Manolo el que desea terminar su matrimonio con María, siendo ella quien no quiere que éste finalice. Finalmente, en cuanto al impedimento de crimen (c.1090), no cabe apreciarlo pues, al no indicársenos la existencia de un matrimonio anterior al de Manolo, entendemos que éste no existe, siendo imposible la concurrencia en el caso de la premisa de dar muerte al anterior cónyuge con el fin de contraer nuevo matrimonio.

Las anomalías del consentimiento pueden radicar en el ámbito del entendimiento o en el de la voluntad. Así, en el caso de la incapacidad consensual (c. 1095) se encuadrarán las enfermedades mentales y los trastornos psíquicos que producen una inhabilidad para formular el consentimiento, supuesto que entendemos que no concurre en la situación de Manolo y María, al no indicársenos la existencia de alguna anomalía mental. Por su parte, también se establecen una serie de preceptos en los que se contempla la existencia de ausencia de consentimiento, por ignorancia sobre las características y consecuencias del matrimonio (c. 1096), por error acerca de la persona con la que se ha contraído matrimonio (c. 1097), por simulación del consentimiento (c. 1101), por haber sido el matrimonio contraído bajo condición de futuro (c. 1102) y por haberse celebrado el matrimonio estando una de las partes coaccionada mediante violencia física (c. 1103). Entendemos que, de entre estos casos, el único que podría fundamentar la pretensión de Manolo es el de simulación de consentimiento, conforme al cual podría alegar que María emitió un consentimiento en el que excluía uno de los elementos esenciales del vínculo conyugal, como serían la procreación de los hijos (habida cuenta de que María es apta para tener hijos pero en 10 años de matrimonio con Manolo no habían concebido descendientes), la obligación de fidelidad o la indisolubilidad (mediante la reserva de María a obtener un hipotético divorcio)⁴⁴. Para finalizar, en cuanto a los vicios del consentimiento, se establecen como tales el miedo grave proveniente de causa externa que obliga a casarse a la persona para librarse de él (c. 1103) y el dolo (c. 1099). No creemos que en el supuesto de Manolo concorra el miedo, dado que éste no ha demostrado estar bajo aprensión alguna en el momento en que confiesa a María su intención de terminar con su matrimonio, así que en este punto, Manolo solamente podría fundamentar su pretensión en la concurrencia de un engaño por parte de María sobre las cualidades de ésta, que perturbe gravemente la vida conyugal y que haya motivado el consentimiento prestado por Manolo.

Por último, podrá invocar Manolo un defecto de forma que invalide su matrimonio con María, cuando no hayan contraído matrimonio ante la autoridad eclesiástica pertinente, con la concurrencia de los testigos necesarios o de acuerdo con las demás reglas de los cc. 1108 y ss. CIC.

⁴⁴ FORNÉS, Juan, *op. cit.*, p. 206.

Cuestión 2 – Dictamen sobre la validez jurídica y las acciones a llevar a cabo por Manolo con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por María a Eustaquio y a Miriam y derechos que ostenta cada uno sobre los mencionados inmuebles.

Legislación aplicable:

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real decreto de 3 de febrero de 1881, por el que se promulga la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Orden Ministerial de 31 de julio de 1972, que desarrolla el Decreto 1646/1972
- Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
- Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos
- Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
- Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria

Hechos relevantes:

- 26 de marzo de 1996:
Manolo, de 40 años, y María, de 37 años, contraen matrimonio.
- 30 de junio de 2007:
Manolo y María realizan un viaje en barco en el cual se produce un accidente del cual sólo consigue regresar María.
- Tiempo después, Manolo es declarado fallecido.
- 17 de agosto de 2009:
María contrae segundas nupcias con Marcial.
- 3 de enero de 2014:
Manolo reaparece.
A esta fecha, María, como heredera universal de Manolo, ha vendido una casa que poseían ambos en común al 50% a Eustaquio por 240.000€, ha vendido a su amiga Miriam por 175.000€ un piso privativo de Manolo valorado en 250.000€ y posee una cuenta bancaria con 15.000€ que antes era propiedad de ambos y contaba con 65.000€.

1. Efectos de la declaración de fallecimiento en la esfera patrimonial

1.1. Apertura de la sucesión mortis causa

En el art. 196 CC se dispone que **la declaración de fallecimiento traerá consigo la apertura de la sucesión, una vez dicha declaración sea firme, adjudicándose los bienes del causante declarado fallecido a quienes sean sus herederos**⁴⁵. Así, CORRAL TALCIANI⁴⁶ sostiene que, una vez firme la resolución declaratoria del fallecimiento, ésta producirá la apertura de la sucesión, sin perjuicio de que dicha resolución posteriormente pueda quedar sin efecto, por obra de una revocación de la declaración de fallecimiento obtenida a través de la impugnación del auto declaratorio.

De la interpretación conjunta de los arts. 196 y 195.2 CC se extrae que **la apertura de la sucesión debe retrotraerse al momento fijado por la resolución como fecha de la muerte**. Además, será a esta fecha a la que deberemos atender para calificar la aptitud para ser sucesores del declarado fallecido (art. 758 CC⁴⁷) y para determinar los bienes, derechos y obligaciones que componen la herencia del causante, entendiendo que los mencionados bienes, derechos y obligaciones pertenecen a los herederos desde la fecha en la que se establece ocurrida la muerte (art. 657 CC⁴⁸).

Regirán las reglas generales de las sucesiones, de manera que podrá ser testada o abintestato. Si el declarado fallecido ha dejado testamento, la sucesión debe someterse a sus disposiciones, siempre que no vulneren las asignaciones forzosas, y, si el desaparecido no ha otorgado testamento, se abrirá la sucesión intestada. En este caso, aunque no se nos indica qué tipo de sucesión ha tenido lugar, sí se establece que María es la heredera universal y también se nos hace entender que ésta ha aceptado la herencia, pues se nos relata cómo dispone de los bienes que ha heredado de su antiguo marido, pero sin especificarnos si ha aceptado de manera expresa o tácita (art. 999 CC), y pura y simplemente o a beneficio de inventario (art. 998 CC). En referencia a la aceptación de la herencia, cabe señalar que la solicitud de declaración de fallecimiento no se puede entender como una aceptación tácita de la herencia⁴⁹. De todas maneras, debemos entender la herencia aceptada en plazo, pues el heredero podrá aceptar “mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia” (art. 1016 CC) y reiterada jurisprudencia del TS⁵⁰ establece el plazo de prescripción de la *actio petitio hereditatis* en treinta años (en consonancia con el art. 1963 CC).

En el propio art. 196 CC se regulan una serie de limitaciones con respecto a los herederos del declarado fallecido.

En primer lugar, se establece que “los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración del fallecimiento” (art. 196 CC, párrafo 2º). De ello se desprende que **los herederos podrán disponer libremente del patrimonio heredado, siempre que sea a título oneroso, y, a partir de los 5 años de la declaración del fallecimiento, gozarán también de libertad para disponer a título gratuito**. Del art. 197 CC se deduce que esta prohibición no alcanza a las rentas, frutos o productos obtenidos de los bienes heredados, al estimarse pertenecientes a los sucesores. Frente a esto, debe entenderse incluida la renuncia de derechos en dicha prohibición, pues “produce un empobrecimiento en la esfera jurídico-patrimonial del titular del derecho renunciado”⁵¹. A todo ello se suma la posibilidad de los herederos del declarado fallecido de disponer *mortis causa* de lo previamente heredado, facultad que creemos que no se ve mermada por la mencionada prohibición, pues el que herede en estas circunstancias estará sometido a las mismas condiciones que su causante, es decir, a las normas estipuladas en los arts. 196

⁴⁵ La redacción del mencionado art. 196 CC fue modificada por LJV, pasando a disponer que “firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación conforme a lo dispuesto legalmente”, en sustitución de la anterior dicción referente a que la adjudicación se llevaría a cabo “por los trámites de los juicios de testamentaria o abintestato, según los casos, o extrajudicialmente”.

⁴⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p. 230.

⁴⁷ “Para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate”

⁴⁸ “Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte”.

⁴⁹ Respecto a este punto, CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p. 239, sostiene que “el derecho para aceptar o repudiar la herencia nace una vez firme el auto que declara el fallecimiento, pues en ese momento puede el solicitante conocer con certeza el hecho de la muerte y por lo mismo su derecho hereditario”.

⁵⁰ *Cfr.* SSTS de 2 de junio de 1987 (Westlaw Aranzadi, RJ 1987\4024) y 20 de junio de 1992 (Westlaw Aranzadi, RJ 1992\5410)

⁵¹ GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *op. cit.*, pp. 284 y 285; también concuerda con esta postura CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p. 252.

y 197 CC⁵². De este modo, si los herederos contraviniesen esta prohibición del art. 196.2º CC y dispusiesen de manera gratuita y antes del transcurso de cinco años de la declaración de fallecimiento de alguno de los bienes heredados, este acto dispositivo sería nulo, conforme a lo dispuesto por el art. 6.3 CC⁵³.

En segundo lugar, el párrafo 3º del art. 196 CC establece que **los legados, si los hubiese, tampoco podrán ser entregados ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios, durante el plazo de cinco años desde la declaración de fallecimiento**. En el propio precepto se establecen dos excepciones: las “mandas piadosas en sufragio del alma del testador” y los “legados en favor de Instituciones de beneficencia”.

Finalmente, en tercer lugar, **se establece, en el párrafo 4º del art. 196 CC, la “obligación ineludible de los sucesores” de realizar ante Notario un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles**. Esta obligación debe cumplirse también por María en el caso en que nos ocupa, pues el artículo la establece también expresamente en el supuesto de que por tratarse de un sólo sucesor, no fuese necesaria partición de la herencia. El Código no explicita los efectos de la omisión del inventario, y, al establecerse en los apartados anteriores las limitaciones para disponer en referencia a la resolución que declara el fallecimiento y no a la confección del inventario, cabe entender que el poder de disposición de los herederos no se supedita a la realización de éste, por lo que debemos entender que “la única consecuencia de su omisión será que, en caso de reaparición del declarado fallecido, no contarán los sucesores con una prueba manifiesta de los bienes de que han tomado posesión y de los que deberán rendir cuentas, y estarán sujetos a responsabilidad por los perjuicios que su omisión pudiera ocasionar al reaparecido”⁵⁴. Así, para exigir una indemnización a los sucesores por los daños y perjuicios, el reaparecido deberá acudir al principio general de responsabilidad por acciones u omisiones del art. 1902 CC.

1.2. Devengo del Impuesto de Sucesiones

El art. 24.1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones⁵⁵ establece que “en las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil”. Así pues, María deberá abonar el tras la adquisición de firmeza de la resolución que declare la muerte de Manolo, al ser la heredera universal de éste.

1.3. Percepción del seguro de vida

Mediante el seguro de vida se cubre el riesgo de muerte del asegurado y, por analogía, también el riesgo de que el asegurado sea declarado fallecido judicialmente⁵⁶. Por tanto, si Manolo hubiese contratado un seguro de vida en el que María fuese la beneficiaria, ésta tendría derecho a percibir la cantidad o cantidades aseguradas. La fecha que se establezca en la resolución que declara el fallecimiento como fecha de la muerte será la que determine el momento en que, con eficacia retroactiva, el beneficiario (en este caso, María) se hace acreedor de la suma asegurada frente al asegurador⁵⁷. A esto debe sumarse que la prescripción establecida para los seguros de personas en el art. 23 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro⁵⁸ no podrá alegarse, ya que el beneficiario no pudo ejercer anteriormente su derecho⁵⁹.

1.4. Percepción de las prestaciones de Seguridad Social

La declaración de fallecimiento genera el derecho a las prestaciones por muerte del sujeto causante. A estos efectos, es de aplicación la regulación contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS-1994), norma vigente en el momento en que los hechos tienen lugar, y actualmente derogada por el Real Decreto

⁵² Esta posición es respaldada por GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *op. cit.*, pp. 285 y ss.; y también por CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p. 253.

⁵³ “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

⁵⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p. 249.

⁵⁵ Redacción conforme a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

⁵⁶ Sentencia de la AP (en adelante, SAP) de Granada de 7 de junio de 2003 (Westlaw Aranzadi, JUR 2003\237488)

⁵⁷ *Vid.* Auto de la AP de Guipúzcoa de 27 de abril de 2006 (Westlaw Aranzadi, JUR 2006\188387)

⁵⁸ “Las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguro de daños y de cinco si el seguro es de personas”.

⁵⁹ Cabe aplicarse la norma del artículo 1969 CC, que establece que “El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”.

Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS).

La mencionada LGSS-1994, en su art. 172.3, afirma que, “los trabajadores que hubieran desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte y sin que se hayan tenido noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente, podrán causar las prestaciones por muerte y supervivencia, excepción hecha del auxilio por defunción. Los efectos económicos de las prestaciones se retrotraerán a la fecha del accidente, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”. En el caso que nos ocupa, esta disposición supone una habilitación a María para percibir la pensión de viudedad, al ser la cónyuge de Manolo, aunque solamente si se diesen los requisitos exigidos legalmente.

De este modo, la facultad de solicitar la mencionada pensión no prescribe, de manera que se podrá solicitar en cualquier momento posterior al fallecimiento, sin perjuicio de que los efectos del reconocimiento del derecho a la prestación se producirán con una retroactividad máxima de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, de acuerdo con el art. 178 LGSS-1994⁶⁰.

Completando a esta regulación, la Orden Ministerial de 31 de julio de 1972, que desarrolla el Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, OM 31 julio 1972), establece, en su art. 7⁶¹, la necesidad de que las prestaciones de muerte y supervivencia se soliciten dentro de los 180 días naturales siguientes a la fecha en que expiran los 90 días siguientes al accidente, plazo que, si se deja transcurrir, determinará la necesidad de obtener previamente la declaración de fallecimiento del desaparecido, tomándose como fecha de referencia la que establezca la resolución de fallecimiento como fecha en que la muerte se entiende acontecida.

Con respecto a este punto, se suscitó una gran controversia a raíz de la petición de la pensión de viudedad por parte de la esposa del empresario presuntamente fallecido Publio Cordón. Por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de marzo de 2003⁶² se reconoció la prestación de viudedad, pero solamente con efectos desde tres meses antes de la fecha de la solicitud (*ex art. 178 LGSS-1994*) y no desde el mismo día de la desaparición, como pretendía la actora (*ex art. 7 de la mencionada Orden Ministerial*). Contra esta sentencia, la representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS, resolviendo éste en sentencia de 15 de diciembre de 2004⁶³. En esta resolución, el TS respalda la sentencia del TSJ de Aragón, calificando de *ultra vires* el requisito de la previa declaración de fallecimiento exigido por el art. 7.2 OM 31 julio 1972, otorgando a la demandante la pensión de viudedad aunque sólo a partir de los tres meses anteriores a la fecha de su solicitud. “En consecuencia, para el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad y de su devengo temporal en estos casos, ha de estarse a lo dispuesto por el art. 172 LGSS [de 1994] y por su desarrollo reglamentario en el art. 7 OM 31 julio 1972 dentro de los límites de la norma legal, es decir, sin la intervención de requisito adicional alguno y sin entrar en contradicción con la norma delegante”⁶⁴.

En la actualidad, el art. 217 LGSS posibilita la exigencia de declaración de fallecimiento para percibir la pensión de viudedad, al no especificar requisito alguno y dejar al desarrollo reglamentario el establecimiento de las condiciones en las que los efectos de la prestación se retrotraerán a la fecha del accidente.

⁶⁰ “El derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción, será imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud”.

⁶¹ “1. Los trabajadores que hubieran desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte y sin que se haya tenido noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente, podrán causar las prestaciones por muerte y supervivencia, excepción hecha del auxilio por defunción, de acuerdo con las siguientes normas: (...) 2ª. El reconocimiento del derecho a las prestaciones mediante el procedimiento regulado en el presente artículo deberá solicitarse dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración del plazo de noventa días, señalado en el párrafo primero de este número. (...) 2. Una vez transcurrido el plazo de ciento ochenta días a que se refiere la norma segunda del número anterior, será necesario, a efectos de reconocimiento de prestaciones por muerte y supervivencia, la previa declaración del fallecimiento del trabajador, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil.”

⁶² (Westlaw Aranzadi, AS 2003\1282)

⁶³ (Westlaw Aranzadi, RJ 2005\125)

⁶⁴ MOLINA MARTÍN, Amparo María, “Prestaciones por muerte y supervivencia en casos de desaparición del sujeto causante”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 79, 2005, pp. 221-230.

2. Efectos en la esfera patrimonial de la revocación de la declaración de fallecimiento

2.1. Recuperación del patrimonio

El art. 197 CC establece que “si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto”.

Existe en la doctrina controversia acerca de la naturaleza de esta acción, habiendo quienes la consideran como una acción reivindicatoria, quienes la califican como una *actio petitio hereditatis* y quienes defienden que se trata de una acción *sui generis* a medio camino entre las dos figuras anteriores. Entendemos esta última postura como la más correcta, pues, con respecto a la acción reivindicatoria, el reaparecido busca volver a asumir la titularidad de sus bienes y no discutir la eficacia o ineficacia de la causa de su adquisición por los herederos; y, en cuanto a la *actio petitio hereditatis*, ésta es concedida al heredero para reclamar la restitución de los bienes hereditarios que le han sido negados, siendo evidente que el reaparecido, al no ser heredero de la herencia de la que es causante, no está legitimado para interponerla. Sin embargo, esta controversia acerca de la naturaleza de la acción de recobro del patrimonio del reaparecido carecerá de importancia desde un punto de vista procesal, ya que “en la práctica, el actor no está obligado a precisar la acción que quiere interponer, y tampoco el juez queda vinculado por la calificación que de las acciones hagan las partes”⁶⁵.

El auto que declare la revocación de la declaración de fallecimiento llevará implícita la aplicación inmediata de lo dispuesto en el art. 197 CC, en virtud del art. 2043 LEC-1881. Así, en el caso que nos ocupa, debemos entender que dicha recuperación automática sólo tendrá lugar “si los sucesores deciden devolver los bienes adquiridos a causa de la sucesión, y aceptan entregar el precio de los enajenados o los bienes adquiridos con el precio de aquéllos. En caso contrario, si el ausente reaparecido quiere recuperar su patrimonio, se verá en la necesidad de ejercitar algún tipo de acción encaminada a la consecución de este fin”⁶⁶.

El art. 197 CC, al referirse al “estado en el que se encuentren” los bienes del reaparecido, se refiere tanto a la situación material (gastos y mejoras, deterioros, etc.) como al estado jurídico, es decir, el reaparecido deberá soportar las cargas y gravámenes y no podrá impugnar las enajenaciones hechas de manera acorde a la ley. Esto es así porque, como afirma GUINEA FERNÁNDEZ⁶⁷, los herederos adquieren el pleno dominio de los bienes y derechos de la herencia, no estando sometidos a condición resolutoria sino tratándose de verdaderos herederos cuyos actos de disposición, si se hacen conforme a la ley, no pueden ser atacados por la reaparición del declarado fallecido. CORRAL TALCIANI sostiene también esta postura, al afirmar que “parece inaudito que para la simple declaración de ausencia legal se mantengan las adquisiciones (hechas en virtud de la autorización judicial de que habla el art. 186.3 CC); y que, en cambio, deban revocarse las enajenaciones realizadas por aquéllos a los que la misma ley ha otorgado la calidad de propietarios de los bienes del declarado fallecido”⁶⁸.

Ahora bien, con respecto al estado material de los bienes, CORRAL TALCIANI⁶⁹ entiende que “el art. 197 hace excepción a los principios generales e impide que el ausente que reaparece reclame indemnización por la mala administración y gestión de sus bienes, o por las pérdidas y deterioros sufridos por éstos. Pero eso no puede llevar a consentir la injusticia y el abuso. Si se logra probar que el sucesor tenía conciencia de que el ausente vivía y que en esa convicción deterioró o destruyó los bienes, no puede el ausente verse privado de toda acción legal para obtener la reparación de ese perjuicio maliciosamente inferido”. En consecuencia, de darse esta situación, el autor entiende que el art. 457 CC⁷⁰ debe primar sobre el art. 197 CC.

⁶⁵ GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *op. cit.*, p. 386.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 387.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 265.

⁶⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p. 342.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 354 y 355.

⁷⁰ “El poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo”. En caso de que el poseedor sea de mala fe, también se aplicará la redacción de este artículo: “El poseedor de mala fe responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo”.

Vemos pues que se mantendrán las enajenaciones realizadas por los sucesores, siempre y cuando no hayan sido efectuadas contraviniendo las limitaciones establecidas legalmente⁷¹. Esto está en consonancia con la acción de recobro de los bienes que se otorga en virtud del art. 197 CC sólo habilita a reclamar a los “sucesores”, por lo que no podrá interponerse contra quien posea los bienes del declarado fallecido a otro título⁷². **En estos casos de imposibilidad de la recuperación del bien, el propio art. 197 CC establece como solución que el reaparecido “tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido”**. Este derecho al precio del bien “no depende directamente de la imposibilidad de reclamar el bien enajenado. Por ello, si el bien ha sido vendido pero aún no se ha efectuado la tradición, el ausente que reaparece tendrá, a su elección, el derecho de reclamar ese bien o de pedir al sucesor el precio de venta”⁷³. **Debe precisarse que con “precio” el art. 197 CC no se refiere al valor de la cosa vendida sino al valor de la contraprestación efectivamente abonada por la enajenación**. A esto ha de sumarse la alternativa establecida por el art. 197 CC de que, si con el precio obtenido se han adquirido uno o más bienes identificables, el reaparecido pueda optar por elegir entre la entrega del valor del precio recibido por la enajenación o la entrega de los bienes adquiridos con dicho precio.

Además, no será de aplicación la rescisión del art. 1291.2º CC⁷⁴, ya que, por una parte, debe tenerse en cuenta el principio general del Derecho *lex specialis derogat legi generali*, conforme al que, siendo el art. 197 CC una norma más específica, debe emplearse con preferencia al mencionado art. 1291.2º CC; y, por otra parte, en el mencionado art. 1291.2º CC se habla de contratos celebrados “en representación de los ausentes” y está claro que los sucesores del declarado fallecido no actúan en representación de éste.

Por su parte, sí será de aplicación el art. 1111 CC, de manera que, si el sucesor fuese insolvente y no tuviese bienes con los que satisfacer el crédito del reaparecido-acreedor, éste último podría subrogarse en la posición de su sucesor-deudor y ejercitar todos los derechos y acciones de éste (a excepción de los inherentes a su persona) y también impugnar los actos realizados por el deudor en fraude de su derecho.

En cuanto a las rentas, frutos o productos que los sucesores hayan obtenido con los bienes de la sucesión, el art. 197 CC veta la posibilidad de que sean reclamados por el reaparecido los anteriores al día de su presencia o de la declaración de no haber muerto. Así, en el primer caso, el derecho se tendrá desde el momento de la personación, pero habrá de esperarse a la firmeza del auto revocatorio para que se haga efectivo con carácter retroactivo; mientras que en el segundo caso, cuando se tengan noticias sin personación del desaparecido, el derecho nacerá con la personación o con revocación de la declaración de fallecimiento, haciéndose efectivo también desde la firmeza del auto revocatorio⁷⁵.

2.2. Reclamación de sus derechos hereditarios por parte del declarado fallecido

El art. 191 CC establece que “abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla”. Esta disposición, “se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes” (art. 192 CC). Esta acción, del heredero no poseedor frente al poseedor no heredero, será la que deba invocar el reaparecido para hacer valer los derechos hereditarios que le fueron negados debido a su desaparición.

2.3. Devolución del Impuesto de Sucesiones

Con la revocación de la declaración de fallecimiento, los sucesores del reaparecido tendrán derecho a la devolución de las cantidades indebidamente pagadas a la Agencia Tributaria en concepto de Impuesto de Sucesiones. Estas devoluciones de ingresos indebidos se llevarán a cabo de acuerdo con la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) y el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

⁷¹ Al contravenir de lo dispuesto en el art. 2043 LEC-1881, las enajenaciones efectuadas por los herederos del declarado fallecido en fecha posterior a la adquisición de firmeza del auto revocatorio, serán contrarias a la ley y, por tanto, impugnables.

⁷² CORRAL TALCIANI, Hernán F., *op. cit.*, p. 340.

⁷³ *Ibid.*, p. 348.

⁷⁴ “Son rescindibles: (...) 2.º Los [contratos] celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan sufrido la lesión a que se refiere el número anterior [lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas objeto del contrato]”.

⁷⁵ GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael, *op. cit.*, p. 397.

El derecho a solicitar y obtener las devoluciones de ingresos indebidos prescribirá a los cuatro años, de acuerdo con el art. 66 LGT, pero debemos entender que este plazo se comienza a contar no desde que el ingreso fue efectuado sino desde la revocación de la declaración de fallecimiento, momento en el que los ingresos pasan a ser calificados como indebidos y los sucesores se ven habilitados para ejercitar la acción (esto debe ser así por ser conforme al art. 1969 CC). Es por esto que debemos concluir que María tendrá derecho a la devolución de lo que hubiese abonado en concepto de Impuesto de Sucesiones a causa de la declaración de fallecimiento de Manolo.

2.4. Restitución de la indemnización por el seguro de vida

Si María percibió alguna clase de pago por ser beneficiaria de un seguro de vida condicionado a la muerte de Manolo, ésta deberá devolver a la Compañía aseguradora la suma pagada. Al ser María quien ha percibido la cantidad dineraria, la Compañía de seguros deberá dirigirse contra ella y no contra el reaparecido, contando con un plazo de quince años para ejercer la acción (al tratarse de una acción personal se aplica el art. 1964 CC⁷⁶).

2.5. Reintegración de las prestaciones de Seguridad Social recibidas

Será de aplicación el art. 7.1.5º OM de 31 de julio de 1972, que establece que, en caso de comprobarse que el trabajador no falleció en el accidente que dio lugar a la percepción de las prestaciones de Seguridad Social, se extinguirán las prestaciones reconocidas a partir del momento en que se produzca dicha comprobación, salvo en caso de dolo o fraude por parte del trabajador o de los beneficiarios de las prestaciones, en cuyo caso procederá el reintegro de las mismas.

En el caso de María, entendemos que no hay dolo ni fraude pues ella creía que Manolo realmente estaba muerto, es por esto que solo tendrá que devolver la parte de las prestaciones de la Seguridad Social que haya percibido desde la revocación de la declaración de fallecimiento.

Ahora bien, en relación con la pensión de viudedad, debemos precisar que ésta, de acuerdo con el art. 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social⁷⁷, queda extinguida al contraer María un nuevo matrimonio con Marcial, salvo que su situación tenga cabida en alguna de las excepciones que el propio art. 11 regula. Además, el mencionado art. 11 establece también la extinción de la pensión de viudedad en el supuesto de que el cónyuge superviviente sea declarado, en sentencia firme, culpable de la muerte del causante. Así, si María, en virtud del proceso penal iniciado en su contra, fuese condenada por la muerte de Manolo, se extinguiría, en el momento en el que adquiriese firmeza la resolución condenatoria, su derecho a la pensión de viudedad.

3. Posibles causas por las que Manolo podría intentar reclamar a María los bienes

3.1. Causas de indignidad

La indignidad es una sanción que inhabilita a para ser sucesor con respecto a un determinado causante. El indigno tiene capacidad sucesoria pero es privado de la posibilidad de suceder al causante como consecuencia de la realización de conductas hacia él que la Ley considera reprobables⁷⁸.

Las causas de indignidad se regulan en el art. 756 CC, pudiendo invocar Manolo contra María el apartado 2º, que inhabilita para suceder al que hubiese sido condenado por atentar contra la vida del testador⁷⁹. Para apreciar la existencia de esta causa de indignidad, no se atenderá, como indica el primer párrafo del art. 758 CC, “al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate”, sino que será de aplicación el párrafo 2º, debiendo esperarse hasta que se dicte la sentencia firme. Además, si el indigno aceptase la herencia, quedaría obligado a restituir los bienes hereditarios y todos los frutos y rentas percibidos (art. 760 CC).

⁷⁶ Este artículo ha sido modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, reduciéndose el plazo a cinco años y estableciéndose que se contarán “desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación” (entendemos que anteriormente debían contarse desde ese término, por acción del art. 1969 CC).

⁷⁷ Redactado de conformidad con el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre.

⁷⁸ SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, (coord.), *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 348.

⁷⁹ Actualmente, por la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, esta causa se recoge en términos similares en el apartado 1º del art. 756.

Pero esta alegación de Manolo no prosperará, ya que para hacer valer una causa de indignidad debe ser solicitada su apreciación, estableciendo el art. 762 CC que la acción para pedir la declaración de indignidad y con ella la restitución de la herencia caduca a los cinco años desde que el indigno esté en posesión de la herencia o legado. Es por ello que entendemos que, ya que la declaración de fallecimiento de Manolo y con ella la apertura de su herencia se pudo dictar a partir del 30 de septiembre de 2007, la acción habrá caducado cuando Manolo reaparece, el 3 de enero de 2014.

3.2. Venta de cosa ajena

También podría alegarse que María enajenó unos bienes que no le pertenecían, pues Manolo, al continuar vivo, era el verdadero propietario del patrimonio. En base a ello, las ventas realizadas no serían aptas para transmitir la propiedad al adquirente.

Si se admitiera la existencia de una venta de cosa ajena en el caso, podría haber tenido lugar una adquisición *a non domino* ex art. 34 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, situación en la que la posición del adquirente de buena fe (que se presume), si la titularidad de María sobre el inmueble se encontrase inscrita en el Registro de la Propiedad, sería inatacable, pudiendo Manolo únicamente reclamar a María los perjuicios causados por la venta de los bienes de su propiedad⁸⁰. En el caso contrario, si la propiedad del inmueble no estuviese a nombre de María, Manolo podría ejercer la acción reivindicatoria contra Eustaquio y Miriam para reclamar la restitución de los inmuebles, privándose por sentencia firme a los compradores de la cosa comprada y respondiendo María ante dichos adquirentes por la evicción, conforme a lo dispuesto por el art. 1478 CC.

Pese a ello, debemos rechazar la existencia de una venta de cosa ajena pues como hemos explicado con anterioridad, por acción de la declaración de fallecimiento de Manolo, María devino su heredera y adquirió su patrimonio, por lo que, en el momento en que ella dispuso de los inmuebles, éstos eran de su propiedad, sin perjuicio de que posteriormente se revocase la declaración de fallecimiento y María quedase obligada a restituir a Manolo los bienes heredados. Así, vemos que este motivo tampoco podrá ser invocado por Manolo para recuperar los inmuebles.

4. Derechos sobre los bienes y acciones a llevar a cabo por Manolo

Como hemos dicho anteriormente, las enajenaciones realizadas por María sobre los bienes que heredó de Manolo en virtud de su declaración de fallecimiento se mantendrán. Es por ello **que tanto Manolo como María perderán todo derecho sobre los inmuebles vendidos, pasando a ostentar la propiedad de la casa Eustaquio, y la del piso, Miriam.**

Manolo únicamente podrá llevar a cabo una acción de recobro sobre los bienes derivada de la revocación de la declaración de fallecimiento (ex art. 197 CC), pero no podrá recuperar los bienes concretos, al mantenerse las enajenaciones realizadas por la sucesora, por lo que deberá abonarle María el precio por el que los bienes fueron vendidos en su momento. De este modo, María pagará a Manolo 120.000€ por la casa vendida a Eustaquio (puesto que, al poseerla en común al 50%, María era propietaria del 50% y no ha heredado la totalidad del bien sino solo el 50%, por lo que los restantes 120.000€ le corresponden a ella), 175.000€ por el piso vendido a Miriam y los 15.000€ de la cuenta bancaria (ya que la cuenta bancaria era común, por lo que, al no indicarse lo contrario, cada uno era propietario del 50% del dinero, esto es, 32.500€, pero como María dispuso excediendo este límite, sólo cabe restablecer a Manolo el sobrante, restituyendo su propiedad sobre el bien en el estado en el que se encuentra). En definitiva, María deberá abonar a Manolo un total de 310.000€.

⁸⁰ STS de 23 de abril de 2010 (Westlaw Aranzadi, RJ 2010\3548)

BLOQUE 2: CUESTIONES DE DERECHO PENAL

Cuestión 3 – Dictamen sobre las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo y validez de las escuchas telefónicas realizadas.

Legislación aplicable:

- Constitución española de 1978.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982

Hechos relevantes:

- 26 de marzo de 1996:
Manolo, de 40 años, y María, de 37 años, contraen matrimonio.
- 30 de junio de 2007:
Manolo y María realizan un viaje en barco en el cual se produce un accidente del cual sólo consigue regresar María.
- Tiempo después, Manolo es declarado fallecido.
- 17 de agosto de 2009:
María contrae segundas nupcias con Marcial.
- Se realizan una serie de escuchas a través de intervenciones telefónicas debido a una investigación a Marcial por un delito de tráfico de drogas. En ellas, María le cuenta a su amiga Sara que sufre de ansiedad y pesadillas a causa del accidente de barco y de la desaparición de Manolo, confesándole que Manolo tenía intención de terminar con el matrimonio al haber conocido a otra persona, ante lo que María, sumida en una inmensa sensación de ira y obcecación, le golpea fuertemente en la cabeza y lo tira por la borda del barco. María es acusada de asesinato debido a estas escuchas.
- 3 de enero de 2014:
Manolo reaparece.

1. Cuestiones procesales preliminares

1.1. Competencia de los Tribunales españoles

A la vista de que los hechos se producen a bordo de un barco, debemos examinar en primer lugar si los Tribunales españoles son competentes para conocer y enjuiciar el delito cometido por María.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) regula, en su art. 23, la competencia de los Tribunales penales españoles. Conforme al apartado 1º del mencionado artículo, la LOPJ establece que la jurisdicción española será competente para conocer de las causas por delitos o faltas que sean cometidos en territorio nacional o a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España. **Así, si María agredió a Manolo en un barco debidamente matriculado y abanderado en España⁸¹, y dentro de aguas españolas, no cabrá duda de que los Tribunales competentes serán los de nuestro país.**

Ahora bien, ¿cuál sería la solución si alguno de los elementos (bandera o territorio) fuese extranjero?

El art. 91 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (en adelante, CNUDM) reconoce la potestad de los Estados para autorizar a los buques a enarbolar su pabellón, concediéndoles de este modo su nacionalidad. El propio artículo da margen a los Estados para que establezcan los requisitos conforme a los que concederán la nacionalidad, al tiempo que limita su actuación, imponiéndoles la obligación de que exista “una relación auténtica entre el Estado y el buque”. En referencia al requisito de la relación auténtica, la Corte Internacional de Justicia de La Haya reconoció que, si bien corresponde al Derecho interno de cada Estado el establecimiento de las condiciones para que una persona obtenga su nacionalidad, los efectos jurídicos que produzca esta atribución en el contexto internacional estarán sujetos a los requisitos impuestos por las normas de Derecho internacional, por lo que los efectos de la nacionalidad otorgada están sujetos al límite de la existencia de una relación entre el Estado y el individuo u objeto⁸². Del citado art. 91 CNUDM se extrae que la nacionalidad del buque determina la relación de las personas que se encuentran en él y los actos que se llevan a cabo a bordo con el ordenamiento jurídico del Estado que otorga dicha nacionalidad. Esto es así porque “si el buque careciese de nacionalidad, su estatuto jurídico no estaría sujeto de manera estable a un ordenamiento jurídico, variando en función de las aguas por donde navegase y creando una inseguridad jurídica absoluta (...) el buque quedaría sujeto a la jurisdicción del Estado en cuyas aguas se encontrase, o, simplemente, no estaría sometido a jurisdicción ni protección estatal alguna en aguas internacionales”⁸³. Esta interpretación viene a ser reforzada por el principio de jurisdicción exclusiva del Estado sobre los buques que enarbolan su pabellón, mediante el cual no se admite que los buques naveguen bajo el pabellón de más de un Estado (art. 92.1 CNUDM). Este principio impide que terceros Estados pretendan someter a sus leyes a buques que no enarbolan su pabellón. Pero la CNUDM establece también limitaciones a este principio general. Por una parte, impone una serie de excepciones a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón⁸⁴; y por otra parte, establece aplicable de manera absoluta este principio a la alta mar, existiendo limitaciones en el resto de espacios marítimos en función de las competencias que la CNUDM otorga a los Estados ribereños⁸⁵.

Conforme a lo anteriormente expuesto, podemos concluir que, **si el barco en el que viajaban María y Manolo estuviese en aguas internacionales o de un Estado extranjero pero tuviese bandera española, serían competentes para conocer del delito los Tribunales españoles.** Por el contrario, si el pabellón fuese de un Estado extranjero, la competencia sería de dicho Estado, independientemente de que las aguas que navegase el barco fuesen españolas, internacionales o bajo la soberanía de terceros Estados.

81 “Los buques debidamente matriculados y abanderados en España tendrán, a todos los efectos, la nacionalidad española” (art. 90 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima).

82 Corte Internacional de Justicia, “Nottebohm case (second phase)” (Liechtenstein v. Guatemala), sentencia del 6 de abril de 1955, I.C.J. Reports 1955.

83 MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Isabel, “Abanderamiento y nacionalidad del buque”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Marítimo en homenaje a Ricardo Vigil Toledo*, J. M. Bosch, 2000, p. 205.

84 Casos de buques piratas (cfr. arts. 100 a 107 CNUDM), buques o instalaciones que desde el alta mar efectúan transmisiones de radio o televisión dirigidas al público en general en violación de los reglamentos internacionales (cfr. art. 109 CNUDM) y ejercicio de los derechos de visita y de persecución. (cfr. arts. 110 y 111 CNUDM).

85 Cfr. arts. 17 y ss. CNUDM con respecto al mar territorial, art. 33 CNUDM con respecto a la zona contigua, art. 55 y ss. CNUDM con respecto a la zona económica exclusiva y arts. 76 y ss. CNUDM con respecto a la plataforma continental.

En este último supuesto, en el que la competencia no se otorga a los Tribunales españoles, se podría acudir al mencionado art. 23 LOPJ para que ésta recayese en aquéllos. De este modo, la competencia de los Tribunales españoles podría justificarse si se cumplen los requisitos del apartado 2º del mencionado artículo, pues, aunque el delito se entendería cometido fuera del territorio nacional, concibiendo que María es española y que el hecho de matar a otra persona es una conducta penada en la generalidad de los Estados, si el Ministerio Fiscal o Manolo a su regreso interpusiesen querrela ante los Tribunales españoles y si María no hubiese sido previamente absuelta, indultada o condenada en el extranjero, se habilitaría a la jurisdicción española para conocer del delito.

En el caso propuesto, no se nos indica la situación ni el pabellón del barco, por lo que, a efectos de la resolución de las próximas cuestiones planteadas, asumiremos que la competencia pertenece a los Tribunales españoles.

1.2. Consideraciones sobre la Ley penal más favorable al reo

La posibilidad de aplicación retroactiva de las normas penales si resultan más favorables al reo se fundamenta en el principio de proporcionalidad. Así, mientras “el principio de legalidad impide la retroactividad de las normas desfavorables (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*) al principio de proporcionalidad repugna que se imponga y ejecuten las condenas, bien por hechos que la sensibilidad social (reflejada en las normas que aprueba el legislador) ha dejado de considerar reprobables o bien que responden a un reproche mayor que el que las nuevas normas en vigor expresan”⁸⁶.

Esta retroactividad de las normas penales más favorables se establece como un principio general de nuestro ordenamiento jurídico por medio del art. 2.2 del Código Penal⁸⁷. Consecuentemente, las reformas penales sustantivas van acompañadas de un conjunto de disposiciones transitorias que articulan la aplicación retroactiva de cada nueva ley para los hechos cometidos antes de su entrada en vigor, si ello supusiera un beneficio para el reo⁸⁸. Así, en el año 2007, momento en el que ocurren los hechos, estaba vigente la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP-1995), la cual, hasta la fecha actual, ha sufrido dos grandes modificaciones. Una, por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP-2010); y otra, por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, CP-2015). En ambos casos, estas leyes establecen disposiciones transitorias para articular la retroactividad penal favorable, que resultan ser análogas, sin grandes diferencias entre ellas.

En la disposición transitoria primera (DT 1ª) de ambas reformas se regula la legislación aplicable. Se establece así en el apartado 1º que “los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor”. Surge por ello la problemática cómo comparar las leyes para determinar la legislación más favorable, dificultad que resuelven las propias leyes en sus apartados 2º, ya que, aunque con algunas diferencias⁸⁹, ambos determinan que para realizar la comparación se tendrá en cuenta la pena que corresponde al hecho conforme a la regulación vigente y a la anterior ley, aplicando las normas completas de ambos Códigos.

Se observa que la comparación de la pena, si el hecho se cometió antes de la entrada en vigor de la reforma penal pero se enjuicia estando esta reforma vigente, ha de hacerse con carácter abstracto, estudiando los marcos penales establecidos con carácter general por las normas comparadas, pues no ha sido impuesta ninguna pena individualizada. Pero existen concepciones diferentes sobre los términos en los que se debe

⁸⁶ PEITEADO MARISCAL, Pilar, “Instrumentos para la aplicación de la ley penal más favorable: la posible aplicación retroactiva de la LO 5/2010”, en GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (coord.) et al., *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Aranzadi, 2010, p. 268.

⁸⁷ “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”.

⁸⁸ Si no se establecieran estas disposiciones en las reformas, las nuevas leyes serían aplicables también retroactivamente debido a la acción del principio general consagrado en el art. 2.2 del Código Penal.

⁸⁹ El CP-2015 establece que habrá de tenerse en cuenta la “posibilidad de imponer medidas de seguridad”, cosa que no se preveía con relación al CP-2010.

hacer esta comparación abstracta. A la entrada en vigor del CP-1995, la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE)⁹⁰ adoptó una interpretación amplia del término “pena”, considerando que en la comparación debían tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes y los beneficios penitenciarios existentes en una y otra legislación; mientras que el TS defendió la comparación entre ambos Códigos referida exclusivamente a la pena que prevén para los hechos y no a la forma en la que ésta se ejecuta, afirmando que las normas de ejecución tienen carácter procesal y no penal y que no pueden aplicarse a supuestos anteriores a su entrada en vigor, ya que las normas procesales no son retroactivas (de acuerdo con el art. 2 LEC). De este modo, en el Auto del TS de 18 de marzo de 1998⁹¹, el Tribunal razona que la ley penal a la que se alude en la DT 1ª no es un cuerpo legal en sentido formal (un Código), sino que son las disposiciones que delimitan la sanción de los hechos en concreto, es decir, que con “ley penal”, la disposición no se refiere a la totalidad del Código Penal, sino sólo a las disposiciones que imponen condenas a los hechos delictivos. Teniendo en cuenta la posición adoptada por nuestro TS, sorprenden las resoluciones contradictorias con ésta, referentes a la prescripción, existiendo decisiones en las que el Tribunal estima más favorable la norma con penalidad más alta pero con prescripción más beneficiosa⁹², otras en las que entiende que la prescripción está conectada con el régimen de penalidad y por tanto no puede apreciarse de manera independiente⁹³ y otras en las que establece que se debe valorar la prescripción en la comparación⁹⁴.

Asimismo, tanto los Tribunales como la FGE han querido delimitar los casos en los que la comparación resulta especialmente dificultosa. Así, conforme a los casos en los que se enjuician en un proceso varios hechos que dan lugar a varios delitos, “la decisión sobre la ley penal más favorable se adopta respecto de cada uno de los hechos enjuiciados. Que el resultado sea una sentencia que aplica una norma penal sobre unos hechos y otra distinta respecto de otros no quebranta la regla de determinación que ordena aplicar las normas completas, puesto que esta regla se refiere al ‘hecho enjuiciado’ y no al objeto del proceso penal”⁹⁵. En caso de existencia de un concurso ideal de delitos, la comparación debe efectuarse aplicando a todas las infracciones una u otra ley⁹⁶, teniendo preferencia en caso de duda la norma aplicada primeramente, que se encontraba vigente en el momento de comisión de los hechos. Por su parte, en supuestos de acumulación jurídica de condenas conforme al art. 76 Código Penal, “no es posible la aplicación de las penas previstas en cada una de las legislaciones y la sujeción de esas penas a las normas de acumulación jurídica de otra legislación, puesto que se estaría quebrantando las reglas de aplicación de las normas concretas”⁹⁷, por lo que habrán de estudiarse las normas relativas a la penalidad y aplicárseles las normas sobre acumulación de la misma regulación, y luego comparar los resultados. Por último, en el supuesto de delitos permanentes y continuados, que se comienzan a cometer bajo la vigencia de la ley derogada pero se consuman una vez ha entrado en vigor la reforma, se entiende aplicable la nueva normativa, independientemente de si es o no más favorable que la anterior⁹⁸.

Pese a todas estas disposiciones e interpretaciones de la DT 1ª, pueden seguir suscitándose dudas sobre la legislación más favorable al reo. Para estos supuestos, se establece en el apartado 3º de la DT 1ª de ambas reformas que “en todo caso, será oído el reo”. Con respecto a esta audiencia del reo, por STS de 17 de septiembre de 2002⁹⁹ se ha estimado que “el criterio del reo no es vinculante para el Tribunal, pero sí estimable cuando atendidos los parámetros ordinarios de la ejecución la solución no es diáfana”. Esta audiencia al reo es preceptiva, tal y como establecen la STS de 12 de mayo de 2011¹⁰⁰, que entiende que “dicha disposición es aplicable a los supuestos en que los hechos no estén aún enjuiciados al momento de la

⁹⁰ Por medio de la Circular 1/1996, de 23 de febrero, sobre el régimen transitorio del Código Penal de 1995.

⁹¹ (Westlaw Aranzadi, RJ 1998\3406)

⁹² Vid. Auto del TS de 22 de octubre de 1997 (Westlaw Aranzadi, RJ 1997\7712).

⁹³ Vid. Auto del TS de 5 de mayo de 1999 (Westlaw Aranzadi, RJ 1999\3856).

⁹⁴ Vid. STS de 2 de enero de 2000 (Westlaw Aranzadi, RJ 2001\452)

⁹⁵ PEITEADO MARISCAL, Pilar, *op. cit.*, p. 282. Esta posición también la sostiene la STS de 26 de abril de 2000 (Westlaw Aranzadi, RJ 2000\3052) y la FGE en las Circulares 3/2010, de 23 diciembre, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y 3/2015, de 22 junio, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015.

⁹⁶ A esta conclusión llega tanto el TS, por STS de 11 de junio de 1997 (Westlaw Aranzadi, RJ 1997\4677) y la FGE, en las Circulares 1/1996, 3/2010 y 2/2015, que a mayores establece la salvedad de que una conducta haya sido despenalizada por la nueva legislación, caso en el que habrá de aplicarse la nueva legislación a dicha conducta.

⁹⁷ PEITEADO MARISCAL, Pilar, *op. cit.*, p. 285.

⁹⁸ Vid. STS de 30 de diciembre de 2002 (Westlaw Aranzadi, RJ 2003\717)

⁹⁹ (Westlaw Aranzadi, RJ 2002\8344)

¹⁰⁰ (Westlaw Aranzadi, RJ 2011\3861)

entrada en vigor de la reforma” y las Circulares 3/2010 y 3/2015 de la FGE, al afirmar que “dicho requisito resulta imperativo siempre que vaya a realizarse la revisión de la sentencia”.

En la disposición transitoria segunda (DT 2ª) de las reformas que estamos tratando se contempla la posibilidad de que los Tribunales revisen de oficio las condenas impuestas con anterioridad a la reforma, para determinar la aplicación de ésta si le es más favorable a los reos. En estos supuestos, tendremos una pena concreta, impuesta por sentencia conforme a la legislación derogada, y una pena abstracta, prevista de modo general en la nueva redacción de los preceptos aplicables. Como solución a ello, se indica que si la condena impuesta conforme a la legislación derogada se hubiese podido imponer también con la nueva legislación, la reforma no se considerará más beneficiosa, excepto en caso de que se prevea una pena alternativa a la privativa de libertad¹⁰¹. La propia DT 2ª excluye de la revisión de las condenas determinados supuestos, como son los casos de las penas suspendidas, las penas en periodo de libertad condicional y penas exclusivamente de multa, las penas que han sido ejecutadas y los casos de indulto parcial.

Hemos visto pues que la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable puede hacerse tanto directamente en la sentencia condenatoria y también a través de la revisión y modificación de oficio de la sentencia previamente dictada. Ahora bien, se abre también, por la disposición transitoria tercera (DT 3ª) de las leyes modificativas, la posibilidad de que, junto a estos supuestos, la aplicación retroactiva sea demandada por los reos a través de los recursos ordinarios y extraordinarios, en casos de sentencias dictadas conforme a la legislación derogada y que no sean firmes por estar pendientes de recurso.

Para terminar, debemos hacer mención a las leyes intermedias, es decir, aquellas que no han estado en vigor ni cuando se cometió el delito ni cuando se juzgó, sino entre ambos momentos (como sería, en este caso concreto, el CP-2010). La mayoría de la doctrina entiende que puede ser aplicada retroactivamente si es más favorable al reo, en base a que pudo haber sido juzgado bajo la vigencia de esa ley y, si se le juzgó en un momento posterior, ello no debe perjudicar al reo.

Es por ello que habremos de comparar las normas de los CP-1995 (vigente en el momento de comisión de los hechos), CP-2010 (ley penal intermedia) y CP-2015 (vigente en la actualidad) para determinar cuál será la norma penal más favorable aplicable a la situación de María, habida cuenta de que debemos optar por una u otra ley, no pudiendo combinar los preceptos más favorables de ellas, formando así una ley distinta.

2. Calificación de los hechos

2.1. Calificación del delito

El hecho de atentar contra la vida de otro, causándole la muerte, puede ser una acción constitutiva de un delito de homicidio o de asesinato. Se entiende que el asesinato es un tipo agravado de homicidio¹⁰², lo que hace que sea posible “la ruptura de la unidad del título de imputación, de modo que en los casos en que la circunstancia de asesinato correspondiente no pueda imputarse al partícipe, por tener carácter personal, como por ejemplo el precio, recompensa o promesa, el autor responderá por asesinato y el partícipe por homicidio simple”¹⁰³.

En el caso ante el que nos encontramos, entendemos que los hechos son susceptibles de ser calificados como asesinato, por las razones que seguidamente se exponen.

En el asesinato, el bien jurídico protegido es la vida humana independiente, que abarca desde el nacimiento hasta la muerte; y los sujetos activo y pasivo podrán ser cualquier persona, ya que, al tratarse de un delito común, no se requiere ninguna condición personal especial para poder llevarlo a cabo. Por su parte, se discute en la doctrina la posibilidad de apreciar el asesinato en comisión por omisión y no se prevé su comisión por imprudencia.

¹⁰¹ “En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia” (apdo 1º de las DT 2ª). Coincide la STS de 14 junio de 2011 (Westlaw Aranzadi, RJ 2011\4789).

¹⁰² Existe doctrina que defiende que el asesinato es un tipo autónomo e independiente del homicidio (*vid.* MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte Especial*, 8ª Ed., Tirant lo Blanch, 1990, pp. 50 y ss.).

¹⁰³ GRACIA MARTÍN, Luis, y VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español: doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 167.

La modalidad activa y dolosa se basa en la realización de una acción dolosa de matar a un individuo dotado de vida independiente, produciéndose el resultado de muerte y debiendo existir una relación de causalidad entre la acción y el resultado. Para que un hecho sea típico deben cumplirse dos requisitos: que la acción sea *conditio sine qua non* de la producción del resultado, esto es, que sin la realización de la acción el resultado desapareciese (teoría de la equivalencia de las condiciones) y que el resultado pueda ser objetivamente imputado a la acción, es decir, que la acción haya creado “un peligro jurídicamente desaprobado y éste se haya realizado en el resultado”¹⁰⁴ (teoría de la imputación objetiva). Además de estas condiciones objetivas, debe concurrir la condición subjetiva del dolo, la voluntad de realización de la muerte de otro, conociendo que se cumplen los elementos del tipo en base a los que la acción llevada a cabo se considera delito, previendo que la conducta realizada causará un resultado antijurídico. Al ser el dolo un elemento subjetivo, no se puede probar por hechos objetivos, y “hemos de deducirlo a través de los hechos que sí pueden ser apreciados por los sentidos, es decir, habrá de deducirse racionalmente de los hechos externos, anteriores, posteriores o coetáneos, realizados por el agresor que permitan descubrir la intencionalidad del autor”¹⁰⁵.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el homicidio, la posibilidad de que el asesinato sea cometido mediando dolo eventual genera posiciones enfrentadas en la doctrina, existiendo autores que la admiten, distinguiendo entre el dolo relativo al resultado de muerte del dolo referido a las circunstancias, planteando el supuesto en el que el autor obra con dolo directo en referencia al hecho constitutivo de la circunstancias y dolo eventual respecto al resultado de muerte¹⁰⁶. Debemos rechazar estas posturas, en favor de la posición doctrinal mayoritaria, que defiende que no es posible el asesinato con dolo eventual, por ser el asesinato un todo global, en el que las circunstancias son los medios para lograr el fin de la muerte y que, en el caso de la alevosía, ésta busca asegurar el resultado de la muerte, por lo que el autor procura la muerte de la víctima y no se le presenta como una simple posibilidad¹⁰⁷. Conforme a lo expuesto con referencia al dolo, podemos evaluar la conducta de María de dolosa, puesto que, aunque no se pudiese afirmar tajantemente su intención de matar a su marido, el hecho de golpearlo en la cabeza y posteriormente tirarlo por la borda de un barco mientras la embarcación está realizando un viaje fundamentaría la concurrencia de dolo eventual, ya que, el realizar esta acción, María consiente en la producción del resultado de muerte, llevándola a cabo aun siendo consciente de que entraña una alta probabilidad de la producción de la muerte. Aun así, **creemos que María actúa movida por un dolo directo**, ya que, teniendo en cuenta la relación con su víctima, la idoneidad del modo empleado para causar el resultado de la muerte, la existencia de un primer ataque tras el que no cesa la agresión y la conducta posterior de María¹⁰⁸, no concebimos otra finalidad en su modo de proceder que no sea el acabar con la vida de Manolo, apreciando existente una clara intención de matar o *animus necandi*¹⁰⁹.

Como sabemos, el asesinato existen tres condiciones que justifican la aplicación de un reproche mayor que en el caso del homicidio. Nos referimos a las circunstancias explicitadas en el art. 139 CP, a saber, la alevosía; el precio, recompensa o promesa; y el ensañamiento¹¹⁰. En el propio art. 139 se establece la posibilidad de apreciar asesinato cuando ocurra alguna de ellas (es decir, basta con que concurra una para que se pueda apreciar el asesinato), y, si concurriera más de una de las condiciones, se impondrá el tipo agravado del art. 140 CP-1995 y CP-2010, actual art. 139.2 CP-2015¹¹¹.

Comenzando con el precio, promesa o recompensa, consideramos que en el caso de María no se manifiesta, pues de la lectura del caso se desprende que el ataque a Manolo es un acto espontáneo, y no motivado por la percepción de un beneficio económico o de otra clase. Es un acto que María ha llevado a cabo por su propia cuenta, sin la existencia de una segunda persona que le ofreciese nada a cambio.

¹⁰⁴ GRACIA MARTÍN, Luis, y VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰⁵ STS de 13 de octubre de 2004 (Westlaw Aranzadi, RJ 2005\780)

¹⁰⁶ MAPELLI CAFFARENA, “El dolo eventual en el asesinato”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLI, Fascículo II, 1988, p. 443; PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho Penal, (Parte Especial)*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, pp. 203 y ss; BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho penal*, Akal/Iure, 1991, pp. 48 y ss.

¹⁰⁷ GRACIA MARTÍN, Luis, y VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, pp. 150 y 151.

¹⁰⁸ Aspectos a valorar para inferir la existencia de *animus necandi*, como indican las SSTS 11 de septiembre de 2000 (Westlaw Aranzadi, RJ 2000\7932) y de 8 de septiembre de 2003 (Westlaw Aranzadi, RJ 2003\6352).

¹⁰⁹ Supuestos similares al tratado se observan en las SSTS 9 de marzo de 2001 (Westlaw Aranzadi, RJ 2001\3310) y de 28 de enero de 2004 (Westlaw Aranzadi, RJ 2004\716), en los que las víctimas son arrojadas al suelo desde gran altura.

¹¹⁰ A estas tres causas de agravación se suma, en el actual CP-2015, el caso de que un individuo mate a otro “para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”.

¹¹¹ El actual art. 140 CP-2015 contiene unos supuesto especiales a los que será de aplicación la prisión permanente revisable, no aplicables al supuesto analizado.

En el caso del ensañamiento, éste se define por el propio art. 139 CP como el aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido. Se aumenta el padecimiento del agravado, de manera innecesaria para el fin de la muerte, por medio de padecimientos físicos o de tormentos psíquicos. Consideramos que ésta circunstancia tampoco concurre, ya que la acción que lleva a cabo María es necesaria para causar la muerte tal y como ella ha establecido que la llevará a cabo. María no busca aumentar el sufrimiento de Manolo, sino simplemente darle muerte.

Con respecto a la alevosía, es definida por su homóloga circunstancia modificativa genérica, prevista en el art. 22.1º CP, que afirma que “hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”¹¹². De esta definición se extrae que su finalidad es la de asegurar la ejecución del delito, evitando los impedimentos de la resistencia de la víctima. Se entiende que los medios, modos o formas de ejecución no tienen que estar buscados previamente por el autor, sino que basta con que se aproveche de los mismos si le vienen dados¹¹³ y que, aunque habitualmente el autor utilizará los medios alevosos desde un principio, cabe la posibilidad de que la alevosía aparezca en cualquier otro momento de la ejecución del hecho. El fundamento de la alevosía radica en el mayor reproche de culpabilidad, por suponer los medios utilizados una mayor peligrosidad de la acción¹¹⁴. La jurisprudencia ha negado con carácter general la concurrencia de la alevosía en situaciones de riña o de pelea, considerando que los sujetos intervinientes deben contar con la posibilidad de un ataque por parte de los otros contendientes¹¹⁵, criterio que ha sido matizado admitiendo excepciones, en las que se acreditó que un contendiente no tenía por qué contar con un ataque contra su vida¹¹⁶. Entendemos que en el caso enjuiciado sí concurre esta causa, pues se extrae de la manera de proceder de María el requisito del aseguramiento de la ejecución de la muerte, ya que primero debilita a Manolo mediante un golpe en la cabeza y luego, cuando éste no tiene posibilidades de defenderse, lo tira por la borda del barco para que muera. Además, aunque están en el contexto de una discusión, consideramos que Manolo no contaba con un ataque contra su vida, habida cuenta de que se nos indica que la reacción de María es fruto de un ataque repentino de ira y obcecación.

En base a todo lo expuesto, **la calificación que corresponde a los actos realizados por María es la de asesinato, al concurrir la alevosía**. A la vista de que Manolo continúa vivo, hemos de entender que el asesinato no ha sido consumado, sino que cabe calificar a María como autora de una tentativa de asesinato, tal y como se define ésta en el art. 16 CP¹¹⁷.

Para finalizar, cabe destacar que las lesiones que se pudiesen haber producido con causa del intento de asesinato quedan comprendidas por el dolo de matar, es decir, el *animus necandi* comprende el *animus laedendi*. Esto es así porque el que quiere matar a otro inevitablemente quiere lesionarlo, atacando a su integridad y salud, pues es imposible matar sin menoscabar de algún modo el cuerpo de la víctima. Pero este dolo de lesionar es transitorio, existente en tanto no se cause la muerte, por lo que, si se causa un resultado duradero se podrá apreciar en un concurso ideal entre la tentativa de homicidio o asesinato y las lesiones consumadas.

2.2. Circunstancias concurrentes

2.2.1. Enajenación mental y trastorno mental transitorio o arrebató u obcecación

En el caso propuesto, se nos indica que María lleva a cabo el ataque contra Manolo a causa de una “inmensa sensación de ira y obcecación”, lo que nos lleva a entender que concurre una circunstancia que atenúa su responsabilidad criminal. Ahora bien, debemos deslindar las posibles atenuaciones aplicables, para concluir cual sería más correcta apreciar al supuesto de María.

¹¹² Esta definición es aplicable al delito de asesinato, según la doctrina mayoritaria (vid. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 52; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte Especial*, 2ª Ed., J. M. Bosch, 1992, p.16).

¹¹³ GRACIA MARTÍN, Luis, y VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, p. 123.

¹¹⁴ Vid. STS de 28 de octubre de 1995 (Westlaw Aranzadi, RJ 1995\7914).

¹¹⁵ Vid. STS de 7 de noviembre de 2001 (Westlaw Aranzadi, RJ 2002\558).

¹¹⁶ Vid. STS de 6 de febrero de 2004 (Westlaw Aranzadi, RJ 2004\1072).

¹¹⁷ “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

Podría ser de aplicación una eximente por enajenación mental, bien de manera completa (art. 20.1º CP)¹¹⁸ o bien de forma incompleta (art. 21.1º CP)¹¹⁹. En estos casos, el legislador establece la exención de responsabilidad sobre la base de la existencia de una enfermedad, sin tener en cuenta si ésta causa unos efectos en el agresor que “priven al agente de la inteligencia indispensable para comprender la injusticia de sus actos o de la voluntad necesaria para obrar conforme a ese conocimiento”¹²⁰. El TS entiende al enajenado mental como “aquella persona que padece una enfermedad mental de cualquier tipo, siempre y cuando a consecuencia de ella sea incapaz de distinguir lo lícito de su acción, y actuar de acuerdo con su conocimiento o, aun pudiendo discernir no puede actuar libremente, se siente impulsado a realizar la acción, y que tal padecimiento y sus efectos sean su estado habitual, existiendo antes, durante y después de la realización de la acción, que podrá desaparecer mediante un tratamiento médico”¹²¹. Para la apreciación de una enajenación mental se establecen pues tres requisitos: una base patológica, un efecto psicológico consecuencia de la enfermedad y la permanencia de la enajenación. Conforme a esta definición, la situación de María no entraría dentro de la categoría de enajenación mental, puesto que se nos hace entender que la alteración que ha sufrido tiene carácter puntual y no es permanente, además de no hacérsenos referencia al padecimiento de enfermedad psíquica ninguna.

Pese a ello, podría ser de aplicación dicha eximente, pues dentro de la enajenación mental el legislador enmarca el trastorno mental transitorio, que, como su propio nombre indica, no requiere para su apreciación que la alteración psíquica sea permanente. Entiende además el TS que la enajenación tiene causas endógenas y el trastorno tiene causas exógenas, pues responde a la existencia de “un factor externo que lo motive y desencadene”¹²², no siendo necesaria la existencia de un fondo patológico¹²³. El TS ha venido exigiendo para apreciar el trastorno mental transitorio: que no sea autoprovocado con propósito de justificar sus actos ilícitos, que posea una brusca aparición, que su duración no sea muy extensa, que termine con una curación sin dejar huella y que sea de tal intensidad que anule la inteligencia o la voluntad o ambas conjuntamente¹²⁴.

Contemplando esta caracterización del trastorno mental transitorio, nos vemos en la necesidad de diferenciarlo de la atenuante de arrebató u obcecación contemplada en el art. 21.3º CP¹²⁵.

El TS, en la sentencia de 12 de diciembre de 2006¹²⁶, hace un detallado estudio de la mencionada atenuante, comenzando por establecer que el arrebató y la obcecación no pueden alegarse conjuntamente, pues son estados pasionales distintos, de modo que el arrebató consistirá en una “especie de conmoción psíquica de furor” y la obcecación un “estado de ceguera u ofuscación”, caracterizándose el arrebató “por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente” y la obcecación “por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa”¹²⁷. La mencionada sentencia continúa indicando los requisitos necesarios para la apreciación de la atenuante. En primer lugar, la existencia de una causa o estímulo, generalmente procedente de la víctima, y de cierta importancia y que explique la reacción delictiva, excluyéndose los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. En segundo lugar, la acreditación de una alteración en el estado de ánimo del sujeto que no llegue a constituir un trastorno mental transitorio pero que exceda de la mera reacción colérica o acaloramiento, y que debe ser proporcional al mencionado estímulo, ya que, si la reacción resulta notoria y absolutamente excesiva, no

¹¹⁸ “Están exentos de responsabilidad criminal: 1º 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. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”.

¹¹⁹ “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”.

¹²⁰ LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, 4ª Ed., 1990, p. 151.

¹²¹ ROMERO SIRVENT, Clotilde, y GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *Enajenación mental y trastorno mental transitorio (evolución legal y análisis jurisprudencial)*, La Ley, 1985, pp.987-989.

¹²² CASTELLÓ NICÁS, Nuria, *Imputabilidad penal del drogodependiente*, Editorial Comares, 1997, p. 127.

¹²³ Con respecto al mencionado fondo patológico, en un primer momento fue requerido por la jurisprudencia (*vid.* SSTS de 2 de abril de 1949 –Westlaw Aranzadi, RJ 1949\645-, 23 de septiembre de 1966 - Westlaw Aranzadi, RJ 1966\4021-), pero a partir de la STS de 14 de febrero de 1987 (Westlaw Aranzadi, RJ 1987\1254) se suprimió dicha exigencia (*vid.* STS de 29 de septiembre de 1998 –Westlaw Aranzadi, RJ 1998\7597-).

¹²⁴ STS de 10 de octubre de 1996 (Westlaw Aranzadi, RJ 1996\8239)

¹²⁵ “Son circunstancias atenuantes: (...) 3.ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

¹²⁶ (Westlaw Aranzadi, RJ 2007\459)

¹²⁷ STS de 31 de marzo de 2006 (Westlaw Aranzadi, RJ 2006\4884)

cabrá aplicar la atenuación¹²⁸. En tercer lugar, la existencia una relación causal entre el estímulo y la alteración, de manera que el ataque sea consecuencia del estímulo. En cuarto lugar, la presencia de una conexión temporal, pues el transcurso de un tiempo excesivo excluye la atenuante¹²⁹. Y en quinto lugar, que la respuesta al estímulo no sea repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro de un marco normal de convivencia¹³⁰.

La diferencia entre el trastorno mental transitorio y el arrebató u obcecación vendrá dada por la intensidad de la alteración que sufra el sujeto, siendo de mayor intensidad el primero y de menor intensidad los segundos. El TS ha explicitado que la diferencia entre estas dos figuras, además de en la intensidad de la perturbación del ánimo, ha de buscarse en “la mayor o menor intensidad del efecto que la causa exógena produce en la mente del sujeto”¹³¹. Todo esto deberá concretarse mediante las pertinentes pruebas periciales.

Como consecuencia, el nivel de anulación de las capacidades que padezca el agresor supondrá la apreciación de las circunstancias en sus distintas gradaciones. Así, cuando la persona que realiza una acción penalmente típica esté privada con carácter absoluto y total de sus facultades psíquicas de conocimiento y voluntad, o de alguna de ellas, existirá un trastorno mental transitorio que le eximirá completamente de su responsabilidad criminal¹³². En contraposición, cuando esta incapacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión no es total pero se da una intensa disminución de las facultades intelectivas y volitivas, se aplicará la eximente incompleta. En el escalón inferior en cuanto a intensidad se refiere, se encuentra la atenuante analógica muy cualificada de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio¹³³, la cual, en virtud del art. 66.1.2º CP tendrá un efecto atenuatorio acentuado, pero adquirirá relevancia solamente en caso de que no concurren agravantes. La apreciación de una circunstancia atenuante como muy cualificada se realiza atendiendo a las circunstancias en las que el delito se lleva a cabo (antecedentes, modo de ejecución...), a las circunstancias personales del autor (relación con la víctima, capacidad de control, intensidad de la intención criminal...) y al comportamiento postdelictivo¹³⁴. Cuando la intensidad de la perturbación no sea de tal calibre que justifique la apreciación de las circunstancias anteriores, “pero se aprecie una menor intensidad de la imputabilidad (...) se aplica la atenuante analógica a la eximente incompleta”¹³⁵. Esto es posible ya que la atenuante analógica recogida en el art. 21.7º CP¹³⁶ se refiere a las anteriores atenuantes, entre las que se encuentra la que posibilita la creación de las eximentes incompletas (21.1º CP). En casos en los que la perturbación tenga aún menos intensidad, se apreciará la atenuante ordinaria de arrebató u obcecación.

A la vista de lo explicado anteriormente, en el caso que nos ocupa, entendemos que la perturbación de las facultades de María no es de intensidad tal para que pueda ser calificada como un trastorno mental transitorio, habida cuenta de que la causa exógena que lo provoca, esto es, la confesión de Manolo de su intención de abandonarla y comenzar una nueva relación sentimental, no puede aceptarse como estímulo suficiente para causar una reacción que adquiriera una dimensión tan elevada. Creemos que **sí se podría calificar la reacción de María como una situación de obcecación, al tratarse de un estado de ofuscación y ser repentino pero a la vez con cierta prolongación**, considerando cumplidos los requisitos para apreciar la atenuante, puesto que la reacción de María viene motivada por la confesión de su marido, realizada inmediatamente antes de la agresión, y que supone estímulo suficiente, habiendo el TS aceptado esta atenuante cuando se han dado condiciones análogas a las que se nos presentan¹³⁷. Debe descartarse la

¹²⁸ STS de 27 de febrero de 1992 (Westlaw Aranzadi, RJ 1992\1386)

¹²⁹ STS de 14 de abril de 1992 (Westlaw Aranzadi, RJ 1992\3044)

¹³⁰ STS de 17 de julio de 2000 (Westlaw Aranzadi, RJ 2000\6914)

¹³¹ Vid. SSTS de 8 julio de 1992 (Westlaw Aranzadi, RJ 1992\6551) y de 10 de octubre de 1996 (Westlaw Aranzadi, RJ 1996\8239)

¹³² PUERTA LUIS, Luis-Román, “Causas de inimputabilidad: anomalías y alteraciones psíquicas. Trastorno mental transitorio”, en PANTOJA GARCÍA, Félix, y BUENO ARÚS, Francisco (directores), *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, CGPJ, 2007, pp. 43 y 44.

¹³³ En un primer momento, el TS negaba su existencia (STS 28 mayo de 1986 –Westlaw Aranzadi, RJ 1986\2896-), pero posteriormente la ha venido admitiendo, situándola en un plano ligeramente superior al de la atenuante muy cualificada (STS de 25 de septiembre de 1992 -Westlaw Aranzadi, RJ 1992\7349-).

¹³⁴ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *La aplicación de las circunstancias del delito: actualizado a la reforma 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 40 y 41.

¹³⁵ STS 15 de diciembre de 1987 (Westlaw Aranzadi, RJ 1987\9776).

¹³⁶ “Son circunstancias atenuantes:(...) 7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”.

¹³⁷ Cfr. STS de 5 de octubre de 2001 (Westlaw Aranzadi, RJ 2001\9048), de 12 de febrero de 2003 (Westlaw Aranzadi, RJ 2003\2491) y de 12 de diciembre de 2006 (Westlaw Aranzadi, RJ 2007\459).

atenuación muy cualificada, teniendo en cuenta el comportamiento de María, tanto por su manera de ejecutar los actos, sin cesar en la agresión después de golpear a Manolo, como por su comportamiento después de los hechos, manteniendo el ataque en secreto durante años. Sumándose que, como veremos a continuación, concurre la agravante de parentesco, lo que vetaría que el carácter privilegiado de la atenuación pudiese desplegar sus efectos.

2.2.2. Dilaciones indebidas

Otra atenuante que se podría apreciar en este caso es la de dilaciones indebidas, recogida en el art. 21.6º CP¹³⁸. Esta atenuación fue introducida en el CP-2010, no estando prevista con anterioridad a dicho Código, pero siendo aun así aplicada por la jurisprudencia a partir de 1991 y validándose en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del TS de 21 de mayo de 1999¹³⁹. Con “dilaciones indebidas” se hace referencia a la duración del procedimiento judicial por encima de lo razonable o a la paralización de éste a partir de determinado momento por causas atribuibles al órgano judicial o al sistema¹⁴⁰, situaciones vulneradoras del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, consagrado en los arts. 24.2 de la Constitución española (en adelante, CE) y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para concretar en cada caso si han existido dilaciones indebidas, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) establece unos parámetros a tener en cuenta. Conforme a ellos, existirá dilación indebida si la dilación que se da es “extraordinaria”, es decir, si se supera la duración habitual de un procedimiento de similar naturaleza; y si la dilación se da en la tramitación del procedimiento, entendiendo que éste comienza cuando el reo adquiere la condición de imputado y finaliza con la resolución firme que ponga fin a la vía penal. A mayores, se requiere que la dilación carezca de proporción con la complejidad de la causa y se excluirán las dilaciones atribuibles al inculpa¹⁴¹.

En el caso que se nos presenta, teniendo en cuenta que los hechos datan del año 2007, que se nos indica que existe la iniciación de un proceso contra María en algún momento de entre 2009 y 2010, y que entendemos que estamos enjuiciando los hechos en el momento actual, en el año 2016, creemos que sí cabe apreciar la atenuante de dilaciones indebidas puesto que, aunque puede ser una causa difícil de resolver, consideramos que el tiempo que ha transcurrido desde el inicio del procedimiento hasta la actualidad es un tiempo excesivo. Ello se fundamenta en que, por una parte, en el año 2015 se reformó el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), estableciéndose en su art. 324 el tope máximo de 18 meses (prorrogables) para la instrucción de causas declaradas como complejas, y que el TS ha venido admitiendo la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada en supuestos de asesinato en los que finaliza en enjuiciamiento 14 años después de los hechos¹⁴² o como atenuante ordinaria en casos de homicidio juzgados 8 años después de su comisión¹⁴³.

2.2.3. Confesión

No cabría apreciar como una atenuante de confesión (art. 21.4º CP¹⁴⁴) el hecho de que María le confiase a su amiga Sara la comisión del asesinato de Manolo, puesto que la confesión ha de hacerse ante las autoridades, como indica el precepto. Tampoco cabe apreciar la atenuante de confesión una vez que, por medio de las escuchas, se ha descubierto el delito y se ha determinado la autoría de María, puesto que si ésta confesase en dicha situación, se estaría procediendo a realizar un mero reconocimiento de los hechos y no una actuación encaminada a facilitar la labor de la justicia¹⁴⁵.

¹³⁸ “Son circunstancias atenuantes: (...) 6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpa¹⁴¹ y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”.

¹³⁹ ORTS BERENGER, Enrique, y GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, 5ª Ed., 2015, pp. 453 y 454.

¹⁴⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, y MIR PUIG, Santiago (directores), *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 128 y 129

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 128 y 129.

¹⁴² *Vid.* STS de 14 de julio de 2015 (Westlaw Aranzadi, RJ 2015\3274)

¹⁴³ *Vid.* STS de 20 de febrero de 2004 (Westlaw Aranzadi, RJ 2004\2141)

¹⁴⁴ “Son circunstancias atenuantes: (...) 4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

¹⁴⁵ *Vid.* SSTS de 13 de mayo de 2005 (Westlaw Aranzadi, RJ 2005\6024) y de 4 de junio de 2008 (Westlaw Aranzadi, RJ 2008\4176).

2.2.4. Circunstancia mixta de parentesco

Se recoge en el artículo 23 CP¹⁴⁶ y se denomina circunstancia mixta por poder atenuar o agravar la responsabilidad penal. No se aprecian criterios unánimes para establecer las situaciones en que el parentesco puede atenuar o agravar, aunque existe la tendencia jurisprudencial a considerar que el parentesco agrava en los delitos contra las personas y atenúa en delitos contra la propiedad¹⁴⁷. En caso de funcionar como agravante, su fundamento se entiende que reside en el mayor reproche que supone el facilitamiento de la comisión del delito debido al aprovechamiento de la relación de parentesco y también al quebrantamiento de la confianza y el afecto característico de las relaciones familiares¹⁴⁸.

Dos son los requisitos exigidos por la jurisprudencia: existencia objetiva de la relación parental o análoga y un aspecto subjetivo relativo a la persistencia de la afectividad. No se suele apreciar en casos de provocación de los hechos por el ofendido, desaparición de la relación de afectividad entre las personas ligadas por los vínculos citados, y cuando el sujeto obró sin ser consciente de la existencia de estos vínculos personales. Sí se aprecia la afectividad en supuestos de mantenimiento de relaciones sexuales, convivencia pese a disputas frecuentes, convivencia irregular o separación de los cónyuges¹⁴⁹.

En el caso propuesto, será pues de aplicación, al existir una relación conyugal y afectiva entre María y Manolo en el momento de los hechos. Funcionará como agravante, al ser el asesinato un delito contra las personas.

2.3. Determinación de la pena

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, **cabrá condenar a María como autora de una tentativa de asesinato con alevosía del art. 139 CP, concurriendo las atenuantes de obcecación (art. 21.3º CP) y dilaciones indebidas (art. 21.6º CP) y la circunstancia mixta de parentesco funcionando como agravante (art. 23 CP)**. Como hemos anticipado, es necesario determinar la pena a imponer según las normas de los CP de 1995, 2010 y 2015, para así comprobar qué regulación es la más favorable a María.

Conforme al art. 139 CP-1995, la pena abstracta impuesta para el delito de asesinato es la prisión de 15 a 20 años de duración. Sobre esta base, cabe aplicar una rebaja obligatoria de un grado o facultativa de dos grados, como dispone el art. 62 CP-1995 para los delitos intentados¹⁵⁰. Entendemos que no concurren circunstancias excepcionales que nos permitan rebajar la pena en dos grados, puesto que estamos ante una tentativa acabada que comportó grave peligro para la vida de la víctima, llegando ésta a estimarse fallecida judicialmente¹⁵¹. Es por ello que estimamos que se debe rebajar la pena en un grado, correspondiendo en este punto una pena de prisión de 7 años y 6 meses a 15 años menos un día. No modifica este marco el grado de participación, por ser María la autora del delito, ya que, en virtud del art. 61 CP-1995, “cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada”. Han de observarse ahora las normas relativas a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de entre las que cabe aplicar la contenida en el art. 66.1.7º CP-1995 atendiendo a su redacción por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (al ser la vigente cuando se cometen los hechos), según la que, para el caso de delitos dolosos en los que concurren atenuantes y agravantes, estas deberán valorarse y compensarse racionalmente. Consideramos pues que, en el caso, prevalece la atenuación de la pena, al no haber ninguna circunstancia más cualificada que las demás y estar ante dos atenuantes y solamente una agravante. En este supuesto, se deberá aplicar la pena inferior en grado, al persistir el fundamento cualificado de atenuación, con lo que la pena a imponer finalmente a María será la de prisión de 3 años y 9 meses a 7 años y 6 meses menos un día. Cabe establecer junto a esta sanción una serie de penas accesorias. Por un lado, es de aplicación el art. 56 CP-1995, al tratarse de una pena de prisión inferior a 10 años, por lo que deberá imponerse una pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (es la

¹⁴⁶ “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

¹⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª Ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 496.

¹⁴⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, y MIR PUIG, Santiago (directores), *op. cit.*, pp. 143 y 144

¹⁴⁹ ORTS BERENGER, Enrique, y GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *op. cit.*, p. 462

¹⁵⁰ “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”.

¹⁵¹ *Vid.* SSTS de 22 de enero de 2009 (Westlaw Aranzadi, RJ 2009\806) y de 26 de febrero de 2011 (Westlaw Aranzadi, RJ 2010\3294)

única pena de las enumeradas en el precepto que no requiere vinculación con el delito cometido). Por otro lado, será también de aplicación el art. 57 CP-1995 ya que, aunque este art. se refiere sólo al “homicidio” se ha venido entendiendo también comprende el asesinato aunque sea intentado¹⁵², por lo que cabrá imponer a María la pena prevista en el apartado 2, al haber sido el delito cometido contra el que fue su cónyuge, debiendo aplicarle una prohibición de aproximación¹⁵³ por un tiempo que no excederá de 10 años, al encontrarnos ante un delito considerado grave¹⁵⁴.

Con respecto al CP-2010, no establece modificación alguna en cuanto a la pena abstracta impuesta para el caso de asesinato, que continuará siendo de 15 a 20 años. Tampoco modifica los artículos relativos al grado de ejecución, al grado de participación y a las circunstancias modificativas, por lo que mantenemos lo ya expuesto, entendiendo que debe aplicarse a María, conforme a esta legislación, una pena de prisión de 3 años y 9 meses a 7 años y 6 meses menos un día. En cuanto a las penas accesorias, tampoco se dan modificaciones con respecto al CP-1995, por lo que debemos imponer una inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56 CP-2010) y una prohibición de aproximación por un tiempo que no excederá de 10 años (art. 57.2 CP-2010).

Atendiendo al CP-2015, el art. 139 CP-2015 castiga el asesinato con pena de prisión de 15 a 25 años, elevando el límite máximo con respecto a las otras regulaciones. No opera ninguna modificación en cuanto al grado de ejecución, el grado de participación o las circunstancias modificativas, por lo que reiteramos lo expuesto sobre estos puntos y concluimos que cabe imponer a María una pena de prisión de 3 años y 9 meses a 7 años y 6 meses menos un día. En lo referente a las penas accesorias a imponer, tampoco se realiza modificación alguna, por lo que entendemos aplicable una inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56 CP-2015) y una prohibición de aproximación por un tiempo que no excederá de 10 años (art. 57.2 CP-2015).

Debemos ahora analizar los regímenes de prescripción establecidos en las legislaciones estudiadas, para ver si en alguna de ellas se establece una prescripción del delito o de la pena que pueda beneficiar a María¹⁵⁵. En el ámbito del derecho penal español, la prescripción cuenta con dos manifestaciones: la prescripción de los delitos y la prescripción de la pena. La diferencia fundamental entre ambas modalidades estriba en que, mientras la prescripción del delito opera con anterioridad a la posible sentencia condenatoria firme, la prescripción de la pena despliega sus efectos a partir de dicho momento¹⁵⁶.

Por una parte, la prescripción de los delitos se regula en los arts. 131 y 132 CP, tras reputarla el art. 130 CP como causa de extinción de la responsabilidad penal. Esta prescripción comienza a correr desde la fecha en la que se cometieron los hechos, paralizándose cuando el proceso se dirija contra el culpable y comenzando a correr de nuevo si el procedimiento se paraliza o finaliza sin condena. La mencionada paralización del proceso puede obedecer a cualquier motivo, ya sea imputable al Tribunal o a las propias partes. En este punto, debemos diferenciar la interrupción y la suspensión de la prescripción, pues, mientras que la suspensión solo supondrá la paralización de la prescripción, de manera que cuando desaparezca la causa de suspensión se reanudará el cómputo del tiempo de prescripción teniendo en cuenta el tiempo ya transcurrido, esto no sucederá en el caso de la interrupción, ya que esta figura inutilizará el tiempo transcurrido para el cómputo de la prescripción¹⁵⁷.

¹⁵² Vid. SSTS de 24 de abril de 2002 (Westlaw Aranzadi, RJ 2002\5455) y de 4 de junio de 2008 (Westlaw Aranzadi, RJ 2008\4176).

¹⁵³ El art. 57.2 CP-1995 asigna la pena del art. 48.2 CP-1995, tratándose ésta de “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, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”.

¹⁵⁴ El art. 13 CP-1995 considera graves los delitos a los que corresponda una pena grave, estableciendo el art. 33 CP-1995 que será entendida como grave la pena de prisión superior a 5 años (debe mirarse la pena del tipo en abstracto, por lo que el asesinato, al estar penado con prisión de 15 a 20 años, es un delito grave).

¹⁵⁵ El TS entiende que los regímenes de prescripción entran dentro de la comparación de penas establecida por las DT 1ª de las reformas del CP.

¹⁵⁶ CHOZAS ALONSO, José Manuel, “La interrupción de la prescripción de los delitos y faltas: el particular labyrinthus del Tribunal Constitucional y el nuevo art. 132.2 del Código Penal”, en GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (coord.) et al., *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Aranzadi, 2010, p. 235.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 252 y 253.

En el art. 131.1 CP-1995 (redacción por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre), se establece un plazo de prescripción de 20 años para los delitos a los que se imponga pena de prisión de 15 o más años (como el asesinato), dejando el legislador en manos de los Tribunales penales la determinación de los concretos actos a los que se anudará la eficacia interruptiva. Así, existían dos posiciones enfrentadas: por una parte, el TS, la FGE y algunas voces dentro del TC entendían que la denuncia o querrela interrumpía la prescripción, a lo que se oponían, por su parte, la doctrina mayoritaria y el TC desde la sentencia 63/2002, de 14 de marzo¹⁵⁸, que defienden que para interrumpir la prescripción será necesario un acto de interposición judicial. En el CP-2010 se mantiene la prescripción de 20 años para los delitos penados con prisión de 15 o más años, pero se modifica el artículo 132, pasando a establecerse la interrupción de la prescripción cuando concurren tres condiciones: acto de interposición judicial (se entiende que la denuncia o querrela ante órgano judicial suspende el plazo de prescripción por un máximo de 6 meses en caso de delito, quedando supeditada la efectiva interrupción de la prescripción a un eventual acto judicial confirmatorio); forma de resolución judicial motivada (auto judicial); y existencia de una atribución subjetiva referida en concreto a una persona que aparezca como indiciariamente responsable del delito¹⁵⁹. Finalmente, el CP-2015 conserva también la prescripción de 20 años para los delitos penados con prisión de 15 o más años, recogiendo los mencionados requisitos del CP-2010 para la interrupción de la prescripción.

Por otra parte, en cuanto a la prescripción de las penas, ésta aparece regulada en los arts. 133 y 134 CP, tras reputarla el art. 130 CP como causa de extinción de la responsabilidad penal. El plazo de prescripción no se determina atendiendo al marco penal previsto en abstracto para el delito cometido, sino atendiendo a la duración de la pena concreta impuesta en la sentencia condenatoria firme. Se establece en el art. 134 CP como momento inicial de cómputo de la prescripción “la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse”, debiendo ser ello matizado, pues “para que el tiempo que transcurre desde la fecha de la sentencia firme se compute desde entonces como tiempo de prescripción de la pena, es necesario que ésta no haya empezado a cumplirse, y que no se den las circunstancias que suspenden el cómputo”¹⁶⁰. Por tanto, cuando la pena no hubiera comenzado a cumplirse en la fecha de la sentencia firme, el retraso en el cumplimiento determinará el inicio del cómputo del plazo de prescripción, que se prolongará hasta que se suspenda la ejecución de la pena, o se inicie su cumplimiento (voluntario o coercitivo)¹⁶¹. En el art. 134 CP no se alude expresamente a la interrupción del cómputo. Así, debemos entender que pueden darse tres posibilidades: que el retraso en el cumplimiento de la condena no esté amparado por alguno de los supuestos de suspensión del cómputo del plazo de prescripción, por lo que el retraso es imputable al Estado y se producirá la prescripción de la pena al cabo de los plazos establecidos; que el retraso esté amparado por los supuestos de suspensión de la prescripción, por lo que no será imputable ni al reo ni al Estado y por ello se produce simplemente la paralización con cómputo del tiempo transcurrido hasta el momento; y que el retraso se derive del quebrantamiento de la pena imputable al penado, lo que supondrá la interrupción del plazo de prescripción, con pérdida del tiempo transcurrido¹⁶². La reforma por la que se establece el CP-2015 añade un segundo apartado al art. 134, que establece como causas de suspensión de la prescripción el periodo de suspensión de la ejecución o el cumplimiento de otras penas. La posición del TC puede llevar a considerar que el art. 134.2 CP prevé ahora supuestos de suspensión del cómputo del plazo de prescripción no previstos anteriormente. Esto supondría que dicho precepto no puede aplicarse retroactivamente, al resultar ello perjudicial para el reo.

Por lo demás, debemos destacar que el CP-1995 (en su redacción por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre) establece un plazo de prescripción de 15 años para penas de prisión de más de 5 años y menos de 10 años y de 5 años si la pena fuese menos grave (entre 3 meses y 5 años de prisión). Estos plazos se mantienen en las reformas de 2010 y 2015¹⁶³.

¹⁵⁸ (Westlaw Aranzadi, RTC 2002\63). Esta posición se consolida con la reiteración de jurisprudencia en la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 29/2008, de 20 de febrero (Westlaw Aranzadi, RTC 2008\29).

¹⁵⁹ CHOZAS ALONSO, José Manuel, *op. cit.*, pp. 248 y 249.

¹⁶⁰ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, *La prescripción de la pena tras la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 38.

¹⁶¹ La STC 97/2010, de 15 de noviembre (Westlaw Aranzadi, RTC 2010\97) entiende que el cumplimiento de la pena es una causa de interrupción de su prescripción.

¹⁶² CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, *op. cit.*, pp.47 y 48. Aunque algunos autores entienden que el quebrantamiento de la condena no interrumpe el cómputo de la prescripción.

¹⁶³ No cabe entender en el caso propuesto que, conforme a estas normas, la posible pena impuesta a María ha prescrito, ya que, cuando se nos indica en el caso que María, entre 2009 y 2010, es acusada del asesinato de Manolo, no se establece que haya

Conforme a lo que hemos determinado anteriormente, vemos que las penas a imponer y los regímenes de prescripción son análogos. Aun así, podemos descartar la aplicación al supuesto de María de la legislación contenida en el CP-2015. Si bien en dicha regulación se amplía el límite máximo de la sanción a imponer por el delito de asesinato (de 20 a 25), esto no afecta a María pues, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, vemos que el marco penal que cabe imponerle es el mismo que el que se deriva del CP-2010. Pero, teniendo en consideración el mandato de la DT 1ª de la reforma instauradora del CP-2015, que indica que, además de las penas que correspondan a los hechos conforme a una u otra ley, habrá de tenerse en cuenta la posibilidad de imponer medidas de seguridad, **hemos de considerar al CP-2015 menos favorable que las otras legislaciones, por establecer la posibilidad de que a los penados por asesinato se les imponga la medida de libertad vigilada (art. 140 bis CP-2015)**, cosa que anteriormente no se contemplaba. A ello se suma lo ya expuesto en referencia a la prescripción de la pena. **Con respecto a si la condena debe imponerse conforme al CP-1995 o al CP-2010, deberá darse audiencia a la propia María para que opine sobre qué regulación le parece más beneficiosa. En cualquier caso, y como ya hemos visto, se le aplicará una pena de prisión de 3 años y 9 meses a 7 años y 6 meses menos un día, con las penas accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y una prohibición de aproximación por un tiempo que no excederá de 10 años.**

2.4. Tribunal competente en razón de la calificación y proceso de enjuiciamiento

Las normas aplicables serán las de la redacción actual de LOPJ y LECrim, pues las normas procesales no son retroactivas (de acuerdo con el art. 2 LEC). Con respecto a la competencia objetiva, caben dos situaciones. Por una parte, como determinamos en el apartado relativo a la competencia de los Tribunales españoles (*vid. supra*), si el barco en el que tuvieron lugar los hechos se encontrase fuera del territorio nacional pero aun así fuesen competentes para el enjuiciamiento del delito los Tribunales españoles, el juicio se sustanciaría ante la Sala Penal de la Audiencia Nacional (conforme dispone el art. 65.1º.e LOPJ en relación con el art. 14.3 LECrim), instruyendo la causa en este caso el Juzgado Central de Instrucción (en virtud del art. 88 LOPJ). Por otra parte, en el caso de que el delito fuese cometido en el territorio nacional, correspondería su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial, por ser un delito sancionado en el CP con pena privativa de libertad superior a 5 años (como establece el art. 82.1.1º LOPJ en relación con el art. 14.3 LECrim), siendo realizada la instrucción del caso por el Juzgado de Instrucción (de acuerdo con el art. 87.1.a LOPJ). En este último caso, se reputarán competentes territorialmente aquellos que radiquen en el lugar donde se haya cometido el delito (regla del *forum delicti comissi*) y, en los casos en que dicho lugar no pudiese determinarse, los establecidos conforme al orden de preferencia recogido en el art. 15 LECrim. En cuanto a la competencia, queda por señalar que en este supuesto no corresponderá el conocimiento de la causa por parte del Tribunal del Jurado, de acuerdo con la regulación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, ya que, poniendo en relación su art. 1 con su art. 5.1, se desprende que este Tribunal sólo conocerá de los delitos de asesinato cuando sean delitos consumados.

El procedimiento por el que se encauzará la causa será el de juicio ordinario, al ser el asesinato un delito castigado con pena de prisión de 15 a 25 años; ya que la LECrim, por un lado, restringe el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado a los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a 9 años (art. 757), y, por otro lado, ciñe el ámbito de aplicación del enjuiciamiento rápido a los delitos que no superen los 5 años de prisión (art. 795). Es por ello que el procedimiento de enjuiciamiento del delito cometido por María se desarrollará conforme a lo dispuesto por los Libros II y III de la LECrim.

3. Calificación de las escuchas telefónicas

Resueltas todas estas cuestiones previas, debemos centrarnos ahora en la determinación de la validez de las escuchas que sirvieron de justificación para la acusación contra María formulada entre los años 2009 y 2010.

En primer lugar, debemos hacer referencia a la legislación aplicable. Como ya hemos establecido, las normas procesales que han de aplicarse al caso son las vigentes en el momento en el que se conoce de los hechos. Es por ello que deberá atenderse a la regulación de las escuchas telefónicas de la LECrim existente en el momento en el que éstas se realizan que, como se extrae del texto del caso, será después del 17 de

recaído sentencia condenatoria firme que no haya sido ejecutada y, aunque así fuese, si el enjuiciamiento se llevase a cabo en ese momento, María habría sido condenada por un delito consumado y no intentado, al no haber reaparecido aun Manolo, con lo que la pena que se le habría impuesto sería más elevada y, a fecha actual, no podrían considerarse transcurridos los plazos de la prescripción de la pena.

agosto de 2009 y antes de que finalice enero de 2010. Es por ello que haremos referencia al art. 579 LECrim conforme a su anterior redacción, aplicado a las intervenciones telefónicas antes de que, por medio de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, se regulasen detalladamente las mencionadas intervenciones telefónicas.

Pero es de la CE de la que debemos partir en el estudio de las escuchas telefónicas. En su artículo 18.3 establece la inviolabilidad de las comunicaciones como derecho fundamental constitucionalmente protegido¹⁶⁴. Se ha entendido que este derecho abarca también la posibilidad de comunicarse libremente, usando los medios existentes sin limitaciones, y que el secreto se extiende tanto al contenido de lo conversado como a la identidad de los interlocutores y al momento en el que éstas se realizan, cubriendo todo tipo de comunicaciones siempre que lo transmitido sea de carácter privado y para un destinatario específico (si fuese una comunicación pública, estaría también protegida, pero mediante el art. 20 CE)¹⁶⁵. Se entiende por tanto que el bien jurídico protegido es la libertad de comunicación y no la intimidad¹⁶⁶.

Pero los derechos fundamentales no son absolutos, sino que tienen límites derivados de la existencia de otros derechos fundamentales de los demás ciudadanos o de la tutela del Estado democrático¹⁶⁷. Estos límites no serán aceptables cuando priven a los derechos de su contenido esencial, de su núcleo básico. Es por ello que se exigen una serie de requisitos para que se acepten las limitaciones de derechos, requisitos que son requeridos también para que una intervención telefónica pueda ser aceptada.

Primero, aunque el art. 18.3 CE no establece necesidad de previsión legal para restringir el derecho, la jurisprudencia del TC exige la existencia de una previsión legislativa concreta para que las comunicaciones tengan legitimidad¹⁶⁸, encontrándose esta habilitación legal en el caso de las intervenciones telefónicas en el anterior art. 579 LECrim.

Segundo, se exige que la intervención sea acordada mediante resolución judicial de la autoridad competente, estableciéndose por la doctrina dominante del TC que la forma de la resolución debe ser la de auto debidamente motivado, debiendo explicitarse en éste¹⁶⁹: la habilitación legal y la necesidad de la injerencia; la concreción del delito investigado, que ha de ser un delito suficientemente grave¹⁷⁰; la identificación de las personas sobre las que se realiza la intervención, sobre las cuales deben recaer indicios objetivos por razones fundadas y no meras conjeturas de preparación o comisión de ese delito grave; el número telefónico y la duración de la intervención; las personas a las que se encomienda la medida; y los periodos en que debe darse cuenta al Juez autorizante de los resultados obtenidos. Esta exigencia de participación judicial sólo podrá ser obviada en los supuestos regulados en el apartado 4º del anterior art. 579 LECrim, mediante el que se prevé la posibilidad de que la intervención sea acordada por el Ministerio del Interior o por el Director de seguridad del Estado, en casos de urgencia y para la investigación de delitos de terrorismo o bandas armadas, con la limitación de que deberá darse cuenta inmediata al Juez y que éste deberá confirmar o revocar la medida adoptada en un plazo de 72 horas.

Finalmente, en tercer lugar, la intervención ha de ser proporcional, entendiéndose ello como idónea y útil para el objetivo propuesto y como necesaria, sin que resulte prescindible por existir otra medida alternativa menos gravosa¹⁷¹. Además, las fuerzas policiales, que son quienes, con ayuda de las compañías telefónicas, llevan a cabo materialmente las intervenciones, deben cumplir también una serie de requisitos, como facilitar al Juez una copia íntegra de todo lo grabado, independientemente de que puedan hacer resúmenes o destacar algunas conversaciones para facilitar así la labor judicial. Será el Secretario Judicial el que dé fe del

¹⁶⁴ "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

¹⁶⁵ URBANO CASTRILLO, Eduardo, *El derecho al secreto de las comunicaciones*, La Ley, 2011, pp. 19 y 20.

¹⁶⁶ *Vid.* STC 114/1984, de 29 noviembre (Westlaw Aranzadi, RTC 1984\114)

¹⁶⁷ *Vid.* STC 25/1981 de 14 julio (Westlaw Aranzadi, RTC 1981\25)

¹⁶⁸ *Vid.* SSTC 49/1996, de 26 marzo (Westlaw Aranzadi, RTC 1996\49) y 49/1999, de 5 abril (Westlaw Aranzadi, RTC 1999\49).

¹⁶⁹ URBANO CASTRILLO, Eduardo, *op. cit.*, pp. 184 - 186.

¹⁷⁰ Las SSTC 126/2000, de 16 de mayo (Westlaw Aranzadi, RTC 2000\126) y 299/2000, de 11 de diciembre (Westlaw Aranzadi, RTC 2000\299) entienden como delito grave aquel que lleve aparejada una pena grave (como el delito de tráfico de drogas por el que se interponen las escuchas a Marcial).

¹⁷¹ *Vid.* SSTC 181/1995, de 11 de diciembre (Westlaw Aranzadi, RTC 1995\181) y 166/1999, de 27 de septiembre (Westlaw Aranzadi, RTC 1999\166).

contenido íntegro de lo grabado y de las transcripciones, debiendo ser reproducidas las escuchas en el acto del juicio oral para que adquieran relevancia procesal.

De entre estos requisitos enumerados, debemos centrarnos en dos. Por un lado, en lo referente a la duración de las intervenciones, “dada la naturaleza de la medida y su carácter no reglado en cuanto los límites temporales, la solución a esto se ha de venir determinado en el caso concreto por el control que el Juez ha de efectuar, por medio de la finalidad perseguida y por medio de la ponderación de las circunstancias concurrentes”¹⁷². Este plazo comenzará a contarse desde la fecha en la que se ha dictado el auto habilitante y no desde la fecha en que dicho auto se ejecuta¹⁷³. Si se declarase el secreto de sumario, el plazo no podrá extenderse más de un mes (conforme al art. 302.2 LECrim). Se podrán adoptar prórrogas de la intervención, antes del vencimiento del plazo inicial y sometidas a los mismos requisitos que la intervención original, necesitando una motivación autónoma, sin que sea aceptable una remisión tacita y presunta a la misma¹⁷⁴. Por otro lado, respecto del carácter restringido de la intervención, en el auto que acuerde la intervención se indicarán los delitos y las personas a las que se les limita su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Además del investigado, el anterior art. 579 LECrim establecía la posibilidad de que “podrá extenderse la medida a las comunicaciones de las que se sirvan [los imputados] para la realización de fines delictivos”, pudiendo intervenir no solo las comunicaciones telefónicas y los aparatos del imputado sino también las de aquellos terceros que los imputados utilicen para comunicar a su través determinadas circunstancias relativas al hecho delictivo investigado¹⁷⁵, terceros que también deberán estar suficientemente identificados en el auto autorizante¹⁷⁶. Ahora bien, ¿qué ocurre si en el transcurso de la intervención se obtienen pruebas de otros hechos delictivos o de la culpabilidad de terceros que no estaban abarcados por la limitación original? En estos casos, estaremos ante un hallazgo casual, del que deberá darse cuenta inmediata al Juez que ordenó la intervención, a fin de que dicte auto e incoe otro procedimiento si los hechos son autónomos o amplíe la investigación autorizada si los hechos son conexos con los que están siendo ya investigados¹⁷⁷. Ahora bien, si se produjera una divergencia entre el delito o la persona autorizados y el realmente investigado y esta situación no se legalizase vía resolución judicial, las intervenciones constituirían una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones¹⁷⁸.

Conforme a lo anteriormente explicado, cabe concluir que, **en el caso de María, si los presupuestos referentes a la adopción de la intervención inicial y a la duración y control de ésta se han cumplido, para que las escuchas por las que se conoció del delito cometido contra Manolo tengan validez, deberán las fuerzas policiales inmediatamente poner en conocimiento del Juez que autorizó la investigación contra su esposo Marcial, para que éste deduzca testimonio y se inicie el proceso correspondiente.** Esto es así al encontrarnos en un supuesto en el que no existe conexión objetiva (del delito) ni subjetiva (del autor) entre los hechos que motivaron la adopción de las intervenciones iniciales y los hechos descubiertos por medio de ella, pero en el que, por aparentar estos sucesos una gravedad penal suficiente que justificaría la adopción de tal medida restrictiva, se estiman como mera *notitia criminis*¹⁷⁹ y se permite que se consideren como una prueba indirecta que justifique que se dicte auto y se inicie un procedimiento por dicho delito, pudiéndose adoptar nuevas medidas de intervención telefónica si se cumplen los requisitos. La inexistencia de los requisitos para la adopción de la intervención inicial, la continuación de las escuchas una vez expirado el plazo por el que se acordaron o la continuación de la investigación sin autorización del órgano judicial de un nuevo delito conocido debido a un descubrimiento casual supondrán

¹⁷² GARCIA VALTUEÑA, Eduardo, “El auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal”, en VV.AA. *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, CGPJ, 1993, p. 354.

¹⁷³ STC 205/2005, de 18 de julio (Westlaw Aranzadi, RTC 2005\205).

¹⁷⁴ STC 202/2001, de 15 de octubre (Westlaw Aranzadi, RTC 2001\202).

¹⁷⁵ En caso de que dichos terceros sean familiares, no se viola lo dispuesto en el art. 416.1º LECrim, pues las manifestaciones captadas en las escuchas se tratarán como unas meras manifestaciones extraprocesales, no teniendo obligación los familiares de contestar sobre ellas en el acto del juicio.

¹⁷⁶ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, “Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes”, en VV.AA., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, CGPJ, 1993, p. 99.

¹⁷⁷ ESTÉVEZ JIMENO, Ángel, “La intervención de las comunicaciones telefónicas. Comentarios y consideraciones acerca del auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992”, en VV.AA., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, CGPJ, 1993, p.323.

¹⁷⁸ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 septiembre 1978 (caso Klass c. Alemania), de 2 agosto 1984 (caso Malone c. Reino Unido) y de 24 abril 1990 (caso Kruslin c. Francia).

¹⁷⁹ Vid. SSTS de 29 enero de 2008 (Westlaw Aranzadi, RJ 2008\2693) y de 27 de septiembre de 2011 (Westlaw Aranzadi, RJ 2012\9830).

la nulidad e invalidación de las pruebas obtenidas mediante las escuchas y de todas aquellas pruebas que tengan conexión causal con ellas (“teoría de los frutos del árbol envenenado”, conforme al art. 11.1 LOPJ)¹⁸⁰, que tampoco podrán considerarse ya *notitia criminis*. La expulsión del proceso de tales pruebas será apreciada de oficio por los órganos judiciales, aunque también puede ser considerada a instancia de parte afectada, y se podrá llevar a cabo en cualquier momento del proceso¹⁸¹. Como vemos, las escuchas por sí solas constituyen una prueba indiciaria que no es suficiente para enervar la presunción de inocencia, por lo que deberán complementarse con otros medios de prueba¹⁸², como podría ser la declaración de la propia María o la de su exmarido Manolo, las declaraciones de testigos que hubiesen presenciado los actos o de la persona con la que Manolo mantenía un relación sentimental, pruebas documentales o periciales, etc.

4. Cuestiones referentes a la acusación por asesinato

Al indicársenos en el supuesto que, con fundamento en las escuchas telefónicas analizadas, María resulta acusada de asesinato, cabe plantearse las consecuencias de dicha acusación y de una eventual condena por asesinato, a la vista de que Manolo continúa vivo y reaparece en el año 2014.

Aunque una condena por homicidio o asesinato cuando no se ha podido recuperar el cadáver de la víctima es una situación que se da infrecuentemente, nuestros Tribunales han dado el visto bueno a esta posibilidad, como podemos observar el caso de Marta del Castillo¹⁸³ o en el caso del homicidio del exconserje del Cabildo de Gran Canaria¹⁸⁴. Ahora bien, los Tribunales suelen ser cautelosos a la hora de condenar sin el hallazgo del cadáver, por el temor a que la víctima hubiera sobrevivido, como aconteció en el célebre Crimen de Cuenca, en el que se condenó a dos inocentes por matar a un hombre y, años después, se descubrió que la supuesta víctima continuaba con vida.

En el caso de que Manolo reapareciese durante el transcurso del proceso, la acusación debería modificar sus conclusiones, para adaptarlas a la nueva situación en la que se observa que no se ha dado muerte al exmarido. Si en el momento de la reaparición las conclusiones fuesen provisionales, no habrá problema alguno para que fueran alteradas, tal y como establecen los arts. 732¹⁸⁵ y 788.3¹⁸⁶ LECrim. Pero si la reaparición tiene lugar cuando las conclusiones han devenido definitivas, está proscrita la introducción de hechos totalmente nuevos desconocidos por completo en la instrucción, que deberían reconducirse por medio del art. 746.6 LECrim (instrucción complementaria) o mediante deducción de testimonios para iniciar un proceso independiente¹⁸⁷. Ahora bien, si permanece inalterado el relato de hechos y lo que se modifica son la tipificación o calificación del delito o el grado de perfección o consumación del tipo penal, las modificaciones pueden llevarse a cabo, pero debe darse la oportunidad a la defensa de rebatir las nuevas conclusiones¹⁸⁸. A mayores, el art. 733 LECrim recoge la denominada tesis de desvinculación, por la que el Tribunal puede instar a las partes a modificar sus calificaciones, en caso de que “juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error”. En el supuesto de que ya hubiese recaído sobre María una condena como autora del asesinato de Manolo en el momento en el que éste reaparece, la sentencia condenatoria firme deberá ser revisada, en virtud de lo establecido en el art. 954 LECrim¹⁸⁹.

¹⁸⁰ Vid. STS de 8 de abril de 2010 (Westlaw Aranzadi, RJ 2010\4858) y SSTC 166/1999, de 27 de septiembre (Westlaw Aranzadi, RTC 1999\166) y 171/1999, de 27 de septiembre (Westlaw Aranzadi, RTC 1999\171).

¹⁸¹ URBANO CASTRILLO, Eduardo, *op. cit.*, p. 195.

¹⁸² Vid. STS de 7 de febrero de 2005 (Westlaw Aranzadi, RJ 2005\4158).

¹⁸³ Vid. SAP de Sevilla de 13 de enero de 2012 (Westlaw Aranzadi, ARP 2012\1213).

¹⁸⁴ Vid. SAP de Las Palmas de 23 de abril de 2013 (Westlaw Aranzadi, ARP 2013\242).

¹⁸⁵ “Practicadas las diligencias de la prueba, las partes podrán modificar las conclusiones de los escritos de calificación”.

¹⁸⁶ “Terminada la práctica de la prueba, el Juez o Presidente del Tribunal requerirá a la acusación y a la defensa para que manifiesten si ratifican o modifican las conclusiones de los escritos inicialmente presentados y para que expongan oralmente cuanto estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos”.

¹⁸⁷ JAVATO MARTÍN, Manuel, “Modificación de conclusiones acusatorias en juicio oral del proceso penal (artículos 732 y 788.3 LECrim). El aplazamiento del juicio del artículo 788.4 LECrim”, *Revista Jurídica De Castilla y León*, N.º 11, 2007, p. 144.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 151.

¹⁸⁹ En su redacción original contemplaba el supuesto de que “esté sufriendo condena alguno como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena”, modificándose en el año 2015 para pasar a contemplar el caso de que “después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave”.

Cuestión 4 – Dictamen sobre las consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y Elisa y sobre la vuelta a la convivencia de María y Marcial tras la primera denuncia de ésta.

Legislación aplicable:

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Hechos relevantes:

- 17 de agosto de 2009:
María contrae segundas nupcias con Marcial.
- Enero de 2010:
Marcial llega a casa después de trabajar y sufre un ataque de celos al encontrarse a María hablando por teléfono con un amigo de ésta, por lo que le propina a su mujer un fuerte golpe en la cara que le produce un derrame en el ojo derecho.
- Marzo de 2010:
Durante una cena con sus amigas, María recibe tres llamadas telefónicas de Marcial hablándole violentamente para que vuelva a casa y, cuando ésta regresa a la vivienda, Marcial le propina dos puñetazos en la barriga.
- Abril de 2010:
Nace Elisa, hija de María y Marcial.
- 29 de septiembre de 2012:
María ingresa en el hospital a causa de una violenta agresión de Marcial. Tiene que ser intervenida quirúrgicamente dos veces por lesiones en el hígado y bazo, y presenta cicatrices en la cara. María decide denunciar a Marcial, solicitando orden de alejamiento.
- 12 de diciembre de 2012:
María abandona el hospital.
- Diciembre de 2012:
Marcial regresa a casa y retoma la convivencia con María, pese a seguir vigente la orden de alejamiento.
- 12 de octubre de 2013:
Marcial le propina tres golpes en el estómago a María y un puñetazo que le provoca un derrame en el ojo derecho a Elisa. María llama a la Policía y ambas son llevadas al hospital dónde María es sedada debido a una incontrolable ansiedad que le produce un infarto al corazón. La Policía realiza a Marcial un control en el que da positivo en cocaína y una tasa de alcohol de 0,75 mg de alcohol por litro de aire aspirado.
- Marcial decide voluntariamente ingresar en una clínica de desintoxicación, intentando reparar el daño causado.

1. Consecuencias penales

Al haber sido cometidos los actos en un lapsus temporal que va desde enero de 2010 a octubre de 2013 y, en base a todo lo explicado en la cuestión anterior en referencia a la ley penal más favorable al reo (*vid. supra*), habrá que calificar los hechos y determinar la pena en atención tanto al CP-1995 (vigente cuando tuvieron lugar los primeros hechos), como al CP-2010 (vigente también en el momento de comisión de los hechos) y al CP-2015 (vigente en la actualidad).

1.1. Delito de violencias habituales en el ámbito familiar

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, introdujo el tipo de violencias habituales en los apartados 2 y 3 del art. 173 CP, incardinándolo dentro de los delitos contra la integridad moral, por lo que se entiende que ésta constituirá el bien jurídico que se busca proteger. Este delito, así como los demás tipos específicamente orientados a la sanción de la violencia de género, se configura sobre la base de la condición femenina del sujeto pasivo, por lo que en estos casos sólo los hombres podrán ser sujetos activos¹⁹⁰. Con referencia a estos tipos penales, tanto el TC¹⁹¹ como la FGE¹⁹² entienden que las mencionadas infracciones son delitos pluriofensivos, por lo que no requieren ni la integración ni la prueba de ningún elemento típico adicional a los referidos explícitamente en los tipos (conducta, género femenino de la víctima y relación entre los sujetos) y, por tanto, su aplicación es automática¹⁹³.

La conducta descrita en el tipo está constituida por dos elementos: el ejercicio de violencias físicas o psíquicas y la habitualidad. Respecto a este último elemento, se entiende que no tiene conexión con el concepto de reincidencia del art. 22.8º CP, “por lo que no es exigible para su apreciación la presencia de condenas previas”¹⁹⁴ y tampoco con el concepto de reos habituales del art. 94 CP, que opera solamente en el ámbito de la suspensión y sustitución de penas privativas de libertad. Así, el TS vino a sostener en su sentencia de 7 de julio de 2000¹⁹⁵ 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”. Como el propio art. 173.3 CP establece, para apreciar la existencia de habitualidad, deberemos atender al número de actos de violencia acreditados y a su proximidad temporal, cuantificándose los actos independientemente de que se hayan ejercido sobre la misma o diferentes víctimas y que hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anteriormente. Por tanto, se cuantificarán tanto los actos ya enjuiciados como los que se enjuician y condenan conjuntamente con el delito de violencias habituales, siempre que dichos actos se declaren probados y relacionados en una sentencia judicial¹⁹⁶. Además, se exige que la sentencia sea condenatoria, pues los hechos denunciados que hayan sido objeto de sentencia absolutoria firme se excluirán¹⁹⁷. En cuanto al elemento subjetivo del tipo, “sólo exige el dolo (...) siendo posible el dolo eventual y quedando excluida de la comisión de este delito la imprudencia”¹⁹⁸.

El propio art. 173.2 CP contempla una agravación específica, “cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”. Llegados a este punto, se nos

¹⁹⁰ Esta concepción está respaldada por la STC 59/2008, de 14 de mayo (Westlaw Aranzadi, RTC 2008\59) y también por la STS de 4 de noviembre de 2009 (Westlaw Aranzadi, RJ 2009\5689) entre muchas otras.

¹⁹¹ STC 59/2008, de 14 de mayo (Westlaw Aranzadi, RTC 2008\59)

¹⁹² En la Circular de la FGE 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹⁹³ GUINARTE CABADA, Gumersindo, “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género”, en RODRÍGUEZ CALVO, María Sol, y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, 2013, p.242.

¹⁹⁴ CARMONA RUANO, Miguel, “El delito de maltrato habitual”, en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan (coord.), *La violencia de género: aspectos penales y procesales*, Editorial Comares, 2007, p. 132.

¹⁹⁵ (Westlaw Aranzadi, RJ 2000\6823). Jurisprudencia consolidada (STS de 12 de septiembre de 2005 – Westlaw Aranzadi, RJ 2005\7191-; STS de 19 de septiembre de 2005 – Westlaw Aranzadi, RJ 2005\8674).

¹⁹⁶ Cfr. Circular de la FGE 1/1996, de 23 de febrero, sobre el régimen transitorio del Código Penal de 1995.

¹⁹⁷ Vid. SSTS de 18 de junio de 2003 (Westlaw Aranzadi, RJ 2003\5649) y de 12 de septiembre de 2005 (Westlaw Aranzadi, RJ 2005\7191).

¹⁹⁸ BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José, “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código Penal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Violencia de género y sistema de justicia*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 199.

plantea la concurrencia del principio *non bis in idem*, en el caso de que esta agravación que acabamos de señalar se aplique a los concretos actos de violencia y a la par al delito de violencias habituales. Este principio no aparece contemplado de forma expresa en la CE aunque se reconoce tácitamente y se conecta con los arts. 96.1 y 10.2 CE, al haber ratificado el Estado español diversos Convenios Internacionales en los que el mismo se contempla¹⁹⁹. Así lo entiende el TC, estableciendo una doble virtualidad a dicho principio: por una parte, vetará la posibilidad de que recaiga una duplicidad de sanciones y, por otra parte, imposibilitará que se someta a una persona a un doble procesamiento o enjuiciamiento si se ha dictado una primera resolución que se pronuncie sobre el fondo del asunto. Esto será así siempre que se dé una triple identidad entre los dos supuestos: de hechos, de fundamento y de sujeto²⁰⁰. Vemos que estos requisitos pueden cumplirse en el contexto en el que nos encontramos, si se contempla la misma agravación dos veces, pero ello es descartado por la doctrina mayoritaria, que entiende que “entre el art. 173.2 CP y los actos concretos de de violencia en el ámbito familiar o asimilado, no existe un concurso de normas que podrían conducir a concebir que se incurre en *bis in ídem*, debiendo por tanto decidir entre la aplicación de uno u otro en virtud de lo establecido en el artículo 8 del Código Penal, sino que la relación entre ambos infracciones es un concurso de delitos, ello a la vista de la cláusula final que se recoge en el primer párrafo del artículo 173.2”²⁰¹. A esta solución se atiene la FGE²⁰², indicando que cuando se juzguen conjuntamente el acto violento concreto y el delito de violencias habituales y concurren varias circunstancias agravatorias, se deberán calificar aplicando el subtipo agravado tanto el acto concreto violento como la conducta habitual y que si confluyesen además dos o más circunstancias agravatorias en un solo delito, simplemente se tendrán en consideración para valorar el alcance de la concreta pena dentro del marco que establece la Ley. En expresa remisión a esta postura de la Fiscalía, viene aplicándose este criterio por nuestros Tribunales.

Conforme a lo explicado, **vemos que se cumplen los requisitos del tipo en el caso de Marcial. Así, existe una relación conyugal entre agresor y víctima y hay habitualidad en la violencia, ya que se extiende a lo largo del tiempo pero sin cesar de manera significativa, dándose una situación de agresión continuada sobre la esposa y un ambiente de dominación y temor.** Entendemos que no se puede apreciar dicho delito con respecto a Elisa, pues sólo se acredita la existencia de un episodio violento con respecto a la menor. Además, **habrá que aplicarle a Marcial la específica agravación contemplada en el propio precepto**, pues realizó los actos en presencia de su hija menor de edad, en el domicilio común y quebrantando una medida cautelar que le había sido impuesta, como veremos seguidamente.

En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, entendemos que podrían ser susceptibles de aplicación la atenuante de reparación (art. 21.5º CP), la agravante de discriminación (art. 22.4º CP), la circunstancia mixta de parentesco funcionando como agravante (art. 23 CP) y la eximente o atenuante de intoxicación o grave adicción (arts. 20.2º o 21.2º CP).

Primero, en referencia a la atenuante de reparación, se nos indica que Marcial ingresa en una clínica de desintoxicación con intención de reparar el daño causado. La mencionada atenuante no ha sufrido modificación alguna desde que fue establecida en el CP-1995, siendo desligada de la manifestación del arrepentimiento del reo. Se concede pues eficacia a esta atenuante aunque la conducta tenga lugar durante el procedimiento judicial, siempre que sea anterior al acto del juicio oral, pero debiendo cumplirse el requisito de que se alcance un resultado efectivo de reparación del daño o disminución de sus efectos, aunque en ocasiones se haya considerado que ello se produce cuando el culpable realiza grandes esfuerzos por intentar reparar el agravio y dicha reparación no resulta efectiva²⁰³. La mayoría de las situaciones en las que se aplica esta atenuante son casos en los que la reparación se da con la simple devolución de una cantidad dineraria sustraída o cuantificada en base al valor de unos bienes afanados. Pero, al haber tanto la reparación de los daños materiales como de los daños morales, se permite su apreciación en el caso de delitos personales en los que es posible establecer indemnizaciones²⁰⁴. En el supuesto ante el que nos encontramos, esta atenuante no será de aplicación. Por un lado, con respecto al delito de violencia doméstica habitual, no podrá

¹⁹⁹ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, *Delitos de violencia en el ámbito familiar: las agravantes específicas y prohibición de incurrir en 'bis in idem'*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007, pp. 94 a 96.

²⁰⁰ Vid. STC 2/1981, de 30 de enero (Westlaw Aranzadi, RTC 1981\2)

²⁰¹ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, *op. cit.*, pp. 104 y 105.

²⁰² En su Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.

²⁰³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, y MIR PUIG, Santiago (directores), *op. cit.*, p. 127.

²⁰⁴ ORTS BERENGER, Enrique, y GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *op. cit.*, p. 553.

invocarse, al ser éste un delito de mera actividad y no de resultado²⁰⁵. Por otro lado, en relación con los concretos delitos de resultado producidos, tampoco podría apreciarse, pues no creemos que el hecho de que Marcial ingrese en una clínica de desintoxicación suponga un acto reparador con la entidad suficiente para que justifique su apreciación, ya que el beneficio último de la desintoxicación repercute en el propio Marcial y no en su esposa o en su hija, y se trata de un acto aislado que no va acompañado de otras acciones (pago de responsabilidad civil, sometimiento a un programa de violencia de género...) que puedan suponer una disminución real de las consecuencias del delito de Marcial.

Segundo, por lo que respecta a la agravante de discriminación, está claro que los hechos han sido cometidos por razones de género, por lo que la conducta de Marcial caería dentro del ámbito de la agravación, pero debemos descartarla, pues dichos motivos machistas se encuentran ya contemplados en el tipo penal, al ser requisito para su aplicación que la violencia se ejerza sobre su cónyuge, entendiéndose por 'cónyuge' a la esposa y no pudiendo ser víctima del delito un varón, como hemos explicado anteriormente. Lo mismo cabrá decir de la circunstancia mixta de parentesco, pues la relación entre agresor y víctima es otro elemento del tipo, por lo que su apreciación debe ser descartada también.

Finalmente, en cuanto a la cuestión de la drogodependencia de Marcial, es jurisprudencia del TS la necesidad de acreditación de "la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento de la comisión de los hechos, tanto en lo concerniente a la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al período de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones ni detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en alguna de sus variadas manifestaciones"²⁰⁶. En el caso que nos ocupa, se nos indica la drogadicción de Marcial, pero la afectación de las capacidades por el consumo de cocaína y alcohol sólo se encuentra acreditado en uno de los actos concretos que justifican la aplicación del tipo de violencias habituales, por lo que no se puede predicar que el consumo afectase a la violencia habitual y solo entraremos a apreciar esta circunstancia modificativa en el concreto acto en el que concurre.

Debemos enjuiciar pues a Marcial como autor de un delito consumado y agravado de violencias habituales en el ámbito familiar del art. 173.2 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Entendiendo que el delito se ha consumado en septiembre de 2012, al poderse acreditar en esa fecha una habitualidad en las violencias, que genera en María un profundo miedo por el que incluso decide denunciar a su marido, cabe, en base a este entendimiento, calificar los hechos en referencia al CP-2010 y al CP-2015, descartando el CP-1995 por ser éste anterior a que se pudiese concebir realizado el delito.

Con respecto al art. 173.2 CP-2010, la pena abstracta a imponer es la prisión de 6 meses a 3 años y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 a 5 años²⁰⁷. Estas penas han de imponerse en su mitad superior, como se razonó anteriormente, por lo que el marco quedaría establecido en prisión de 1 año y 9 meses a 3 años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 3 años y 6 meses a 5 años. Sera ésta la pena definitivamente impuesta, al ser el delito consumado y Marcial su autor (art. 61 CP-2010), y no concurrir agravantes ni atenuantes (art. 66.1.6ª CP-2010). Las penas accesorias a imponer serán la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56 CP-2010) y la prohibición de aproximación a María por un tiempo que no excederá de 5 años, al estar ante penas menos graves (art. 57.2 CP-2010). En cuanto a la prescripción, el delito se entenderá prescrito a los 5 años desde la fecha de comisión del último hecho (art. 131.1 CP-2010), y la pena, también a los 5 años (art. 133.1 CP-2010).

Con relación al art. 173.2 CP-2015, se mantiene la pena de prisión de 6 meses a 3 años, pero se eleva el límite mínimo de la privación a la tenencia y porte de armas, estableciéndose en 3 años. Así, teniendo en cuenta la agravación del precepto y los grados de participación y ejecución y la ausencia de circunstancias

²⁰⁵ Vid. SSTS de 29 de septiembre de 1999 (Westlaw Aranzadi, RJ 1999\8087), de 2 de junio de 2000 (Westlaw Aranzadi, RJ 2000\6068) y de 10 de abril de 2002 (Westlaw Aranzadi, RJ 2002\6311).

²⁰⁶ STS de 7 de marzo de 2005 (Westlaw Aranzadi, RJ 2006\1982).

²⁰⁷ Pueden imponerse a mayores, a juicio del juzgador, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por periodo de 1 a 5 años, pena que no consideramos necesaria imponer, por ser una medida bastante gravosa y porque las potestades de Marcial sobre su hija ya se van a ver mermadas con su ingreso en prisión.

modificativas, la pena a imponer a Marcial conforme a esta legislación será de prisión de 1 año y 9 meses a 3 años y la privación a la tenencia y porte de armas de 4 hasta 5 años. Además, se establece la posibilidad de imposición de una medida de libertad vigilada. Los demás aspectos, esto es, las penas accesorias y la prescripción, no han sufrido modificación alguna.

Conforme a lo explicado en la cuestión anterior con referencia a la ley penal más favorable (*vid. supra*) debe entenderse más beneficiosa la regulación contenida en el CP-2010, siendo ésta, en consecuencia, la aplicable al caso.

1.2. Hechos violentos concretos

Con respecto a la relación entre el delito de violencias habituales y los concretos actos violentos que lo fundamentan, cada uno de los delitos ha de castigarse por separado, por lo que entendemos que se dará un concurso real de delitos (art. 73 CP), rechazándose la apreciación de un concurso ideal de delitos, “al considerar que en ellos no puede hablarse de unidad de acción, ya que la habitualidad precisa una pluralidad de acciones que no pueden tener cabida en la expresión un solo hecho’ recogida en el artículo 77 del texto punitivo”²⁰⁸.

Además, conforme a lo expuesto en la cuestión anterior en cuanto a la ley penal más favorable (*vid. supra*), al tratarse de varios hechos que dan lugar a la comisión de varios delitos, podrán ser enjuiciados respecto a diferentes legislaciones, por lo que no se requerirá la aplicación de una misma regulación y se valorará caso por caso cuál es la que resulta más favorable.

1.2.1. Hechos ocurridos en enero de 2010

El art. 147 CP sanciona las lesiones que requieran para su curación “además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”, por lo que no se podrá incardinar en este supuesto un ataque que cause un derrame ocular, al precisar éste de una primera asistencia médica pero no de tratamiento alguno, como ha venido entendiendo la jurisprudencia²⁰⁹. Es por esto que los hechos enjuiciados tienen acomodo en el art. 153.1 CP, al ser ejecutados contra su esposa. Se contempla también en este tipo una agravación específica paralela a la establecida en el art. 173.2 CP. Dicha agravación concurre en el hecho que contemplamos, pues se nos indica que el ataque se lleva a cabo en el domicilio en el que María y Marcial conviven.

Con referencia a las circunstancias modificativas que pueden entenderse concurrentes, cabe descartar que el referido ataque de celos pueda encuadrarse en una hipotética atenuante de arrebató u obcecación, pues, como ya hemos indicado al analizar esta atenuante en la cuestión anterior (*vid. supra*), la respuesta al estímulo no puede ser repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial en un marco normal de convivencia, por lo que no puede atenuarse la pena en el caso de “una conducta que no hace sino perpetuar una desigualdad de género, manteniendo una especie de derecho de propiedad sobre la mujer con la que se ha convivido”²¹⁰. Cabe descartar también la circunstancia mixta de parentesco, al ser inherente al tipo.

Debemos enjuiciar pues a Marcial como autor de un delito consumado y agravado de violencia doméstica no habitual del art. 153.3 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Cabrá comparar tanto el CP-1995 como el CP-2010 y el CP-2015, al haber tenido lugar los hechos bajo la vigencia del primero de los mencionados Códigos, por no entrar el CP-2010 en vigor hasta el 23 de diciembre de 2010.

En cuanto al CP-1995, la redacción aplicable será la establecida por Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOVG), por ser la vigente en el momento de comisión de los hechos. Así las cosas, el art. 153.1 CP-1995 establece una pena de prisión de 6 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años²¹¹. Estas penas han de imponerse en su mitad superior,

²⁰⁸ BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José, *op. cit.*, p. 201.

²⁰⁹ *Vid.* SAP de Jaén de 13 de marzo de 2002 (Westlaw Aranzadi, JUR 2002\128640) o SAP de Pontevedra de 19 de junio de 2002 (Westlaw Aranzadi, JUR2002\212222).

²¹⁰ *Vid.* SSTS de 19 de enero de 2006 (Westlaw Aranzadi, RJ 2006\978) y de 25 de septiembre de 2014 (Westlaw Aranzadi, RJ 2014\4608).

²¹¹ También establece la posibilidad de imponer inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de hasta 5 años.

conforme a las indicaciones del art. 153.3 CP-1995, por lo que le correspondería a Marcial una pena de prisión de 9 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 55 a 80 días y una privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 a 3 años, habida cuenta de que estamos ante un delito consumado del que es autor y en el que no concurren circunstancias modificativas. Además, cabrá imponer como penas accesorias²¹² la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56 CP-1995) y la prohibición de aproximación a María por un tiempo que no excederá de 5 años, al estar ante penas menos graves (art. 57.2 CP-1995). En cuanto a la prescripción, el delito se entenderá prescrito a los 3 años (art. 131.1 CP-1995), y la pena, a los 5 años (art. 133.1 CP-1995).

El CP-2010 no ha operado ninguna modificación con respecto a estos preceptos, por lo que reiteramos lo ya expuesto, con la salvedad de lo que refiere a la prescripción, elevándose el plazo para la prescripción del delito a 5 años, manteniendo la prescripción de la pena en 5 años. Cabe predicar lo mismo con respecto al CP-2015.

Vemos pues que **será de aplicación al caso la regulación del CP-1995, por ser más beneficioso el régimen de prescripción establecido en él y, conforme al cual, deberá apreciarse que el delito ha prescrito y que por tanto no cabe imponer a Marcial responsabilidad penal alguna por este hecho, pese a lo que sí será valorado a efectos de estimar la habitualidad de delito de violencias habituales**, pues la posición del TS de excluir las sentencia absolutorias no abarca los actos en los que habría recaído sentencia condenatoria si el proceso judicial se hubiese iniciado en plazo²¹³.

1.2.2. Hechos ocurridos en marzo de 2010

El hecho de que Marcial le hable violentamente a María constituye un delito de amenazas por violencia de género del art. 171.4 CP, ya que entendemos que Marcial, en las llamadas que realiza a su esposa, la amenaza con la causación de algún mal si ésta no regresa a casa, objetivo que finalmente logra. No concurren circunstancias atenuantes o agravantes, al ser la circunstancia mixta de parentesco inherente al tipo.

Los puñetazos que Marcial propina a María en el vientre sin dejar marcas visibles, entendemos que son constitutivos de un delito de violencia doméstica no habitual del art. 153.1 CP, por las razones explicitadas con anterioridad. Cabe también agravarlo conforme al art. 153.3 CP, al haberse cometido los hechos en el domicilio común. Se excluirá también la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco, al estar ya contemplada en el tipo. Pero creemos que esta agresión constituye a su vez una tentativa de aborto sin consentimiento del art. 144.1º CP, pues la acción dañina se realiza sobre la barriga de María, estando ésta embarazada de 8 meses. Entendemos que, si bien no podemos afirmar tajantemente la existencia de dolo directo de dañar al feto, Marcial sí incurre en dolo eventual, pues conocía el avanzado estado de gestación de María, y era sabedor de que sus acciones podrían ocasionar el resultado de la pérdida del bebé, pese a lo que no cesó en su actuación, agrediendo a su esposa directamente en el vientre hasta en dos ocasiones²¹⁴. En este supuesto sí podemos apreciar la circunstancia mixta de parentesco, funcionando como agravante de la pena, pues no se tiene en cuenta en el tipo. Es por ello que cabría apreciar un concurso ideal entre el delito de violencia doméstica no habitual y la tentativa de aborto no consentido, pues existe una unidad de acción, es un único hecho el que da lugar a la pluralidad de sanciones (art. 77 CP), imponiéndose en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave o, si dicha pena excediese de la suma de las penas separadas, sancionándose independientemente las infracciones. La relación con el delito de amenazas será la de un concurso real, pues se trata de varias acciones que generan varias infracciones.

Para la determinación de la pena y la ley penal más favorable, se analizará separadamente el delito de amenazas y se valorarán conjuntamente los delitos a los que se aplica el concurso ideal. En este caso, habrá que analizar las regulaciones de CP-1995, CP-2010 y CP-2015.

Así, el **delito de amenazas en el ámbito de la violencia de género**, conforme al CP-1995 (redacción acorde a la LOVG), se pena con prisión de 6 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años²¹⁵, la cual será la pena a

²¹² Entendiendo que Marcial ha sido condenado a prisión por estos hechos.

²¹³ Vid. SSTs de 24 de junio de 2000 (Westlaw Aranzadi, RJ 2000\5792); de 3 de mayo de 2004 (Westlaw Aranzadi, RJ 2004\3242); de 12 de septiembre de 2005 (Westlaw Aranzadi, RJ 2005\7191).

²¹⁴ Cfr. SAP Madrid de 6 de junio de 2014 (Westlaw Aranzadi, ARP 2014\1051).

²¹⁵ También establece la posibilidad de imponer inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de hasta 5 años.

imponer a Marcial, al hallarnos ante un delito consumado del que es autor y en el que no concurren circunstancias modificativas. Además, cabe imponerle unas penas accesorias²¹⁶ de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56 CP-1995) y prohibición de aproximación a María por un tiempo que no excederá de 5 años, al estar ante penas menos graves (art. 57.2 CP-1995). En cuanto a la prescripción, el delito se entenderá prescrito a los 3 años (art. 131.1 CP-1995), y la pena, a los 5 años (art. 133.1 CP-1995). El CP-2010 no ha introducido ninguna modificación con respecto a estos preceptos, por lo que reiteramos lo ya expuesto, salvo en lo referente a la prescripción, en la que se ha elevado el plazo para la prescripción del delito a 5 años, manteniéndose la prescripción de la pena en 5 años. Lo mismo ha ocurrido con respecto al CP-2015. **La regulación más beneficiosa será la del CP-1995, conforme al que debe apreciarse que el delito ha prescrito y por tanto no se le impondrá pena alguna por este hecho a Marcial, aunque sí se tendrá en cuenta para la valoración del delito de violencias habituales.**

Con respecto a los **delitos de maltrato no habitual y tentativa de aborto en concurso ideal**, con respecto al CP-1995 vemos que la pena más elevada es la prevista para la tentativa de aborto, conforme a lo que cabrá imponerle a Marcial una pena de prisión de 3 años y 6 meses menos un día hasta 4 años menos un día con inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión sanitaria de 2 años, 4 meses menos 7 días hasta 3 años menos un día, al ser el autor del delito doloso intentado y concurrir la circunstancia mixta de parentesco como agravante (art. 66.1.3 CP-1995) y al tratarse de un concurso ideal de delitos. Además, habrán de imponerse las penas accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación a María por un tiempo que no excederá de 5 años. La prescripción del delito se fijará en 10 años y la de la pena a 5 años. Los CP-2010 y CP-2015 no operan ninguna modificación al respecto, por lo que se aplicará la normativa del CP-1995, por ser la norma vigente en el momento de comisión de los hechos.

1.2.3. Hechos ocurridos en septiembre de 2012

Las lesiones que tienen lugar como consecuencia de estas acciones son susceptibles de ser encuadradas en el ámbito del art. 147 CP, por lo que debemos descartar la aplicación del delito de violencia no habitual, aunque la víctima sea la esposa del agresor, pues este delito del art. 153.1 CP sólo se aplica si las lesiones no son constitutivas de un tipo más grave y específico, como es el caso.

Así, se entiende que María ha recibido una primera asistencia facultativa y un posterior tratamiento médico y quirúrgico, al indicársenos que es ingresada en el hospital por 2 meses y medio, e intervenida quirúrgicamente en dos ocasiones. Entendemos además que se cumple el requisito de que la lesión “requiera objetivamente” el tratamiento médico-quirúrgico, teniendo en cuenta los menoscabos causados (múltiples heridas en la cara y en hígado y bazo) y el extenso tiempo de ingreso hospitalario.

Así, con referencia a las cicatrices en la cara, éstas serán unas lesiones susceptibles de ser englobadas en el concepto de “deformidad”, al ser visibles y si además fuesen permanentes²¹⁷. En cuanto a la gravedad, la jurisprudencia suele reputar graves las deformidades que afectan al rostro o a la cara²¹⁸, aunque debe valorarse caso por caso la mencionada afectación. En este supuesto, hemos de entender que se trata de cicatrices múltiples y permanentes, por lo que habrá que apreciar que la deformidad posee una gravedad tal que justifica la aplicación del tipo agravado del art. 149 CP. A todo ello ha de sumarse que, con respecto a este hecho, puede apreciarse la circunstancia mixta de parentesco funcionando como agravante, al no ser inherente al tipo penal.

A mayores, se desprende de las acciones de Marcial otro hecho lesivo, esto es, unas lesiones en hígado y bazo. No cabe imponer por estos hechos el tipo agravado de los arts. 149 y 150 CP, pues no se nos indica que haya existido una pérdida o inutilidad de los mencionados órganos. Por ello, ha de entenderse cometido un delito de lesiones agravado del art. 148.4º CP, al ser la víctima la esposa del agresor, agravación que elimina la posibilidad de aplicar la circunstancia mixta de parentesco, al ser inherente al tipo.

²¹⁶ Entendiendo que Marcial ha sido condenado a prisión por estos hechos.

²¹⁷ Siendo irrelevante la posibilidad de que puedan ser reparadas mediante cirugía (*vid.* SSTS de 29 de abril del 2001 –Westlaw Aranzadi, RJ 2002\7023- y de 16 de enero de 2007 –Westlaw Aranzadi, RJ 2007\252-).

²¹⁸ *Vid.* SSTS de 2 de noviembre de 2002 (Westlaw Aranzadi, RJ 2002\10466) y de 16 de julio de 2009 (Westlaw Aranzadi, RJ 2009\6994).

Existirá entre estos delitos un concurso ideal del art. 77 CP, pues entendemos que Marcial, actuando con dolo directo de causar el tipo básico de lesiones (art. 148 CP en relación con el art. 147 CP), le causa por imprudencia grave unas cicatrices permanentes a María (art. 152 CP en relación con el art. 149 CP).

Cabrá analizar las normas establecidas en el CP-2010 y el CP-2015 para establecer la ley penal más favorable, excluyéndose del análisis al CP-1995, por estar ya modificado en el momento de comisión de los hechos. Según el CP-2010, la pena más elevada es la prevista para el tipo básico de lesiones, al concurrir una de las circunstancias establecidas en el art. 148 CP-2010, conforme a lo que habrá que imputar a Marcial una pena de prisión de 3 años y 6 meses a 5 años, al ser el autor del mencionado delito consumado, no concurrir circunstancias modificativas y haberse apreciado un concurso ideal entre las infracciones. Además, serán de aplicación las penas accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación a María por un tiempo que no excederá de 5 años. La prescripción del delito se fijará en 5 años y la de la pena a 5 años. El CP-2015 no introduce ninguna modificación, por lo que debemos preferir la aplicación de las normas del CP-2010, por ser la regulación vigente en el momento de comisión de los hechos.

1.2.4. Hechos ocurridos en octubre de 2013

En los delitos de lesiones, al ser el bien jurídico protegido eminentemente individual, cada resultado lesivo producido en personas diferentes constituye una infracción penal separada, siendo factible la existencia de un concurso ideal, al tratarse de una sola acción que constituye dos delitos²¹⁹. Sobre esta base, cabrá estudiar separadamente los actos lesivos sufridos por María y por Elisa, conectando los hechos por medio de la aplicación del art. 77 CP.

Los golpes que María recibe en el estómago son constitutivos de un delito de violencia doméstica no habitual del art. 153.1 CP, en su modalidad agravada conforme al art. 153.3 CP, al haberse cometido los hechos en presencia su hija menor de edad y quebrantando una medida cautelar de alejamiento. Deteniéndose en el quebrantamiento de la medida, cabe justificar su apreciación como agravante y no como un delito autónomo por estar ante un concurso de normas a resolver a favor del subtipo cualificado del art. 153 CP en virtud del principio de especialidad establecido en el art. 8.1 CP²²⁰. **En cuanto al infarto que María sufre por la ansiedad que padece, pese a ser una reacción a la situación de violencia vivida, entendemos que existe una rotura del nexo de causalidad que impide imputar a Marcial el resultado lesivo padecido.** En primer lugar, debemos apuntar que la agresión de Marcial, consistente en propinarle a María tres golpes en el estómago, no es idónea para causar un infarto, el cual tiene lugar tiempo después del ataque, cuando María y Elisa se encuentran ya en el hospital. Por todo ello cabe descartar que el infarto sea consecuencia directa de la agresión de Marcial sobre María. En segundo lugar, entendemos que el infarto sufrido por María, no se abarca ni por el dolo ni por la imprudencia del autor, sino que es un resultado imprevisible, que Marcial no quería ni podía prever, no pudiendo afirmarse la existencia de un nexo causal entre el ataque y el infarto. Ante las mencionadas dudas acerca de que el resultado lesivo tuviese como causa la acción de Marcial, debe aplicarse el principio *in dubio pro reo*, descartándose la imputación de responsabilidad penal por el mencionado resultado. A todo esto ha de sumarse que, en caso de aceptarse la imputación objetiva del infarto a la conducta lesiva, cabría sancionarlo como una tentativa de homicidio imprudente, siendo atípicas en el Derecho español las formas imperfectas de ejecución de carácter imprudente²²¹.

En cuanto al derrame en el ojo de Elisa, hija de Marcial, cabe incardinarlo en el supuesto de violencia no habitual del art. 153.1 CP, por ser una “persona especialmente vulnerable que convive con el autor”, habida cuenta de que en el momento de los hechos tiene 3 años. Es precisamente la valoración de esa cualidad de especial vulnerabilidad la que excluye la apreciación de una agravante de alevosía o abuso de superioridad, por entenderlos ya incluidos en el tipo penal. También es inherente al tipo el parentesco entre agresor y víctima. Además, sostenemos que **no cabe que Marcial se ampare en un hipotético derecho a la corrección,** pues en ese caso el castigo infligido debería ser proporcional al mal comportamiento del hijo y, además de no indicársenos que Elisa hubiese llevado a cabo una acción merecedora de reprimenda que

²¹⁹ STS de 16 de febrero de 1999 (Westlaw Aranzadi, RJ 1999\2394).

²²⁰ *Vid.* STS de 17 de noviembre de 2009 (Westlaw Aranzadi, RJ 2010\1999) y Circular de la FGE 3/2003, de 30 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección.

²²¹ STS de 28 de mayo de 1982 (Westlaw Aranzadi, RJ 1982\2732).

determinase la reacción del padre, una sanción que conlleva la causación de un derrame ocular a una niña de 3 años no nos parece ni apropiada ni proporcional.

En lo referente a las circunstancias modificativas concurrentes, se nos indica que, en el momento en que tienen lugar las agresiones, Marcial está bajo los efectos del alcohol y la cocaína. Según la intensidad de la perturbación que dichas sustancias originen en el sujeto, podrá aplicársele una eximente completa (bien del art. 20.1 CP o bien del art. 20.2 CP), una eximente incompleta (21.1 CP en relación con los dos artículos anteriores), una atenuante ordinaria (21.2 CP, en su caso como muy cualificada) o la atenuante analógica (21.6 CP). En cuanto al art. 20.1 CP, debemos desechar su aplicación, al no indicárenos que Marcial sufra ninguna patología fruto de su drogodependencia. En la eximente completa del art. 20.2 CP²²², cabe descartar el síndrome de abstinencia, al quedar acreditado que Marcial había consumido recientemente y, en lo referente a la intoxicación plena, entendemos que los efectos de la droga ingerida por Marcial no anulan su capacidad de comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión de una manera absoluta o tan siquiera notablemente. Debemos por tanto descartar la aplicación de una eximente, completa o incompleta. En cuanto a la atenuante de grave adicción (art. 21.2 CP), existen dos ámbitos en los que operará esta atenuante: el de la delincuencia directa y el de la delincuencia funcional²²³, encuadrándose el caso de Marcial en el primer ámbito, ya que, si bien su actuación no está encaminada al abastecimiento de la sustancia a la que es adicto, las drogas consumidas sí provocan un déficit intelectual-volitivo que debemos tener en consideración²²⁴. Para que quepa la aplicación de la mencionada atenuante, la adicción del sujeto ha de poder ser calificada como grave, en atención al tiempo de consumo y los antecedentes de la adicción, presumiéndose que la afectación de las facultades psíquicas acompaña a la gravedad de la drogodependencia sin exigirse una prueba del estado concreto del individuo en el momento de comisión de los hechos²²⁵. Entendemos que concurrirá en el caso de Marcial, pues se nos indica que es drogodependiente, está acreditado que estaba bajo el efecto de las drogas en el momento de los hechos y podemos deducir que lleva consumiendo bastante tiempo, teniendo en cuenta que en el caso se nos narra cómo es ya investigado por un delito de tráfico de drogas en el año 2009. Lo que sí debemos descartar es la apreciación de la atenuante como muy cualificada, pues no existen datos que nos hagan presuponer que la adicción de Marcial tenga un grado superior de importancia que afecte de manera especialmente trascendental a sus facultades psíquicas²²⁶. Al concurrir la atenuación ordinaria, no hará falta entrar a valorar la procedencia de la atenuante analógica.

Por lo demás, debe excluirse la circunstancia mixta de parentesco, al ser inherente al tipo penal.

Así, debemos analizar ahora las normas establecidas en el CP-2010 y el CP-2015 para establecer la ley penal más favorable, excluyéndose del análisis al CP-1995, por estar ya modificado en el momento de comisión de los hechos.

La infracción con la pena más elevada será la impuesta conforme a la modalidad agravada del delito de violencia doméstica no habitual. Con respecto al CP-2010, cabrá imponerle a Marcial una pena de prisión de 9 meses y 22 días a 10 meses y 15 días o trabajos en beneficio a la comunidad de 61 a 67 días y una privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 años y 3 meses a 2 años y 6 meses, debido a que se trata del autor de un delito consumado, concurriendo la atenuante de drogadicción y se ha apreciado un concurso ideal entre las infracciones. Se impondrán como penas accesorias²²⁷ la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la prohibición de aproximación a María por un tiempo que no excederá de 5 años. En lo referente a la prescripción, el delito y la pena se entenderán prescritos a los 5 años. El CP-2015 mantiene también estos parámetros, por lo que será entendida como

²²² Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 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.

²²³ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 213.

²²⁴ Así, en la STS de 28 de abril de 2005 (Westlaw Aranzadi, RJ 2005\6706) el TS aprecia la atenuante de drogadicción en relación a los delitos de violencia doméstica, lesiones y amenazas, entre otros.

²²⁵ CASTELLÓ NICÁS, Nuria, "Causas de inimputabilidad: drogadicción", en PANTOJA GARCÍA, Félix, y BUENO ARÚS, Francisco (directores), *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, CGPJ, 2007, p. 430.

²²⁶ *Vid.* SSTS de 28 de enero de 2005 (Westlaw Aranzadi, RJ 2005\911) y de 24 de febrero de 2005 (Westlaw Aranzadi, RJ 2005\1857).

²²⁷ Entendiendo que Marcial ha sido condenado a prisión por estos hechos.

norma penal más favorable el CP-2010, por ser la regulación vigente en el momento de los hechos. A ello se suma que el CP-2015 suprime el régimen de sustitución de penas privativas de libertad, siendo sustituible la pena impuesta, en virtud del art. 88 CP-2010, por trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar diferente al domicilio de la víctima, imponiéndose además, la sujeción a un programa específico de reeducación o tratamiento psicológico, la prohibición de aproximación a la víctima y la prohibición de acudir a ciertos lugares.

1.3. Quebrantamiento consentido de la orden de alejamiento

La orden de alejamiento engloba la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o los familiares o personas que determine el juez e incluso puede suspender el régimen de visitas respecto de los hijos o derivarse a un Punto de Encuentro familiar. Esta sanción puede establecerse como medida cautelar, medida de seguridad y regla de conducta en relación con la suspensión de la pena y la libertad condicional. En el caso que nos ocupa, vemos que **María solicita la orden de alejamiento en calidad de medida cautelar**, puesto que la insta al denunciar a Marcial.

Existe controversia acerca de las consecuencias para agresor y víctima cuando éstos deciden retomar la convivencia pese a la existencia de una orden de alejamiento vigente.

En cuanto al agresor, una primera corriente doctrinal y jurisprudencial entiende que el quebrantamiento sería atípico debido a la concurrencia de consentimiento de la víctima. Esta postura se basa en la STS de 26 de septiembre de 2005²²⁸, que afirma que el delito de quebrantamiento debe realizarse en contra de la voluntad de la persona protegida, haciéndose prevalecer la voluntad de la víctima frente al interés del Estado. Sin embargo, la doctrina mayoritaria del TS afirma que el bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento de condena es el principio de autoridad y por ello el consentimiento de la víctima es irrelevante, además de no poder disponer ésta de los bienes jurídicos protegidos por la orden de alejamiento (como son la vida o la integridad corporal), debiéndose sancionar al agresor si incumple la medida²²⁹. Finalmente, existen posturas intermedias entre las anteriores, a las que la jurisprudencia ha recurrido para minorar los efectos perjudiciales del choque entre voluntad de la víctima y vigencia de la orden de alejamiento. Entre estos posicionamientos intermedios, cabe mencionar la postura que defiende penar el quebrantamiento de la orden de alejamiento si se impone como pena y absolverlo si la orden se impone como medida cautelar²³⁰; las posiciones que defienden que no se sancione el quebrantamiento si es la persona protegida la que inicia el acercamiento o si se produce una efectiva reanudación de la convivencia y no se trata de meros encuentros esporádicos; o los enfoques que recurren al error de tipo o de prohibición para excluir la existencia de conocimiento de la vigencia de la medida o de su vulneración²³¹, sobre la base de que el consentimiento de la víctima puede inducir al agresor a creer que la orden de alejamiento se ha enervado²³². Además, algunas sentencias recurren a la imposición de la pena en su extensión mínima si concurre el consentimiento de la persona protegida.

Con respecto a la víctima, la doctrina sostiene que el delito de quebrantamiento es un delito especial propio, por lo que sólo puede ser castigado a título de autor aquellos sujetos sobre los que pesa la medida quebrantada. Por tanto, la conducta de la víctima solo sería punible a título de cooperadora necesaria o inductora, cosa que es rechazada también por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, que sostienen que el comportamiento de la víctima no es sancionable²³³. Los argumentos en los que se fundamenta esta postura son variados. Por un lado, están quienes niegan la posibilidad en base a que la víctima no está incurso en ninguna prohibición y a que las formas de participación en el quebrantamiento están tipificadas en el art. 470 CP. Por otro lado, nos encontramos también con quienes admiten la posibilidad pero descartan la sanción al

²²⁸ (Westlaw Aranzadi, RJ 2005\7380).

²²⁹ Vid. SSTS de 19 de enero de 2007 (Westlaw Aranzadi, RJ 2007\675) y de 13 de julio de 2009 (Westlaw Aranzadi, RJ 2009\6978)

²³⁰ Cfr. STS de 28 de septiembre de 2007 (Westlaw Aranzadi, RJ 2007\5323)

²³¹ Vid. SSTS de 20 de enero de 2006 (Westlaw Aranzadi, RJ 2006\4317) y de 8 de abril de 2008 (Westlaw Aranzadi, RJ 2008\2170)

²³² PÉREZ RIVAS, Natalia, "El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento", en RODRÍGUEZ CALVO, María Sol, y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 287, sostiene que la invocación de estos argumentos se viene rechazando por los tribunales en base a las posibilidades de información que posee el agresor.

²³³ *Ibid.*, pp. 290 y 291.

apreciar que el consentimiento de la víctima no ha sido válido por ser otorgado bajo presión o alteración psicológica, o en base a que es la víctima quien incurre en error de tipo o de prohibición al creer que su consentimiento invalida la medida de protección o apoyándose en que no concurre dolo en la víctima y por ello no puede ser sancionada.

En el caso en el que nos encontramos, y, en base a lo expuesto, debemos entender que **no se impondrá ninguna sanción a María por consentir el quebrantamiento de la condena, pero hay que entender que tampoco Marcial sufrirá sanción alguna, pues como vimos, tiene prevalencia la apreciación del quebrantamiento como agravante del delito de violencia de género que como delito autónomo.** Debemos apuntar, para finalizar, que, al estar ante una medida cautelar, el quebrantamiento se habría evitado si María compareciese ante el Juzgado que otorgó la orden de protección para solicitar que ésta fuese dejada sin efecto y el Juez, valorando estas manifestaciones, entendiese procedente el levantamiento de la medida²³⁴.

1.4. Condena a imponer

Analizados los delitos cometidos por Marcial, vemos que finalmente se le imputará un delito de violencias habituales en el ámbito familiar (penado con prisión de 1 año y 9 meses a 3 años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 3 años y 6 meses a 5 años y las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo por el tiempo de la condena y prohibición de aproximarse a María por menos de 5 años); un delito de violencia doméstica no habitual en concurso ideal con una tentativa de aborto (penado con prisión de 3 años y 6 meses menos un día e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión sanitaria de 2 años y 4 meses menos 7 días a 3 años menos un día y las penas accesorias ya mencionadas); un delito de lesiones básico en concurso ideal con un delito de lesiones agravado (penado con prisión de 3 años y 6 meses a 5 años y las accesorias ya dichas); y un delito de violencia doméstica no habitual en concurso ideal con otro delito de violencia doméstica no habitual (penado con prisión de 9 meses y 22 días a 10 meses y 15 días – o trabajos en beneficio de la comunidad de 61 a 67 días-, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 años y 3 meses a 2 años y 6 meses, además de las mencionadas penas accesorias, extendiéndose en este caso la prohibición de aproximación a su hija Elisa).

Establece el art. 73 CP que estas penas serán cumplidas simultáneamente, si ello fuese posible. En este caso, será viable compatibilizar las diversas penas (prisión, inhabilitaciones, privaciones y prohibiciones de aproximación) unas con otras, pero las múltiples sanciones impuestas de la misma naturaleza deberán ser cumplidas sucesivamente, por orden de gravedad (en virtud del art. 75 CP). En cuanto a la acumulación de condenas del art. 76 CP, deberá valorarse al concretarse la pena, aunque, en virtud de este precepto, vemos que Marcial cumplirá como máximo 12 años, 10 meses y 14 días de prisión, al no exceder esta cifra del triple de la pena más elevada (que serían 15 años).

2. Responsabilidad civil y costas procesales

Estas cuestiones se regulan en el Título V del Libro I del CP.

En cuanto a la responsabilidad civil derivada de los delitos, se establece que la acción civil para hacer valer el derecho al resarcimiento podrá ejercitarse en el proceso penal, junto a la acción penal, y así hará el Ministerio Fiscal, a no ser que el perjudicado se reserve expresamente la acción civil para ejercitarla ante los Tribunales civiles o renuncie a la acción²³⁵. El responsable penal lo es también civilmente (art. 116 CP), estableciendo el art. 110 CP que en esa responsabilidad civil se comprenderá la restitución, la reparación y la indemnización de los perjuicios materiales y morales. En el caso de la violencia de género y doméstica, sólo procederá la indemnización, quedando la determinación de su cuantía al arbitrio del juzgador, que valorará los factores concurrentes en el caso concreto²³⁶.

Además, el responsable criminalmente del delito deberá abonar las costas procesales (art. 123 CP), que comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales y los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte (art. 124 CP).

²³⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La tutela judicial de la violencia de género*, Iustel, 2008, p. 207.

²³⁵ GARCÍA MARTÍ, Luis, (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª Ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 239.

²³⁶ *Ibid.*, p. 240.

CONCLUSIONES

CUESTIÓN 1

I. Los supuestos legales en los que se permite instar la declaración de fallecimiento se recogen en los artículos 193 y 194 CC, siendo aplicable al caso de Manolo la redacción introducida por la Ley 4/2000, de 7 de enero (y no la vigente actualmente, implantada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria), por ser la vigente en la fecha de desaparición y declaración de fallecimiento. En el supuesto de Manolo será de aplicación la norma contenida en el art. 194.2º CC, ya que, dependiendo de la entidad del accidente del barco, puede calificarse como naufragio o como inmersión de Manolo en el mar. Así las cosas, según el art. 194.2º CC, procede la declaración de fallecimiento en el plazo de tres meses, que se computará desde la comprobación del naufragio o desde la desaparición sin noticias en caso de inmersión en el mar, por lo que la declaración de fallecimiento de Manolo podrá dictarse a partir del 30 de septiembre de 2007. Esta fecha fija el momento a partir del que se puede solicitar la declaración de fallecimiento, pero no indica cómo establecer la fecha en la que la muerte se entiende ocasionada, fecha que el art. 195 CC obliga a expresar en todas las declaraciones de fallecimiento. En el caso que nos ocupa entendemos que debe establecerse como fecha de la muerte de Manolo el día 30 de junio de 2007, por poderse comprobar acaecidos, bien el naufragio o bien la inmersión, en ese momento.

II. En el ámbito civil, el artículo 85 CC establece que “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”. Esta disolución del matrimonio producida por la declaración del matrimonio tiene eficacia *ex nunc*, pues solo operará al adquirir firmeza la resolución judicial, sin que pueda retrotraerse a un momento anterior, y, a efectos civiles, será aplicable a todos los matrimonios, tanto a los contraídos ante el juez o funcionario civil como a los celebrados según las normas de Derecho canónico. En consonancia, entendemos que el matrimonio se disuelve con la declaración de fallecimiento y el vínculo matrimonial no revive con la reaparición del desaparecido y la consecuente revocación de la declaración de fallecimiento. En base a esto, si el cónyuge presente (María) contrajese nuevo matrimonio (con Marcial), la segunda unión sería perfectamente válida y eficaz, aunque reaparezca el declarado fallecido (Manolo). En el Derecho Canónico, el canon 1707 CIC admite la posibilidad de contraer nuevo matrimonio en caso de presunción de muerte, siempre que el Obispo diocesano emita una declaración de muerte presunta. Pero, al regir en este ámbito el principio de indisolubilidad del matrimonio, aunque se haya celebrado un nuevo matrimonio previa declaración eclesial de muerte presunta del cónyuge desaparecido, si dicho cónyuge presuntamente muerto reaparece, se considerará subsistente el matrimonio anterior y el nuevo matrimonio será nulo por impedimento de ligamen.

III. La validez del matrimonio entre María y Marcial y la disolución del matrimonio entre ésta y Manolo dependerán del tipo de unión contraída. Si María y Manolo se hubiesen casado conforme al Derecho Canónico, en el fuero civil el matrimonio canónico habrá quedado disuelto por la declaración de fallecimiento, por lo que un posterior matrimonio civil con Marcial sería válido, pero el vínculo conforme al Derecho canónico subsistirá al continuar vivo Manolo, y por tanto todo matrimonio canónico contraído posteriormente será nulo. En cambio, si María y Manolo se hubiesen casado por la vía civil, en caso de que el posterior matrimonio con Marcial fuese también civil, no habría impedimento alguno y este segundo matrimonio será válido al haberse disuelto el primero a causa de la declaración de fallecimiento, además, en este supuesto, María y Marcial podrían contraer también un matrimonio canónico válido, pues el Derecho Canónico no reconoce eficacia a los matrimonios contraídos en el fuero civil.

IV. Cabe concluir que Manolo solo continuará ligado a María si su matrimonio se ha celebrado de acuerdo al Derecho canónico, y solamente con respecto al ordenamiento jurídico canónico. Así, si Manolo desea escindir a todos los efectos su enlace con María, deberá instar un proceso de invalidación de su matrimonio conforme al Derecho canónico. Por una parte, podrá intentar que se declare la disolución de su matrimonio, mediante una resolución que indique la ruptura del vínculo conyugal. Esto podrá tener lugar en los casos en los que el matrimonio no sea rato (celebrado entre dos no bautizados) o no sea consumado. Por otra parte, Manolo podrá intentar obtener la nulidad matrimonial, por la que se declara que el matrimonio nunca llegó a surgir por la ausencia de algún requisito necesario para su validez. Entendemos que para fundamentar la nulidad de su matrimonio, Manolo solamente podría invocar la existencia de un impedimento disparidad de cultos (c. 1086), si Manolo estuviese bautizado pero María no o viceversa; simulación del consentimiento (c. 1101), alegando que María emitió un consentimiento en el que excluía uno de los elementos esenciales del vínculo conyugal; dolo (c. 1099), argumentando la existencia un engaño por parte de María sobre sus cualidades, que perturba gravemente la vida conyugal y que haya motivado el consentimiento prestado; o un

defecto de forma, cuando no hayan contraído matrimonio ante la autoridad eclesiástica pertinente, con la concurrencia de los testigos necesarios o de acuerdo con las demás reglas de los cc. 1108 y ss. CIC.

CUESTIÓN 2

V. En el art. 196 CC se dispone que la declaración de fallecimiento traerá consigo la apertura de la sucesión, una vez dicha declaración sea firme, adjudicándose los bienes del causante declarado fallecido a quienes sean sus herederos. Esta apertura de la sucesión debe retrotraerse al momento fijado por la resolución como fecha de la muerte. Además, el propio art. 196 establece una serie de limitaciones respecto a las actuaciones de los herederos del declarado fallecido, permitiéndoles disponer libremente del patrimonio heredado siempre que sea a título oneroso, y, a partir de los 5 años de la declaración del fallecimiento, también a título gratuito; vetando la entrega de legados hasta el transcurso del mencionado plazo; e imponiéndoles la obligación de realizar un inventario detallando los bienes heredados, aunque la única consecuencia de la omisión del inventario será que, en caso de reaparición del declarado fallecido, no contarán los sucesores con una prueba de los bienes de los que deberán rendir cuentas, y estarán sujetos a responsabilidad por los perjuicios que esto pudiera ocasionar al reaparecido. Otros efectos de la declaración de fallecimiento en la esfera patrimonial serán la percepción del seguro de vida, si Manolo lo hubiese contratado y María fuese la beneficiaria; el abono por parte de María del Impuesto de Sucesiones, al ser la heredera universal de Manolo; o el pago a María de la pensión de viudedad, si se diesen los requisitos exigidos legalmente para ello.

VI. Con la reaparición de Manolo, se revocará la declaración de fallecimiento, estableciendo el art. 197 CC que el reaparecido tendrá derecho a recobrar su patrimonio en el estado en el que se encuentre. Esto implica que el reaparecido deberá soportar las cargas y gravámenes y no podrá impugnar las enajenaciones hechas de manera acorde a la ley, por lo que, en dichos casos de imposibilidad de recuperación de los bienes, el reaparecido tendrá derecho al precio de los bienes vendidos, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido. Por precio ha de entenderse el valor de la contraprestación efectivamente abonada por la enajenación. En base a esto, entendemos que, al mantenerse las enajenaciones realizadas por María, tanto ésta como Manolo perderán todo derecho sobre los inmuebles vendidos, pasando a ostentar la propiedad de la casa Eustaquio, y la del piso, Miriam. En consecuencia, Manolo únicamente podrá llevar a cabo una acción de recobro sobre los bienes (*ex* art. 197 CC), pero no podrá recuperar los bienes enajenados, por lo que deberá abonarle María el precio por el que los bienes fueron vendidos en su momento. Entendemos pues que María deberá pagar a Manolo 120.000€ por la casa vendida a Eustaquio (puesto que, al poseerla en común al 50%, María era propietaria del 50% y no ha heredado la totalidad del bien sino solo el 50%, por lo que los restantes 120.000€ le corresponden a ella), 175.000€ por el piso vendido a Miriam y los 15.000€ de la cuenta bancaria (ya que la cuenta bancaria era común y María se excedió de su parte). Además, Manolo podrá reclamar los derechos sucesorios que se le hayan negado por entenderse fallecido, y María tendrá derecho a la devolución de lo abonado en concepto de Impuesto de Sucesiones pero, en contraposición, tendrá que restituir lo percibido en concepto de indemnización por el seguro de vida y la parte de las prestaciones de la Seguridad Social obtenidas desde la revocación de la declaración de fallecimiento, aunque, con respecto a la pensión de viudedad, ésta se habrá extinguido al contraer María nuevo matrimonio con Marcial o si ha recaído sobre ella sentencia firme de culpabilidad de la muerte de Manolo.

CUESTIÓN 3

VII. En cuanto a la competencia de los Tribunales españoles, ésta les pertenecerá indudablemente si María agredió a Manolo en un buque matriculado y abanderado en España y dentro de aguas españolas, pero también si el barco en el que viajaban María y Manolo estuviese en aguas internacionales o de un Estado extranjero pero tuviese bandera española, o si el pabellón fuese de un Estado extranjero y se cumpliesen los requisitos del art. 23.2 LOPJ (delito cometido fuera del territorio español pero por autor español, hecho punible en el lugar de comisión, querrela del Ministerio Fiscal o del agraviado e inexistencia de previa absolución, indulto o condena en el extranjero).

VIII. María será condenada como autora de una tentativa de asesinato con alevosía del art. 139 CP, pues golpea a Manolo, quien no contaba con un ataque contra su vida, y luego, cuando éste no tiene posibilidades de defenderse, lo tira por la borda del barco para que muera. Concurrirá la atenuante de obcecación (art. 21.3º CP), ya que entendemos que la reacción de María no es de intensidad tal para poder ser calificada como un trastorno mental transitorio, pero si se trata de un estado de ofuscación repentino pero con cierta prolongación, motivada por un estímulo suficiente. También cabe apreciar una atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6º CP), teniendo en cuenta que los hechos datan del año 2007, que se nos indica que existe

la iniciación de un proceso contra María en algún momento de entre 2009 y 2010, y que entendemos que estamos enjuiciando los hechos en el momento actual, en el año 2016. Además, concurrirá la circunstancia mixta de parentesco funcionando como agravante (art. 23 CP). En cuanto a la determinación de la pena y de la ley penal más favorable, se descartará la aplicación al caso del CP-2015, por establecer la posibilidad de que a los penados por asesinato se les imponga la medida de libertad vigilada (art. 140 bis CP-2015). Con respecto a los anteriores CP, deberá darse audiencia a la propia María para que opine sobre qué regulación le parece más beneficiosa ya que, en cualquier caso, se le aplicará una pena de prisión de 3 años y 9 meses a 7 años y 6 meses menos un día, con las penas accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación por un tiempo que no excederá de 10 años.

IX. La causa de María será instruida por el Juzgado Central de Instrucción y juzgada por la Audiencia Nacional si el barco en el que tuvieron lugar los hechos se encontrase fuera del territorio nacional pero aun así fuesen competentes para el enjuiciamiento los Tribunales españoles; e instruida por Juzgado de Instrucción y enjuiciada por la Audiencia Provincial en caso contrario. Se reputarán competentes territorialmente los Tribunales del lugar de comisión del delito (regla del *forum delicti comissi*) y, en los casos en que dicho lugar no pudiese determinarse, los establecidos conforme al orden de preferencia recogido en el art. 15 LECrim. Al ser un asesinato intentado, se descarta la competencia del Tribunal del Jurado. El procedimiento por el que se encauzará la causa será el de juicio ordinario.

X. En cuanto a las escuchas telefónicas por las que se conoció del delito de asesinato, debe concluirse que, si los presupuestos referentes a la adopción de la intervención inicial y a la duración y control de ésta se han cumplido, para que dichas escuchas tengan validez, deberán inmediatamente las fuerzas policiales poner el hallazgo casual en conocimiento del Juez que autorizó la investigación contra Marcial, para que éste deduzca testimonio y se inicie el proceso correspondiente, ya que nos encontramos en un supuesto en el que no existe conexión objetiva (del delito) ni subjetiva (del autor) entre los hechos que motivaron la adopción de las intervenciones iniciales y los hechos descubiertos por medio de ella, pero en el que, por aparentar estos sucesos una gravedad penal suficiente que justificaría la adopción de tal medida restrictiva, se estiman como mera *notitia criminis* y se permite que se consideren como una prueba indirecta que justifique que se dicte auto y se inicie un procedimiento por dicho delito. La inexistencia de los requisitos para la adopción de la intervención inicial, la continuación de las escuchas una vez expirado el plazo por el que se acordaron o la continuación de la investigación del nuevo delito sin la autorización del órgano judicial supondrán la nulidad e invalidación de las pruebas obtenidas mediante las escuchas y de todas aquellas pruebas que tengan conexión causal con ellas (“teoría de los frutos del árbol envenenado”, conforme al art. 11.1 LOPJ), que tampoco podrán considerarse ya *notitia criminis*. Las escuchas por sí solas constituyen una prueba indiciaria que no es suficiente para enervar la presunción de inocencia, por lo que deberán complementarse con otros medios de prueba.

XI. Finalmente, debemos apuntar que la condena a María por homicidio o asesinato cuando no se ha podido recuperar el cadáver de la víctima es una posibilidad aceptada por nuestros Tribunales (caso de Marta del Castillo). En este supuesto, vemos que sería una condena errónea, por continuar Manolo con vida. Así, si en el momento de la reaparición las conclusiones de la acusación fuesen provisionales, no habrá problema alguno para que sean alteradas, y, si la reaparición tiene lugar cuando las conclusiones han devenido definitivas, podrán modificarse, siempre que permanezca inalterado el relato de hechos y se dé la oportunidad a la defensa para rebatirlas. En todo caso, el Tribunal podrá instar a las partes a que modifiquen sus conclusiones, mediante la denominada tesis de desvinculación. Si ya hubiese recaído sobre María una condena como autora del asesinato de Manolo en el momento en el que éste reaparece, la sentencia condenatoria firme deberá ser revisada en virtud de lo establecido en el art. 954 LECrim.

CUESTIÓN 4

XII. Al existir una relación conyugal entre agresor y víctima y haber habitualidad en la violencia, pues ésta extiende a lo largo del tiempo sin cesar de manera significativa y dándose una situación de agresión continuada sobre la esposa y un ambiente de dominación y temor, cabe imputar a Marcial la autoría de un delito consumado de violencias habituales en el ámbito familiar. Además, habrá que aplicarle la específica agravación contemplada en el propio precepto, pues realizó los actos en presencia de su hija menor de edad, en el domicilio común y quebrantando una medida cautelar. No cabe apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, al ser el parentesco inherente al tipo; al no justificar la desintoxicación de Marcial la apreciación de una atenuante de reparación, pues se trata de un

acto aislado que no va acompañado de otras acciones (pago de responsabilidad civil, sometimiento a un programa de violencia de género...) que disminuyan realmente las consecuencias del delito; y al acreditarse la afectación de las capacidades de Marcial por el consumo de cocaína y alcohol solamente en uno de los actos concretos que justifican la aplicación del tipo de violencias habituales, por lo que no se puede predicar que el consumo afectase a la violencia habitual. Se entenderá como ley penal más favorable el CP-2010, imponiéndose a Marcial una pena de prisión de 1 año y 9 meses a 3 años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 3 años y 6 meses a 5 años, con las accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y prohibición de aproximación a María por un tiempo que no excederá de 5 años.

XIII. Cada uno de los delitos que suponen los actos violentos concretos que justificaron la apreciación de la violencia habitual deben ser castigados por separado, dándose un concurso real de delitos, por lo que podrán ser enjuiciados respecto a diferentes legislaciones, valorando caso por caso la ley penal más favorable.

En enero de 2010, se le imputa un delito agravado de violencia doméstica no habitual del art. 153.3 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, delito que, conforme al CP-1995, deberá reputarse prescrito, aunque sí podrá ser valorado a efectos de estimar la habitualidad de delito de violencias habituales.

En marzo de 2010 cometió, por una parte, un delito de amenazas por violencia de género del art. 171.4 CP, sin circunstancias modificativas y también prescrito; y, por otra parte, un delito de maltrato no habitual agravado (art. 153.3 CP) en concurso ideal con una tentativa de aborto (art. 144.1º CP), pues la acción dañina se realiza sobre la barriga de María estando ésta embarazada de 8 meses, entendiéndose que Marcial actúa con dolo eventual, y concurriendo la agravante de parentesco (art. 23 CP). Así, se le impondrá una pena de prisión de 3 años y 6 meses menos un día hasta 4 años menos un día con inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión sanitaria de 2 años, 4 meses menos 7 días hasta 3 años menos un día, y con las accesorias ya mencionadas. El CP-1995 será la ley más favorable, por ser la norma vigente en el momento de comisión de los hechos y no establecer las normas posteriores modificación alguna.

En septiembre de 2012 comete un delito de lesiones básicas (art. 148.4º CP en relación con el art. 147 CP) en concurso ideal con un delito imprudente de lesiones agravadas (art. 152 CP en relación con el art. 149 CP), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Se le imputará a Marcial, conforme al CP-2010, una pena de prisión de 3 años y 6 meses a 5 años, con las mencionadas accesorias.

En octubre de 2013 comete un delito agravado de violencia doméstica no habitual (art. 153.3 CP) con respecto a su esposa, en concurso ideal con un delito básico de violencia doméstica no habitual (art. 151.1 CP) sobre su hija, y concurriendo una atenuante de grave adicción (art. 21.2 CP), pues se acredita que en el momento de los hechos Marcial estaba bajo los efectos del alcohol y la cocaína, siendo un adicto de larga duración a estas sustancias. Además, con respecto a María, no cabrá imputársele el infarto sufrido por ésta, pues no se abarca ni por el dolo ni por la imprudencia del autor sino que es un resultado imprevisible, siendo dudoso que su causa fuese la agresión de Marcial, por lo que deberá aplicarse el principio *in dubio pro reo*, a lo que se sumará que estaríamos ante una tentativa de un delito imprudente, y las formas imperfectas de ejecución de carácter imprudente son atípicas en el Derecho español. En lo referente a Elisa, Marcial no podrá ampararse en el derecho de corrección, por lo desproporcionado del castigo infligido. Se penará pues a Marcial, de acuerdo con el CP-2010, con una pena de prisión de 9 meses y 22 días a 10 meses y 15 días o trabajos en beneficio a la comunidad de 61 a 67 días y una privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 años y 3 meses a 2 años y 6 meses, más las mencionadas accesorias.

XIV. Por lo que respecta al quebrantamiento consentido de la orden de alejamiento impuesta, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, no se le impondrá ninguna sanción a María por consentir el quebrantamiento de la condena, aunque sí cabría castigar a Marcial por un delito de quebrantamiento de medida cautelar, ya que entendemos que el consentimiento de la víctima es irrelevante y no excluye la punibilidad del quebrantamiento, pero en este caso no se penará a Marcial, pues tiene prevalencia la apreciación del quebrantamiento como agravante del delito de violencia de género que como delito autónomo.

XV. Las diversas penas impuestas (prisión, inhabilitaciones, privaciones y prohibiciones de aproximación) serán cumplidas simultáneamente, debiendo cumplirse sucesivamente y por orden de gravedad, las sanciones de la misma naturaleza. Además, Marcial deberá pagar a María y Elisa una indemnización en concepto de responsabilidad civil, y abonará las costas procesales que se indiquen.

BIBLIOGRAFÍA

➤ Doctrina

- AZNAR GIL, *Derecho matrimonial canónico*, vol. I, 3ª Ed., Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 2015
- BACIGALUPO ZAPATER, *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho penal*, Akal/Iure, 1991
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y derecho de la persona*, 5ª ed., Bercal, 2011
- BORJA JIMÉNEZ, *La aplicación de las circunstancias del delito: actualizado a la reforma 2015*, Tirant lo Blanch, 2015
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA (coord.), *La violencia de género: aspectos penales y procesales*, Editorial Comares, 2007
- CARMONA RUANO, Miguel, “El delito de maltrato habitual”
- CARDENAL MONTRAVETA, *La prescripción de la pena tras la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015
- CASTELLÓ NICÁS, *Imputabilidad penal del drogodependiente*, Editorial Comares, 1997
- CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG (directores), *Comentarios al Código penal*, Tirant lo Blanch, 2015
- CORRAL TALCIANI, *La declaración de fallecimiento*, Tecnos, 1991
- FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, 6ª Ed., Tecnos, 2014
- GARCÍA MARTÍ (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ª Ed., Tirant lo Blanch, 2015
- GASCÓN INCHAUSTI (coord.) et al., *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Aranzadi, 2010
- CHOZAS ALONSO, “La interrupción de la prescripción de los delitos y faltas: el particular labyrinthus del Tribunal Constitucional y el nuevo art. 132.2 del Código Penal”
 - PEITEADO MARISCAL, “Instrumentos para la aplicación de la ley penal más favorable: la posible aplicación retroactiva de la LO 5/2010”
- GRACIA MARTÍN y VIZUETA FERNÁNDEZ, *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español: doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2007
- GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, La Ley, 2011
- JAVATO MARTÍN, “Modificación de conclusiones acusatorias en juicio oral del proceso penal (artículos 732 y 788.3 LECrim). El aplazamiento del juicio del artículo 788.4 LECrim”, *Revista Jurídica De Castilla y León*, N.º 11, 2007
- LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, 4ª Ed., 1990
- MAPELLI CAFFARENA, “El dolo eventual en el asesinato”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLI, Fascículo II, 1988
- MARTÍNEZ GARCÍA, *La tutela judicial de la violencia de género*, Iustel, 2008
- MOLINA MARTÍN, “Prestaciones por muerte y supervivencia en casos de desaparición del sujeto causante”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 79, 2005
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 8ª Ed., Tirant lo Blanch, 1990
- MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª Ed., Tirant lo Blanch, 2015
- OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, *Delitos de violencia en el ámbito familiar: las agravantes específicas y prohibición de incurrir en 'bis in idem'*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007
- ORTS BERENGER, y GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, 5ª Ed., 2015
- PANTOJA GARCÍA y BUENO ARÚS (directores), *Actual doctrina de la imputabilidad penal*, CGPJ, 2007
- CASTELLÓ NICÁS, Nuria, “Causas de inimputabilidad: drogadicción”
 - PUERTA LUIS, Luis-Román, “Causas de inimputabilidad: anomalías y alteraciones psíquicas. Trastorno mental transitorio”
- PEÑARANDA RAMOS, *Compendio de Derecho Penal, (Parte Especial), vol. I*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003
- QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte Especial*, 2ª Ed., J. M. Bosch, 1992
- RODRÍGUEZ CALVO y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *La violencia de género: aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, 2013
- GUINARTE CABADA, “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género”
 - PÉREZ RIVAS, “El quebrantamiento consentido de la medida de alejamiento”
- ROMERO SIRVENT y GÓMEZ PAVÓN, *Enajenación mental y trastorno mental transitorio (evolución legal y análisis jurisprudencial)*, La Ley, 1985
- SÁNCHEZ CALERO (coord.), *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, 2015
- SERRANO Y SERRANO, Ignacio, *La ausencia en el Derecho español*, Revista de Derecho Privado, 1943
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Tirant lo Blanch, 2000
- URBANO CASTRILLO, *El derecho al secreto de las comunicaciones*, La Ley, 2011

- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Violencia de género y sistema de justicia*, Tirant lo Blanch, 2008
- BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José, “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código Penal”
- VV.AA., *Estudios de Derecho Marítimo en homenaje a Ricardo Vigil Toledo*, J. M. Bosch, 2000
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, “Abanderamiento y nacionalidad del buque”, en, p. 205.
- VV.AA., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, CGPJ, 1993
- ESTÉVEZ JIMENO, “La intervención de las comunicaciones telefónicas. Comentarios y consideraciones acerca del auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992”
 - GARCIA VALTUEÑA, “El auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal”
 - LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, “Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes”

➤ Jurisprudencia

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH 2 agosto 1984 (caso Malone c. Reino Unido)

STEDH 6 septiembre 1978 (caso Klass c. Alemania)

STEDH 24 abril 1990 (caso Kruslin c. Francia)

- Corte Internacional de Justicia

Corte Internacional de Justicia, “Nottebohm case (second phase)” (Liechtenstein v. Guatemala), sentencia del 6 de abril de 1955, I.C.J. Reports 1955.

- Tribunal Constitucional

STC 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981\2)

STC 25/1981 de 14 julio (RTC 1981\25)

STC 114/1984, de 29 noviembre (RTC 1984\114)

STC 181/1995, de 11 de diciembre (RTC 1995\181)

STC 49/1996, de 26 marzo (RTC 1996\49)

STC 49/1999, de 5 abril (RTC 1999\49)

STC 166/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999\166)

STC 171/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999\171)

STC 126/2000, de 16 de mayo (RTC 2000\126)

STC 299/2000, de 11 de diciembre (RTC 2000\299)

STC 202/2001, de 15 octubre (RTC 2001\202)

STC 63/2002, de 14 de marzo (RTC 2002\63)

STC 205/2005, de 18 de julio (RTC 2005\205)

STC 29/2008, de 20 de febrero (RTC 2008\29)

STC 59/2008, de 14 de mayo (RTC 2008\59)

STC 97/2010, de 15 de noviembre (RTC 2010\97)

- Tribunal Supremo

ATS 22 de octubre de 1997 (RJ 1997\7712)

ATS 18 de marzo de 1998 (RJ 1998\3406)

ATS 5 de mayo de 1999 (RJ 1999\3856)

STS 19 de mayo de 1945 (TOL4.458.468)

STS 2 de abril de 1949 (RJ 1949\645)

STS 23 de septiembre de 1966 (RJ 1966\4021)

STS 28 de mayo de 1982 (RJ 1982\2732)

STS 28 mayo de 1986 (RJ 1986\2896)

STS 14 de febrero de 1987 (RJ 1987\1254)

STS 2 de junio de 1987 (RJ 1987\4024)

STS 15 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9776)

STS 27 de febrero de 1992 (RJ 1992\1386)

STS 14 de abril de 1992 (RJ 1992\3044)

STS 20 de junio de 1992 (RJ 1992\5410)

STS 8 julio de 1992 (RJ 1992\6551)

STS 25 de septiembre de 1992 (RJ 1992\7349)

STS 28 de octubre de 1995 (RJ 1995\7914)

STS 10 de octubre de 1996 (RJ 1996\8239)

STS 11 de junio de 1997 (RJ 1997\4677)

STS 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998\7597)

STS 16 de febrero de 1999 (RJ 1999\2394)

STS 29 de septiembre de 1999 (RJ 1999\8087)

STS 2 de enero de 2000 (RJ 2001\452)

STS 26 de abril de 2000 (RJ 2000\3052)

STS 2 de junio de 2000 (RJ 2000\6068)

STS 24 de junio de 2000 (RJ 2000\5792)

STS 7 de julio de 2000 (RJ 2000\6823)

STS 17 de julio de 2000 (RJ 2000\6914)

STS 11 de septiembre de 2000 (RJ 2000\7932)

STS 9 de marzo de 2001 (RJ 2001\3310)

STS 29 de abril del 2001 (RJ 2002\7023)

STS 5 de octubre de 2001 (RJ 2001\9048)

STS 7 de noviembre de 2001 (RJ 2002\558)

STS 10 de abril de 2002 (RJ 2002\6311)

STS 24 de abril de 2002 (RJ 2002\5455)

STS 17 de septiembre de 2002 (RJ 2002\8344)

STS 2 de noviembre de 2002 (RJ 2002\10466)

STS 30 de diciembre de 2002 (RJ 2003\717)

STS 12 de febrero de 2003 (RJ 2003\2491)

STS 18 de junio de 2003 (RJ 2003\5649)

STS 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6352)

STS 28 de enero de 2004 (RJ 2004\716)

STS 6 de febrero de 2004 (RJ 2004\1072)

STS 20 de febrero de 2004 (RJ 2004\2141)

STS 3 mayo del 2004 (RJ 2004\3242)

STS 13 de octubre de 2004 (RJ 2005\780)

STS 15 de diciembre de 2004 (RJ 2005\125)

STS 28 de enero de 2005 (RJ 2005\911)

STS 7 de febrero de 2005 (RJ 2005\4158)

STS 24 de febrero de 2005 (RJ 2005\1857)

STS 7 de marzo de 2005 (RJ 2006\1982)

STS 28 de abril de 2005 (RJ 2005\6706)

STS 13 de mayo de 2005 (RJ 2005\6024)

STS 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7191)

STS 19 de septiembre de 2005 (RJ 2005\8674)

STS 26 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7380)

STS 19 de enero de 2006 (RJ 2006\978)
STS 20 de enero de 2006 (RJ 2006\4317)
STS 31 de marzo de 2006 (RJ 2006\4884)
STS 12 de diciembre de 2006 (RJ 2007\459)
STS 16 de enero de 2007 (RJ 2007\252)
STS 19 de enero de 2007 (RJ 2007\675)
STS 28 de septiembre de 2007 (RJ 2007\5323)
STS 29 enero de 2008 (RJ 2008\2693)
STS 8 de abril de 2008 (RJ 2008\2170)
STS 4 de junio de 2008 (RJ 2008\4176)
STS 22 enero de 2009 (RJ 2009\806)
STS 13 de julio de 2009 (RJ 2009\6978)

STS 16 de julio de 2009 (RJ 2009\6994)
STS 4 de noviembre de 2009 (RJ 2009\5689)
STS 17 de noviembre de 2009 (RJ 2010\1999)
STS 8 de abril de 2010 (RJ 2010\4858)
STS 23 de abril de 2010 (RJ 2010\3548)
STS 26 febrero de 2011 (RJ 2010\3294)
STS 12 mayo de 2011 (RJ 2011\3861)
STS 14 de junio de 2011 (RJ 2011\4789)
STS 27 de septiembre de 2011 (RJ 2012\9830)
STS 25 de septiembre de 2014 (RJ 2014\4608)
STS 14 julio de 2015 (RJ 2015\3274)

- Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de marzo de 2003 (AS 2003\1282)

- Audiencias Provinciales

AAP Madrid, de 13 de mayo de 2004 (AC 2004\1203)
AAP Guipúzcoa de 27 de abril de 2006 (JUR 2006\188387)
SAP de Jaén de 13 de marzo de 2002 (JUR 2002\128640)
SAP Pontevedra de 19 de junio de 2002 (JUR2002\212222)
SAP Granada de 7 de junio de 2003 (JUR 2003\237488)
SAP Sevilla de 13 de enero de 2012 (ARP 2012\1213)
SAP Las Palmas de 23 abril 2013 (ARP 2013\242)
SAP Madrid de 6 de junio de 2014 (ARP 2014\1051)

- Dirección General de los Registros y el Notariado

RDGRN 22 de julio de 1987 (RJ 1987\5885)
RDGRN 4 de mayo de 1994 (RJ 1994\4169)

- Circulares de la Fiscalía General del Estado

Circular 1/1996, de 23 de febrero, sobre el régimen transitorio del Código Penal de 1995.
Circular 3/2003, de 30 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección.
Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.
Circular 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
Circular 3/2010, de 23 diciembre, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.
Circular 3/2015, de 22 junio, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por LO 1/2015.