



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de fin de
Grado

Violencia
doméstica y venta
de cosa ajena

Autor: Laura Bermúdez Faraldo

Tutor: D. Ramón Perfecto Rodríguez

Curso 2015/2016

Trabajo de fin de grado presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña para la obtención del Grado en Derecho

Índice

ABREVIATURAS.....	1
ANTECEDENTES DE HECHO.....	2
DECLARACION DE FALLECIMIENTO Y MATRIMONIO	
1. Introducción al matrimonio.....	4
2. La declaración de fallecimiento.....	4
2.1 Introducción y normativa vigente.....	4
2.2 Vinculación entre declaración de fallecimiento y ausencia.....	5
2.3 Presunción y concepto de siniestro.....	5
2.4 Requisitos para la declaración de fallecimiento.....	6
2.5 Fijación de la fecha de fallecimiento.....	7
2.6 Efectos de la declaración de fallecimiento.....	8
2.6.1. Efectos de la declaración de fallecimiento en el matrimonio.....	8
2.6.1.a Efectos en el matrimonio canónico.....	8
2.6.1.b Efectos en el matrimonio civil.....	9
3. Reparación del declarado fallecido.....	10
3.1 Efectos de la reparación en el ámbito personal.....	11
3.1 a Efectos de la reparación en el matrimonio canónico.....	11
3.1 b Efectos de la reparación en el matrimonio civil.....	11
TENTATIVA DE ASESINATO Y VALIDEZ DE INTERVENCIONES TELEFÓNICAS	
1. El delito de asesinato.....	13
1.1 Regulación y Ley aplicable al caso.....	13
1.2 Circunstancias del delito.....	14
1.3 Especial mención a la alevosía.....	14
1.3.1 Requisitos.....	14
1.3.2 Modalidades.....	14
1.3.3 Compatibilidad con la enajenación mental.....	15
1.3.4 Compatibilidad con circunstancias atenuantes de arrebató, obcecación o estado pasional.....	15
1.3.5 Compatibilidad con discusión previa.....	16
1.3.6 Compatibilidad con abuso de confianza.....	16
1.4 Configuración de la tentativa.....	16
1.5 Valoración y consecuencias jurídicas de la conducta de María frente a Manolo.....	17
2. La prueba ilícita en relación con las intervenciones telefónicas.....	18
2.1 Normativa.....	18
2.2 Concepto.....	18
2.3 Presupuestos.....	18
2.4 Requisitos.....	19
2.5 Validez probatoria de las intervenciones telefónicas.....	20
2.6 Descubrimiento casual de hechos.....	21

VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA Y QUEBRANTAMIENTO DE ORDEN DE ALEJAMIENTO

1. Concepto de violencia de género y violencia doméstica.....	24
2. Regulación y ley aplicable.....	25
3. Lesiones en el ámbito de la violencia de género.....	26
3.1 Lesiones que no requieren tratamiento médico para su sanación.....	26
3.2 Régimen aplicable cuando la conducta sea constitutiva de un delito de lesiones en sentido estricto	27
4. Delitos contra la integridad moral (art. 173.2 CP).....	28
4.1.Concurso.....	29
5. Amenazas y coacciones.....	29
5.1 Amenazas leves.....	29
5.2 Delito de coacciones leves.....	29
6. Imputabilidad.....	29
7. Los procesos por delitos de violencia contra la mujer.....	30
8. Las medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género.....	30
8.1 Clasificación, naturaleza y ejecución de las penas de alejamiento.....	30
8.2 Prohibición de aproximación a la víctima.....	31
8.2.1 Antecedentes y regulación actual.....	31
8.2.2 Contenido y finalidad.....	32
8.2.3 Aplicación.....	32
8.3 Incumplimiento de la medida.....	32
8.3.1 El delito de quebrantamiento de condena en el ámbito de la violencia familiar del párrafo 2º del art. 468 C.....	32
8.3.2 Incumplimiento con consentimiento de la víctima.....	33
8.3.2.1 Evolución sobre el criterio jurisprudencial sobre las consecuencias de la reanudación de la convivencia.....	34
8.3.2.2 Posición doctrinal.....	34
8.3.3 Comisión de un delito de violencia de género quebrantando la orden de alejamiento.....	35
9. Aplicación de la atenuante de reparación del daño.....	36
10. Consecuencias de las conductas realizadas por Marcial hacia María y Elisa.....	36

REPARACIÓN DEL DECLARADO FALLECIDO Y LA VENTA DE COSA AJENA

1. Efectos patrimoniales de la declaración de fallecimiento.....	40
1.1 Apertura de sucesión y cautelas.....	40
1.2 Momento de apertura de la sucesión.....	42
1.3 Efecto de la declaración de fallecimiento en el régimen económico matrimonial.....	42
1.4 Sucesión.....	43
2. Efectos patrimoniales de la reparación del declarado fallecido.....	44
2.1 Acción de recobro.....	44

3. El contrato de compraventa.....	45
3.1 La transmisión de la propiedad en la compraventa y la venta de cosa ajena...	45
4. Conclusión de derechos sobre los bienes relativos a esta cuestión.....	47
INDICE CRONOLÓGICO DE LAS DISPOSICIONES CITADAS.....	49
BIBLIOGRAFIA.....	49
JURISPRUDENCIA.....	50

ABREVIATURAS

AA.P	Auto Audiencia Provincial
AA.PP	Audiencias Provinciales
AA.TC	Autos Tribunal Constitucional
AA.VV	Autores Varios
Ac.	Acuerdo
AP	Audiencia Provincial
Ap.	Apartado (aps. Apartados)
Art.	Artículo (arts. Artículos)
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo (caps. Capítulos)
C.C	Código Civil
CE	Constitución Española de 1978
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
Disp. Adic.	Disposición Adicional.
Disp. Derog.	Disposición Derogatoria
Disp. Final	Disposición Final
Disp. Supl.	Disposición supletoria
Disp. Transit.	Disposición transitoria
EM	Exposición de motivos
FGE	Fiscalía General del Estado
F.J	Fundamento Jurídico
L.E.C 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
L.E.C 1/2000	Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
L.J.V	Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015 de 2 de julio
L.R.C	Ley del Registro Civil
M.F	Ministerio Fiscal
Ob. Cit.	Obra citada
Pág.	Página (Págs. Páginas)
Párr.	Párrafo
RD	Real Decreto
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
S	Sentencia
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TBC	Trabajos en Beneficio de la Comunidad
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

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

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

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

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

sucedido y ante tal situación, Manolo decide emprender medidas legales destinadas a recuperar sus bienes y a ejercitar las medidas pertinentes contra María.

Planteados los antecedentes de hecho anteriores, de debe dar respuesta jurídica a las siguientes cuestiones:

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

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

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

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

De acuerdo con lo expuesto en los hechos, resolveremos las cuestiones planteadas. En primer lugar, abordaremos la controvertida cuestión relativa a la declaración de fallecimiento y sus consecuencias, tanto en el ámbito familiar, con especial atención a la validez del matrimonio; así como en el ámbito patrimonial, en relación a las consecuencias relativas a la reaparición del declarado fallecido y a la recuperación de sus bienes. Haremos un examen del delito de asesinato y la tentativa, así como de las medidas limitadoras de derechos fundamentales, en particular de las intervenciones telefónicas y la validez de las mismas cuando mediante la investigación de otros delitos se descubren hechos nuevos en relación con otra causa penal. Por otro lado, abordaremos las cuestiones complicadas relativas a la violencia de género y doméstica, así como el problema de las medidas cautelares y la no disposición por la víctima de las órdenes de alejamiento.

Entendemos que los hechos relatados se suceden de manera cronológica. Como consecuencia de ello, determinaremos la ley aplicable en cada caso.

Procedemos pues a un examen pormenorizado de dichas cuestiones, atendiendo a la normativa, posiciones doctrinales, así como jurisprudencia.

Cuestión Primera

DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO Y MATRIMONIO

1. Introducción al matrimonio.

El matrimonio se encuentra regulado en el Capítulo VIII, Título IV del Libro I del C.C (arts. comprendidos desde el 42 al 107). Para poder definir con claridad el concepto de matrimonio tendríamos que atender a cada cultura, si bien es cierto, la idea contemporánea de matrimonio es muy parecida a la de hace siglos¹. En España hasta que no se aprueba la Ley 13/2005, de 1 de Julio por la que se aprueba el matrimonio entre personas del mismo sexo, era entendido el matrimonio como la unión estable entre un hombre y una mujer, que tiene como objeto compartir la vida y sus avatares². Establece la CE en su art. 32.2 que “*La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*”.

Las causas de disolución del matrimonio están recogidas en el art. 85 C.C. y se establecen como tales, en primer lugar, la muerte de uno de los cónyuges; en segundo lugar, la declaración de fallecimiento; y por último, el divorcio. Es importante señalar en este punto el art. 46.2 C.C, en el cual se establece que no podrán contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial.

2. La declaración de fallecimiento

2.1 Introducción y normativa vigente

La declaración de fallecimiento aparece regulada en el Capítulo II del Título VIII del Libro I del C.C (arts. comprendidos desde el 193 al 198). Puede entenderse como una situación de muerte presunta de una persona, que se formaliza mediante una declaración jurisdiccional en forma de auto.

En el caso de las desapariciones ocurridas con posterioridad al día 11 de Enero de 2000 y antes de la nueva entrada en vigor de la L.J.V de 2015 le son de aplicación la Ley 4/2000 de 7 de enero, por la cual se acortan los plazos de los artículos reseñados anteriormente. Es importante señalar que de acuerdo con lo establecido en la Disp. Derg. única de la L.E.C-2000 se determina que el Libro III de la Ley de 1881 se mantendrá en vigor mientras no se dicte una nueva L.J.V. Sin embargo, 15 años después, en 2015, es cuando se aprueba esta Ley, y, en virtud del número uno de la Disp. Derg. única, se derogan los artículos 1943 a 2174, entrando en vigor a partir del 23 de julio del mismo año.^{3 4} Dado que en el primero de los hechos del supuesto planteado se nos dice que la desaparición se produce el 30 de Junio de 2007. Cabe entender por ello que será de aplicación la LEC de 1881 y no la nueva modificación del año 2015.

¹ LASARTE, C. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, Sexta edición. Pág. 21. Hace mención el autor, a la idea antigua del jurista romano MODESTINO, que afirmaba que “*nuptiae sunt coninuctio maris et foeminae, et consortium omnis vitae, divini el humani rerum comunicatio*”.

² LASARTE, C. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, Sexta edición. Pág. 21

³ Es necesario tener en cuenta en este punto el artículo 2.3 C.C por el cual se establece que las Leyes no tendrán carácter retroactivo salvo que dispusieren lo contrario.

⁴ A esta cuestión hace referencia un Auto dictado por la A.P de Soria (sección 1ª) núm. 67/2010 de 15 de diciembre, que señala establece en su F.J segundo que el trámite procesal de la declaración de fallecimiento que se establece en los artículos 2.042 a 2.047, en relación a los arts. 1.811 a 1824 de L.E.C de 1881, de conformidad a lo indicado en la Disp. Derg. única 1.1ª de la L.E.C 1/2000 se mantiene en vigor hasta la entrada en vigencia de la L.J.V.⁴

2.2 Vinculación entre la declaración de fallecimiento y la ausencia

La declaración de fallecimiento se encuentra ligada a la declaración de ausencia. Sin embargo de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.042 L.E.C⁵, las medidas provisionales de la declaración de ausencia y de fallecimiento no constituyen fases necesariamente concatenadas. Puede promoverse la declaración de ausencia legal sin haberse instado medidas provisionales; pero también puede darse la declaración de fallecimiento sin previa declaración de ausencia legal⁶. La diferencia entre ambas figuras se encuentra en el grado de probabilidad de la existencia real de la persona que ha desaparecido.

En este sentido, por ejemplo, en el Auto de la A.P de Madrid, sección 11ª, número 365/2007 en su F.J tercero, se establece que la declaración de fallecimiento a la que se refieren los artículos 193 y 104 C.C no requiere la previa declaración de ausencia legal, y que aquella podrá instarse por partes interesadas o por el M.F, aportándose todas las pruebas conducentes a la justificación de los requisitos de estos artículos señalados. Además, practicadas las pruebas y hechas las publicaciones el Juez dictará Auto declarando el fallecimiento.⁷ En el Auto dictado por la AP de Barcelona (sección 16ª) el 23 de mayo de 2000⁸, se hace referencia a la caracterización semántica del concepto, señalando que el término “ausente” que emplea el art.193 CP no se refiere al sentido técnico de “persona afectada por la declaración judicial de ausencia”, sino que pretende reflejar la situación de encontrarse una persona en paradero desconocido. Esta interpretación parece la más compatible con el art. 2042 LEC.

2.3 Presunción y concepto de siniestro

Mediante la declaración de fallecimiento, se da por muerto al ausente aunque realmente no exista garantía de ello. Se trata por tanto, de una presunción *iuris tantum*. Las presunciones aparecen reguladas en el artículo 385 L.E.C. En este caso, el naufragio o el siniestro, se dan por ciertos si concurren y se prueban otras circunstancias que la Ley marca y determina. Se configura así una presunción legal en relación con el art. 194.2, no siendo necesario probar la muerte de la persona, sino que el juez tiene la obligación de declarar el fallecimiento si se demuestra que la desaparición ha tenido lugar en una situación de especial riesgo para la vida y ha transcurrido el tiempo previsto⁹ en dicho artículo. Reiterada jurisprudencia ha establecido esta condición de presunción, pudiéndose destacar la S.T.S 207/2010¹⁰.

Se puede entender como “peculiar riesgo” el siniestro de especial gravedad¹¹. El problema existe si se es demasiado riguroso a la hora de aplicar las normas de la declaración de fallecimiento.

⁵ En el artículo citado se prescribe que la declaración de fallecimiento a la que se refieren los artículos 193 y 194 del Código Civil, no requiere la previa declaración de ausencia legal.

Artículo derogado con la entrada en vigor de la L.J.V 15/2015.

⁶ **LASARTE, C.** *Parte General y Derecho de la Persona* Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, Decimotercera edición. Pág. 271.

⁷ AAP Madrid 365/2007 de 12 Abril (AC\2007\920) F.J 3º

⁸ AAP Barcelona de 23 de mayo 2000 (JUR\2000\213615) F.J 2º

⁹ **CORTES DOMINGUEZ, V; MORENO CATENA, V.** *Derecho Procesal Civil Parte General* Madrid, 2015, Octava edición. Estos autores Op-cit. Págs. 180 y ss. Señalan: *En las presunciones, la Ley impone al juez la utilización de máximas de la experiencia. (...) Ello es posible porque entre ambos existe una conexión lógica de tal manera que dado el segundo necesariamente debemos concluir la existencia del primero y en consecuencia, a ella se llega mediante la aplicación de las máximas de la experiencia. (...) El ausente se le considera fallecido cuando ha habido un naufragio y no se han tenido noticias de él en un tiempo determinado, porque la Ley recoge como suya la máxima de experiencia que nos dice que la falta de noticias tras un naufragio supone en la generalidad de los casos la muerte del naufrago.*

¹⁰ STS 207/2010 de 18 de Julio (RJ\2010\4890) F.J 3º

¹¹ terremotos, tifones etc.; subversiones políticas o sociales; participación en campañas bélicas; accidentes aéreos, y los naufragios.

Es decir, no extender esta concepción de especial riesgo de manera análoga a otras situaciones, entendiendo como siniestro todo acontecimiento que, debido a la naturaleza de la acción del hombre, cause pérdidas tan graves que sea admisible, dadas las circunstancias, considerar que quien haya estado en semejantes condiciones, y basándose en las reglas de la experiencia, ha fallecido¹².

2.4. Requisitos para la declaración de fallecimiento

De este modo, y recapitulando el concepto de declaración de fallecimiento, mediante la misma, se da por muerta a una persona aunque realmente no haya una seguridad de su muerte. Para que sea posible llevar a cabo esta declaración se entienden necesarios dos requisitos.

En primer lugar, es importante señalar que el órgano jurisdiccional acordará de oficio la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, pudiendo las partes interesadas aportar todas las pruebas conducentes a la justificación de los requisitos exigidos por el C.C. El art.2042 L.E.C prescribe al respecto una especial publicidad del expediente de declaración de fallecimiento, estableciendo que el expediente debe de ser publicado en el intervalo de 15 días en el BOE, en un periódico de considerable tirada de la capital del Estado, en otro periódico de la provincia en que hubiere tenido el declarado su última residencia o, en su defecto, su último domicilio y por la Radio Nacional¹³. El incumplimiento de estos requisitos determina la invalidez del auto de declaración de fallecimiento¹⁴.

El segundo de los requisitos previstos por la Ley para la declaración de fallecimiento tiene un doble e independiente fundamento, pues debe derivar: o bien del transcurso de un dilatado espacio de tiempo (art. 193.1 y 2 C.C) sin noticias del desaparecido; o bien de la concurrencia de la desaparición en especiales circunstancias de riesgo, descritas en los artículos 193.3 y 194 C.C Para el caso de que la desaparición de la persona haya tenido lugar en condiciones de especial riesgo, será necesario que transcurran tres meses para poder decretar la declaración de fallecimiento¹⁵. La diversificación que ha sido realizada por el C.C de los distintos supuestos y correlativos plazos para la declaración de fallecimiento ha llevado a algunos autores a denominar a los casos previstos en el apartado segundo del art.194 como *ausencia calificada*, mientras que a los previstos en los artículos 193 y 194.1, en los cuales han de pasar más de 10 años, o 5 en el caso de que el ausente hubiera cumplido los 65 años, como *ausencia simple*¹⁶⁻¹⁷.

En el caso que se nos pide analizar, podemos entender que al encontrarse ambos realizando un viaje en el barco, en el que se produce el accidente de Manolo, nos encontramos ante una situación análoga a la prevista en el Código como de especial riesgo para vida. Al aplicar las máximas de la experiencia, podemos entender que una persona en las mismas circunstancias, y una

¹² GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., “La declaración de fallecimiento en el Derecho español”, 2011, Primera edición Pág. 152

¹³ LASARTE, C. “Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI” Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, Sexta edición. Pág.119.

¹⁴Vid, AAP Islas Baleares17/2008 de 29 de enero (JUR\2008\124277) F.J 2º

¹⁵ En las desapariciones acaecidas con anterioridad a la reforma del C.C, en los supuestos en los que haya habido un especial riesgo, el plazo que debía transcurrir era de dos años. En la nueva L.J.V 15/2015, los plazos para la declaración de fallecimiento se reducen todavía más, ya que reforma los apartados 2º, 3º y 4º del artículo 194, de modo que en el supuesto de naufragio o siniestro de aviación se reduce a un mínimo de 8 días cuando sean verificados o se hayan encontrado restos humanos que no fueren identificados; o bien un mes desde las últimas noticias recibidas o desde la fecha de partida del navío o la aeronave si no llegara a su destino. Vid. ANEXO nº1 en relación a la solicitud de declaración de fallecimiento dentro de la L.J.V.

¹⁶ LASARTE, C. “Parte General y Derecho de la Persona” Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, Decimotercera edición. Pág. 274 y 275.

¹⁷ Esta calificación en realidad no tiene ninguna relevancia en el ámbito normativo, ya que una vez transcurrido el plazo, el tipo de ausencia no es en ningún caso relevante.

vez se hayan cumplido los plazos previstos, no es posible que continúe con vida. Por ello, cumplidos los requisitos tanto de forma como de tiempo, procede la declaración de fallecimiento de Manolo.

2.5. Fijación de la fecha de fallecimiento

Practicadas todas las pruebas, y una vez acreditados todos los requisitos que exigen los artículos 193 y 194 C.C para los diferentes casos, el Tribunal dictará auto declarando el fallecimiento, de modo que, a partir del mismo, se reputará fallecido al ausente.

De acuerdo con lo indicado en el artículo 195.1 del C.C “*se presume que el ausente ha vivido hasta el momento de reputarse fallecido, salvo investigaciones en contrario*”.¹⁸ Por ello, el juez establecerá como fecha de fallecimiento el último día del plazo previsto en los artículos 193 y 194 CC¹⁹, entendiéndose que el ausente ha vivido hasta ese momento. Esta determinación de la fecha de la muerte, en algunos casos, como por ejemplo los previstos en el art.193.1 y 2 CC, tendrá una dimensión objetiva, mientras que en otros la dimensión será subjetiva, pues dependerá de la valoración que se realice del riesgo (art. 194 *in fine* CC). En el caso de que, a la luz de las pruebas obtenidas, no pueda precisarse la fecha concreta, está se determinará de acuerdo con dos criterios que a continuación se indican:

En primer lugar, en los supuestos de ausencia simple, la fecha del fallecimiento será aquella en la que acabe el plazo de 10 o 5 años de los números 1º y 2º del art. 193CC, al expirar el año natural²⁰.

En segundo lugar, en los casos de ausencia calificada, el momento de la muerte será aquel en que acaba la situación de peligro para la vida, cuando el fallecimiento se declare en circunstancias de peligro realmente sufrido; en los casos de ausencia calificada en los que la ley establece una presunción de peligro para la vida, la fecha de fallecimiento se determinará por el transcurso del plazo que fundamenta esta presunción²¹⁻²².

La STS de fecha 19 de Mayo de 1945, fundamental en esta materia, pone de relieve que los plazos previstos en el C.C, tanto para la declaración de ausencia, como para la de fallecimiento, tienen como finalidad que las decisiones judiciales no se precipiten. Sin embargo, y pese a que estos plazos son fijados en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, nada obsta a que en la resolución judicial declarando el fallecimiento se determine como fecha del mismo el momento en el que se produjeron los hechos causantes de esta declaración²³.

¹⁸ AA.VV. SANCHEZ CALERO, F.J (Coord.) “Curso de Derecho Civil I. Parte General y derecho de la persona”. Valencia, 2015, Sexta edición. Pág. 110:

De acuerdo con lo establecido en la nueva L.J.V, la iniciativa para llevar a cabo la declaración, no obligatoria y de carácter voluntario, podrá ser instada por la parte interesada o del Ministerio Fiscal.

¹⁹ El art. 5 del C.C establece que: (...) *si los plazos estuviesen fijados en meses o años, se computará de fecha a fecha. Cuando el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último mes.*

²⁰ Vid, AAP Soria 14/2012 de 27 de marzo (JUR\2012\181919) en cuyo F.J 2º se establece que para el cómputo de los plazos del artículo 193.2º, es decir para los casos de desconocimiento de paradero de una persona que ya haya cumplido los 75 años, el plazo señalado se computará desde la expiración del año natural en el que se tuvo noticias de él por última vez.

²¹ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R, *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, 2011, Primera edición Pág. 217

²² Vid, AAP Madrid 120/2004 de 13 de mayo (AC\2004\1203) Se plantea en su F.J 2º si en el cómputo de los plazos referidos en los artículos 193 y 194 C.C, la fecha debe de ser fijada una vez transcurran los plazos previstos, o si se debe establecer cuando se produce el riesgo para la vida, entendiéndose que es en ese momento cuando se produjo realmente el fallecimiento.

²³ Vid también a la SAP de Lugo (sección 1ª) número 276/2003 de 10 de junio de 2003, en la cual se establece que toda declaración de fallecimiento de acuerdo con el artículo 195.2 CC expresará la fecha a partir de la cual se considere sucedida la muerte.

De este modo, en el supuesto objeto de resolución, podemos determinar la fecha de fallecimiento transcurridos tres meses desde el accidente en el barco conforme al plazo previsto en el art. 194 CC, es decir, el uno de octubre de 2007. El juez podrá establecer sin embargo en el auto la fecha en la que se produjo la muerte, es decir, el día del accidente.

2.6 Efectos de la declaración de fallecimiento

Los efectos de esta declaración en fallecimiento pueden ser catalogados de dos tipos. En primer lugar, efectos de carácter general, derivados de la asimilación con la muerte física de la persona, pudiendo ser explícitos (como por ejemplo, la extinción de la patria potestad originaria o prorrogada, arts. 169.1 y 171.1º CC respectivamente) o bien, implícitos, los que resultan de la dicción literal del CC en relación al fallecimiento y no se exceptúan directamente en los casos de declaración de fallecimiento (por ejemplo, la extinción del usufructo art. 531.1ºCC). Por otro lado, se derivan efectos especiales de carácter personal y patrimonial respecto a la declaración de fallecimiento. Se deduce entonces, que los efectos de esta declaración en principio son los mismos que los derivados de la muerte física de la persona, sin embargo, esta afirmación debe ser matizada en determinados aspectos, teniendo en cuenta así una de las características fundamentales de esta declaración: no es lo mismo la certeza de muerte que la presunción de muerte, puesto que si ésta existiera, se inscribiría directamente en el R.C como defunción²⁴.

La declaración de fallecimiento, para producir efectos, debe tener acceso al R.C al margen de la inscripción de nacimiento del declarado fallecido²⁵. El artículo 1.6 de la L.R.C prescribe que *son objeto de inscripción las declaraciones de ausencia y fallecimiento*.

2.6.1 Efectos de la declaración de fallecimiento en el matrimonio

El matrimonio se encuentra regulado en el artículo 85 C.C, según el cual se disuelve por la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges. Este es uno de los efectos personales que tienen que ver con una de las cuestiones planteadas en el caso que nos ocupa. Según el artículo 85 C.C la declaración de fallecimiento disuelve el matrimonio “*sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración*”, al igual que sucede con la muerte de uno de los cónyuges o el divorcio. Por ello, con la declaración de fallecimiento se disuelve el matrimonio y se extingue el régimen económico del mismo (arts. 85, 1.392 y 1.415 C.C)

2.6.1.a Efectos en el matrimonio canónico

Desde una perspectiva histórica, el problema de la disolución del vínculo matrimonial en el Derecho canónico parte de las dudas que se plantean en los casos de ausencia de uno de los cónyuges²⁶. Por medio de dos Decretales pontificias de Inocencio I y otra de León I se irá asentando la idea de que el primer matrimonio no subsiste; algo que se convirtió en regla general con la incorporación al Decreto de Graciano. Posteriormente, la “*Decretal Dominus*”, de Lucio II y la Decretal “*in praesentia*” exigían además la certeza moral de la muerte del cónyuge, y fueron

²⁴ Vid STS. 207/2010 de 18 de Julio (RJ\2010\4890), la cual establece en su F.J cuarto que la presunción de muerte del desaparecido, sin excluir la posibilidad de que este vivo, no impide que el ordenamiento vincule a esta declaración importantes consecuencias jurídicas, del orden familiar y patrimonial (art.85 y 196 C.C) y que por ello también cabe la aplicación al ámbito del seguro.

²⁵ **Art. 179 R.R.C**, “*En la inscripción de declaración de fallecimiento se expresará la fecha a partir de la cual se entiende ocurrida la muerte, salvo prueba en contrario. Son inscribibles las resoluciones judiciales que dejan sin efecto las declaraciones de ausencia o fallecimiento. Cualquier funcionario o particular que conozca la existencia de persona declarada ausente o fallecida o cuya desaparición esté anotada, lo comunicará al Ministerio Fiscal o al Encargado del Registro*”.

²⁶ **GUINEA FERNÁNDEZ, D.R**, *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, 2011, Primera edición Pág. 321 a 328

incluidas y glosadas en las Decretales de Gregorio IX, de modo que, a finales del siglo XV, existe consenso en que sea la autoridad eclesiástica quien tome la decisión de si se puede considerar fallecido al cónyuge desaparecido. Por otro lado, el Concilio de Trento consideraba la ausencia del cónyuge como un motivo de divorcio, hecho que dio lugar a que, a partir de entonces, sería necesaria la licencia de la autoridad eclesiástica en caso de desaparición del cónyuge para poder contraer nuevas nupcias. Ya en 1868 se promulga “*Matrimonii vinculo*”, que regula y ordena la doctrina anterior convirtiéndola en definitiva. Según ésta, la ausencia de uno de los cónyuges no es suficiente para probar la muerte, por muy prolongada que sea aquella. El código de Derecho Canónico de 1983 respeta ésta doctrina expuesta de 1868, y regula esta materia en el canon 1707, donde se recoge el “proceso de la muerte presunta del cónyuge”. Se trata de un proceso que tiene por objeto la declaración de la muerte presunta del cónyuge en base a la certeza moral de muerte. Sin embargo, el hecho de que el Derecho Canónico admita la posibilidad de contraer matrimonio en caso de presunción de muerte no significa que éste sea igual que al anterior con el declarado fallecido, ya que si el cónyuge presuntamente muerto reaparece, se considera subsistente el matrimonio anterior, y el nuevo matrimonio será nulo por impedimento de ligamen, derivando que el nuevo matrimonio tiene una validez condicional. La declaración de nulidad del matrimonio es compatible con el canon 1061.3, según el cual “*el matrimonio inválido se llama putativo, si fue celebrado de buena fe al menos por uno de los contrayentes, hasta que ambos adquieran certeza de la nulidad*”.

2.6.1.b Efectos en el matrimonio civil

Por lo que se refiere al matrimonio civil, hasta la Ley 30/1981 de 7 de julio (vulgarmente conocida como Ley del Divorcio), el artículo 195.3 C.C decía que “*la declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio*”. La interpretación de este apartado fue muy problemática ya que se formularon numerosas interpretaciones doctrinales²⁷ sobre la disolución del matrimonio por muerte presunta de acuerdo con este derogado apartado. Dicho apartado presentaba un doble sentido: por una parte, reconocía implícitamente la disolución del vínculo matrimonial anterior; y, por otra, permitía la celebración de nuevas nupcias, aunque no bastaba la declaración de fallecimiento, sino que era necesario cumplir con algún requisito añadido. De este modo, el cónyuge superviviente quedaba oficialmente viudo, pero sin embargo no tenía libertad para poder contraer matrimonio de nuevo.

La reforma introducida con posterioridad hizo que se suprimiese este apartado, regulándose de una forma más coherente en el artículo 85 C.C, estableciendo como único requisito para volver a contraer matrimonio la declaración de fallecimiento. Esta reforma, llevada a cabo en el año 1981, fue muy criticada por algunos autores conservadores, que pretendían la continuidad matrimonial pese a la declaración de fallecimiento. GARCÍA VALDECASAS²⁸, por ejemplo, entendía que en el caso de que el cónyuge superviviente no hubiese contraído nuevas nupcias, y reapareciese el declarado fallecido se podría reanudar la convivencia conyugal, considerándolo más razonable que la necesidad de contraer nupcias de nuevo. Esta idea, acorde con la época e ideología del autor, choca sin embargo con lo expuesto en el art. 85 CC. Por su parte, REBULLIDA²⁹ defiende que el segundo matrimonio debe de ser considerado nulo, aunque dándole la calificación de putativo, amparándose en que, una vez una vez destruida la presunción *iuris tantum*, renace el vínculo

²⁷ Vid DE CASTRO BRAVO, CASTAN TOBEÑAS, ROMERO VIÉTEZ, SERRANO SERRANO, LAGUNA DOMINGUEZ, o CORRAL TALCIANI, Ob. Cit.-GUINEA FERNÁNDEZ, D.R, *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid 2011, Primera edición Págs. 328 a 336.

²⁸Cit. por.-LASARTE, C. *Parte General y Derecho de la Persona* Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, Decimotercera edición. Pág.227

²⁹Cit. por.-LASARTE, C. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI* Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, Sexta edición. Pág. 121

matrimonial del primer matrimonio (art. 46.2 CC, por el cual no pueden casarse si ya han contraído matrimonio).

No obstante, con la instauración del sistema divorcista causalista que estableció un divorcio *ad nutum consensual*, en el que se permitía el divorcio entre cónyuges “presentes”, la pretensión de continuidad matrimonial en caso de declaración fallecimiento carecía de sentido alguno,³⁰ entendió la doctrina desde entonces que la declaración de fallecimiento es una causa de disolución que se extiende lógicamente a ambos cónyuges, y por ello, que el cónyuge declarado fallecido también puede contraer nuevas nupcias. Sin embargo, este aspecto debe de ser matizado, ya que el cónyuge declarado fallecido no puede contraer válidamente matrimonio, no porque el vínculo matrimonial no se haya disuelto, sino porque se le presume muerto, de modo tal que no podría contraer nuevas nupcias hasta que no sea revocada su declaración de fallecimiento³¹.

2. Reparación del declarado fallecido

Reiterando lo expuesto, la declaración de fallecimiento es una presunción *iuris tantum*, por lo que puede extinguirse esta situación, ya sea por la reaparición del así declarado, por probarse su existencia, o por la prueba de su muerte. Los dos primeros supuestos traerán consigo la necesidad de promover la revocación de la declaración de fallecimiento³². Esta declaración, al no apoyarse en una certeza de muerte, siempre admite prueba en contrario, que, conforme establece el art. 217 L.E.C, recaerá sobre quien afirme la existencia del desaparecido³³. Sobre esta cuestión de la aparición del declarado fallecido, o la acreditación de su fallecimiento, la derogada LEC 1881 (artículos 2.043 y 2.044) señala que, *si la persona declarada fallecida se presentase, una vez practicadas las pruebas, si fuesen propuestas por el M.F y las partes, previa declaración de su pertinencia por el Juzgado, se dejará sin efecto el Auto de declaración de fallecimiento*. En el caso de que no se presentare, pero se tuvieran noticias de su existencia en un paradero conocido, se notificará personalmente al presunto interesado del Auto de declaración de fallecimiento, requiriéndole que aporte las pruebas de su identidad. Con independencia de que las aporte o no, el Juez, con intervención del M.F y las partes, previa práctica de las pruebas que se propongan o de las que se acuerden de oficio, dictará el auto judicial que la deje sin efecto, al desaparecer la base fáctica que en la misma se había fundamentado³⁴.

Este Auto dejando sin efecto la declaración de fallecimiento lleva implícita la aplicación inmediata del art. 197 C.C, sin perjuicio de que el M.F o cualquier parte que se estime como perjudicada pueda, dentro del plazo de tres meses, impugnar el mismo en el juicio declarativo correspondiente. Este artículo únicamente se preocupa de regular los aspectos meramente patrimoniales del reaparecido. No existe, sin embargo, regulación específica respecto de las consecuencias que tiene la reaparición en el ámbito personal. La revocación de la declaración de

³⁰ LASARTE, C. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI* Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, Sexta edición. Pág. 120 y 121.

³¹ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R, *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, 2011, Primera edición Pág. 339

³² AA.VV. SANCHEZ CALERO, F.J (Coord.) *Curso de Derecho Civil I. Parte General y derecho de la persona*. Valencia, 2015, Sexta edición. Pág. 113 y ss.

³³ De acuerdo con lo que establece el art. 81 L.R.C “*la inscripción de fallecimiento hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece*”. Por su parte el art. 227 L.R.C, en su redacción RD 1917/1986, añade que “*la inscripción puede practicarse, en todo caso, y sin perjuicio de lo que dispone el artículo siguiente por sentencia u orden de la autoridad judicial que afirme, sin ninguna duda, el fallecimiento*”. Asimismo, el art. 278 R.R.C dispone que “*cuando el cadáver hubiera desaparecido o se hubiera inhumado, no basta para la inscripción de la fama de la muerte sino que requiere certeza que excluya cualquier duda racional. En su caso, el orden de la autoridad que instruye las diligencias seguidas por la muerte, debe haber precedido el informe del Ministerio Fiscal (...)*”.

³⁴ Vid. ANEXO N°2, *Reparación del declarado fallecido dentro de la L.J.V*

fallecimiento y su correspondiente inscripción registral no devuelve necesariamente al declarado fallecido a la misma situación que ostentaba antes de dicha declaración³⁵.

3.1 Efectos de la reaparición en el ámbito personal.

En el ámbito personal, el reaparecido recuperará la posición que pudiera corresponderle en las mismas relaciones jurídicas, como, por ejemplo, la patria potestad de los hijos menores de edad. Sin embargo, el tema resulta más complejo cuando se pretende determinar la validez del matrimonio del declarado fallecido.

3.1.a Efectos de la reaparición en el matrimonio canónico.

Por lo que se refiere al matrimonio canónico, rige el principio de indisolubilidad del matrimonio, con lo que, aunque se hayan contraído nuevas nupcias previa declaración eclesiástica de presunción de muerte, el segundo matrimonio quedaría anulado *ipso iure*; algo que no es incompatible con que se haga necesario pronunciamiento judicial que declarará que no ha existido vínculo matrimonial válido. Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el Canon 1674, únicamente están legitimados para impugnar el matrimonio los cónyuges, o el promotor de justicia, en su caso, cuando la nulidad ya se ha divulgado si no es posible convalidar el matrimonio. De este modo, si el promotor de justicia no impugna el matrimonio, nada podrá hacer el reaparecido. En el caso de que fuera declarado nulo el matrimonio, será de aplicación el Canon 1061.3, según el cual será matrimonio putativo si al menos uno de los cónyuges actuó de buena fe. Con la reaparición del primer cónyuge desaparece esta buena fe del segundo, dejando el matrimonio en tal caso de ser putativo³⁶.

3.1.b Efectos de la reaparición en el matrimonio civil

De acuerdo con la normativa anterior a la llamada Ley del Divorcio en lo que se refería al matrimonio civil, la declaración de fallecimiento no bastaba para para que el cónyuge presente pudiese contraer nuevo matrimonio; sin embargo, si se trataba de matrimonio canónico, sí se permitía, teniendo certeza moral de la muerte, pero el nuevo matrimonio perdía su eficacia por la reaparición del declarado fallecido³⁷. Por lo que se refiere al matrimonio civil, el artículo 85 C.C establece como causa de disolución del matrimonio la declaración de fallecimiento del cónyuge. En este sentido, aunque el cónyuge le “guarda ausencia”, y no haya vuelto a contraer matrimonio, el matrimonio inicial no se mantiene. La declaración de fallecimiento provoca inexorablemente la disolución del matrimonio, quiera o no quiera el cónyuge presente, dado que la misma tiene eficacia *erga omnes*, y la reaparición del declarado fallecido no produce la recuperación de la relación conyugal. Lo primordial es la seguridad jurídica, asentada en una declaración judicial de fallecimiento al concurrir los requisitos previstos. Además, es significativo que, desde el punto de vista moral, quien es declarado fallecido no siempre ha obrado de buena fe, sino que, en muchos casos, su desaparición sin noticias, su ausencia y falta de comunicación, será constitutiva de un abandono de familia, por lo que no parece que se le deba conceder el derecho de reanudar el vínculo matrimonial³⁸.

³⁵ Vid. SAP ASTURIAS 228/2003 (JUR\2003\268479) F.J 1º Vid. **ANEXO N°3** en relación a la demanda sobre eficacia civil de nulidad dictada por tribunal eclesiástico.

³⁶ **GUINEA FERNÁNDEZ, D.R.**, *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, 2011, Primera edición

³⁷ **LASARTE, C.** *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI* Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, Sexta edición. Pág. 121

³⁸ **GUINEA FERNÁNDEZ, D.R.**, *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, 2011, Primera edición.

Concluyendo, la resolución judicial firme de declaración de fallecimiento se equipara en nuestro Derecho actual a la muerte como causa de disolución del matrimonio. Es importante tener en cuenta además que la posterior resolución dejando sin efecto la declaración de fallecimiento – por reaparición del declarado fallecido – no constituye causa de nulidad del matrimonio posterior del cónyuge supérstite. Y es por ello que, con la mencionada declaración de fallecimiento, “no se presume la disolución del matrimonio, sino que se disuelve efectivamente”.

En nuestro caso, constando que la declaración de fallecimiento de Manolo se realizó siguiendo todos los requisitos establecidos por la Ley, y se cumplieron los plazos señalados en la misma, cabe entender que se produce necesariamente la disolución del vínculo matrimonial. De este modo, Manolo no tendría a su favor acción alguna para disolver el nuevo matrimonio contraído por María, ya que, de acuerdo con lo expuesto, con la declaración de fallecimiento se produce la disolución del vínculo matrimonial, pudiendo así el cónyuge supérstite contraer con total libertad nuevas nupcias, generando pues un vínculo jurídico totalmente válido, que no puede quebrarse por el hecho de reaparecer el citado Manolo. En todo caso, Manolo podrá tomar medidas en lo que respecta a lo previsto por el derecho canónico para poner fin a éste.

Cuestión Segunda

**TENTATIVA DE ASESINATO
Y VALIDEZ DE INTERVENCIONES TELEFÓNICAS**

1. El delito de asesinato

Tal y como afirma MORALES PRATS³⁹, esta figura delictiva nació pensada para regímenes punitivos que preveían la pena capital o la cadena perpetua, de modo que se dotaba de mayor penalidad, otorgándole signos de identidad propios y configurándolo como un delito autónomo y más grave. Sin embargo, con la desaparición de la pena de muerte, muchos ordenamientos continuaron la regulación de esta figura con sustantividad propia. En palabras de este autor, los argumentos fundamentadores de la existencia del delito de asesinato de manera autónoma, dominantes en la doctrina actual, se basan en criterios centrados en el mayor injusto o culpabilidad que presentan las distintas circunstancias de la conducta típica. Aunque criminológicamente pudiera haber tenido unas connotaciones especiales, lo cierto es que, en su actual regulación positiva, el asesinato no es sino un homicidio agravado, que no constituye una figura de distinta naturaleza⁴⁰.

El artículo 138 del CP castiga al que matare a otro, exigiendo la concurrencia de los siguientes elementos o requisitos:

- a) La destrucción de una vida humana mediante la actividad del sujeto activo.
- b) La relación causal entre esa conducta y el resultado (la muerte).
- c) La existencia de un "animus necandi", o ánimo de matar, el cual puede ser directo o eventual⁴¹.

1.1 Regulación y Ley aplicable al caso

El delito de asesinato aparece regulado en el Título Primero del Libro II de C.P, bajo la rúbrica "Del homicidio y sus formas", arts. 139 y 140. El hecho de que esta figura delictiva se encuentre aquí ubicada, hace patente que constituye un homicidio cometido en determinadas circunstancias con carácter específico.

Con la reforma del C.P operada por la ley 1/2015, se incrementan las penas en relación a este tipo de delitos. Debido a que los hechos relatados ocurren con anterioridad a la entrada en vigor de esta modificación cabe plantearse el problema de la determinación de la ley aplicable. El art. 25CE prohíbe la irretroactividad respecto de las normas que definan conductas punibles, por lo que deja abierta la puerta a normas de distinto contenido. El art. 9.3CE garantiza la irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales. De este modo, a la hora de aplicar el C.P no existe más dudas que la de determinar lo que se considera ley más favorable para el reo⁴², en este caso, el CP de 1995.

³⁹ MORALES PRATS, F. *Comentarios Código Penal (Tomo II)*, Diciembre de 2008 (BIB 2008\3116)

⁴⁰ AAVV. SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C (Coord.) *Manual de Derecho Penal (Tomo II) Parte especial* Quinta edición, Valencia, 2008 Pág. 69

⁴¹ SAP Palmas núm.7/2010 de 1 de febrero (JUR 2010\135791) FJ 2º.

⁴² El art. 9.3CE garantiza la irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales. En la nueva redacción dada por la reforma operada en 2015 se castiga con pena de prisión de quince a veinte años al condenado por delito de asesinato. Además se añaden los apartados 1.4º y 2 del art. 149 CP.

1.2 Circunstancias del delito.

Tras la modificación operada por el CP de 1995 (que eliminó la premeditación conocida y la inundación, incendio, veneno y explosivo) son tres las circunstancias que configuran este delito: alevosía; precio, recompensa o promesa y ensañamiento. La única presencia de una de ellas ya configura el delito de asesinato. Sin embargo, en el caso de que concurren dos o más de estas agravantes nos encontramos ante la conducta típica especificada en el art. 140 CP, y que numerosa doctrina ha denominado como “asesinato supercualificado”⁴³.

1.3 Especial mención a la alevosía

De acuerdo con lo establecido en el art. 22.1º CP *hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*. Así, el fundamento de esta reside en el empleo de medios, formas o modos que tiendan al aseguramiento de la ejecución del delito con evitación de los riesgos que pudieran derivarse de la defensa de la víctima.

1.3.1 Requisitos

Se establecen jurisprudencialmente los requisitos necesarios para la apreciación de esta circunstancia⁴⁴. Son los siguientes:

- a) Un elemento normativo, es decir, que concorra en cualquiera de los delitos contra las personas
- b) Un elemento instrumental, referido al aseguramiento del resultado sin riesgo para el autor, eliminando la defensa que pudiera tener la víctima, lo que pone de relieve su pretensión de aseguramiento de la ejecución. El uso de medios o formas objetivamente adecuados para eliminar la posibilidad de defensa, sin que sea necesario el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- c) En tercer lugar, un ámbito tendencial, es decir, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de medios, modos o formas empleados sino también sobre su utilización tendente a asegurar la ejecución y a impedir la defensa del ofendido, eliminando conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para el agresor una eventual reacción defensiva de aquél.
- d) Y en último lugar, que se aprecie como consecuencia una mayor antijuricidad en la conducta realizada, y que se derive de la misma una mayor repulsa social de la acción de la que ya intrínsecamente lleva aparejado el acto delictivo.

1.3.2 Modalidades

Son tres las modalidades que jurisprudencialmente⁴⁵ se configuran respecto de la alevosía:

1. La proditoria o traicionera, caracterizada por la trampa, la emboscada o traición.

⁴³ AAVV. SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C (Coord.) *Manual de Derecho Penal (Tomo II) Parte especial* Quinta edición, Valencia, 2008 Pág. 69

⁴⁴ Vid. entre otras STS núm. 683/2007 de 17 de julio (RJ\2007\3798) F.J9; STS núm. 815/2005 de 15 de junio de 2005 (RJ 2005\5361), STS 16 de octubre de 1985 (RJ 1985\4996) STS núm.322/1999 de 5 marzo de 1999 (RJ 1999\1295), STS núm.1866/2002 de 7 de noviembre (RJ 2002\10074) etc.

⁴⁵ Vid. entre otras STS núm. 683/2007 de 17 de julio (RJ\2007\3798) F.J9; STS 169/2003 de 10 de febrero (RJ 2003\2438); STS núm. 1015/1997 de 9 de Julio de 1997 (RJ 1997\5749); STS núm. 382/2001 de 13 de marzo (RJ 2001\1353); STS núm. 178/2001 de 13 de febrero (RJ 2001\1256); STS núm. 1031/2003 de 8 de septiembre (RJ 2003\6352) etc.

2. La súbita, sorpresiva o inapropiada, cuando el agente desencadena el ataque estando totalmente desprevenido el ofendido. Es precisamente este carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, ya que, o bien no se espera el ataque o, al menos, no en esta medida desproporcionada.
3. La alevosía por desvalimiento, singularizada por el aprovechamiento por parte del culpable de una especial situación de desvalimiento, lo que sucede cuando el individuo es un menor de corta edad, un anciano, se halla privado de sentido, gravemente enfermo, dormido o en estado de ebriedad⁴⁶.

1.3.3 Compatibilidad con la enajenación mental

Sentencias como la de, TS de 3 de junio de 1991⁴⁷ admiten la compatibilidad de la alevosía y la enajenación mental incompleta, toda vez que las alteraciones psíquicas no impidan al agresor tener un grado de consciencia suficiente para captar el alcance del medio empleado y la forma de agresión. No obstante la respuesta jurisprudencial es reiterada, el deterioro de las facultades cognitivas es conciliable con la modalidad alevosa sorpresiva⁴⁸.

Con relación a la compatibilidad de la circunstancia de alevosía y la enajenación mental completa, tradicionalmente, la jurisprudencia no la admitía, pero en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de TS de 26 de mayo de 2000 la Sala consideró que cuando el sujeto acusado por la comisión de un delito está exento de responsabilidad criminal por enajenación, o por sufrir cualquier anomalía o alteración psíquica de la que se derive la incomprensión de la ilicitud del hecho, el elemento subjetivo del tipo penal pierde su significación como graduador de la mayor o menor capacidad de culpabilidad del agente, para convertirse en un dato que hubiese permitido la correcta calificación penal del hecho en caso de ser declarado responsable penalmente. Se trata así de una especie de ficción legal que permite al Tribunal la aplicación de una medida de seguridad, al faltar el elemento subjetivo del tipo⁴⁹.

1.3.4 Compatibilidad con circunstancias atenuantes de arrebató, obcecación, o estado pasional

Se encuentran estas circunstancias previstas dentro de la atenuante tercera del art. 21 CP, denominada “estado pasional”. Tanto el trastorno mental transitorio como la obcecación requieren de un impulso externo de suficiente intensidad como para provocar la alteración en el ánimo del sujeto, más explosiva y de menor duración en el trastorno y más asentada en la obcecación⁵⁰. La jurisprudencia ha diferenciado el arrebató y la obcecación. El arrebató ha sido definido como una especie de *conmoción psíquica o furor* con una fuerte carga emocional súbita y de escasa duración. La obcecación, por su parte, como *un estado de ceguera u ofuscación*, caracterizándose por su persistencia y la prolongación de la explosión emocional que representa⁵¹.

⁴⁶ La doctrina mayoritaria de la jurisprudencia del TS se inclina en estos casos por calificar el hecho como asesinato con la concurrencia de la alevosía (STS 15 febrero de 1988 (RJ 1988\1060) por ejemplo). Como ha reiterado una parte de la doctrina, esta calificación es contraria con el carácter tendencial de la circunstancia, que requiere que el sujeto haya elegido o buscado los medios o formas de ejecución del delito, por lo que estos supuestos la calificación más pertinente sería la de homicidio con la concurrencia de la agravante genérica de abuso de superioridad Vid. STS núm. 1617/2003 de 2 de diciembre núm. (RJ 2003\9397) en la que se recoge esta interpretación.

⁴⁷ STS de 3 de junio de 1991 (RJ 1991\4483); Vid. también STS núm. 209/1996 de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996\1955) o STS núm. 1537/2000 9 octubre de 2000 (RJ 2000\8267)

⁴⁸ Vid. STS 23 de abril de 1988 (RJ 1988\2853), 22 de febrero de 1989 (RJ 1989\1635)

⁴⁹ PRATS CANUT, J.M; *Comentarios al Código Penal (Tomo I)*, Diciembre, 2008

⁵⁰ STS núm. 683/2007 de 17 de julio (RJ\2007\3798) FJ 10º.

⁵¹ STS núm. 390/2013 de 29 de abril (RJ\2013\4343) FJ 6º

Los elementos que configuran esta atenuante según criterios jurisprudenciales son los que se referencian a continuación. En primer lugar, la concurrencia de una causa o estímulos exógenos. Esta causa ha de ser poderosa para poder entender (que no justificar) la reacción del actor. En segundo lugar, es necesario que esta reacción no sea repudiable por las normas socioculturales que rigen la convivencia en democracia. En tercer lugar, se exige prontitud de la reacción. Por otro lado, se exige también que exista proporcionalidad, ponderando así las específicas circunstancias contextuales. Además, ha de producir un efecto en el sujeto, consistente en la alteración de su estado de ánimo, de modo que, sin llegar a integrar un trastorno mental transitorio, ni consistir en una mera reacción colérica o de acaloramiento, reduzca la voluntad e inteligencia del autor, disminuyendo la imputabilidad del sujeto, debiendo así existir una relación temporal entre causa y efecto⁵².

1.3.5 Compatibilidad con discusión previa

De acuerdo con lo previsto en la STS núm. 826/2002 de 10 de mayo⁵³ existe compatibilidad de alevosía y discusión previa cuando uno de los contendientes no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que vaya más allá de la confrontación verbal y se desvirtúa hacia una agresión desproporcionada que coja por sorpresa al acometido. Puede entenderse así que la riña tiene dos fases: una primera de confrontación mutuamente consentida; y una segunda en la que el autor se desmarcaría de los términos en los que hasta entonces se había venido discurriendo la contienda⁵⁴.

1.3.6 Compatibilidad con el abuso de confianza

Alberga el apartado sexto del art. 22CP la circunstancia agravante de abuso de confianza. El TS ha señalado en la STS de 7 de junio de 2007⁵⁵ que los ataques sorpresivos y a traición de la alevosía implica por el autor un cierto grado de confianza de la víctima que no espera tal agresión. Se basa en este estado de confianza entre el agresor y la víctima la neutralización de una eventual prevención sobre la posibilidad de una agresión letal, favoreciendo la acción sorpresiva el desamparo de la víctima respecto a las posibilidades de esta de defensa⁵⁶. La jurisprudencia del TS reduce la alevosía sólo al aprovechamiento de la indefensión de la víctima, por lo que es claro que la agravante de parentesco, o abuso de confianza puede concurrir con la de alevosía⁵⁷.

Recordemos que la alevosía, además de agravante genérica del art.22 CP es específica para diferenciar el simple homicidio del asesinato. La compatibilidad de ambas parece posible, ya que nada impide la concurrencia de estas dos agravantes, una específica y otra genérica. Es más grave la conducta de quien se beneficia de la confianza para llevar a cabo la acción delictiva mediando abuso de confianza o parentesco, de aquella otra del que se vale exclusivamente de la fuerza física para cometer el delito⁵⁸.

1.4 Configuración de la tentativa

Aparece regulada la tentativa en el art. 16.1 CP, definida del siguiente modo: *hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.* Así, puede

⁵² STS núm. 2129/2007 de 29 de noviembre (JUR\2008\11255) FJ único, y STSJ Castilla la Mancha núm.7/2009 de 6 de noviembre (SP/SENT/492081) FJ 6º

⁵³ STS núm. 826/2002 de 10 mayo (RJ 2002\6909)

⁵⁴ AA.VV VERA SÁNCHEZ, J (coord.) *Manual de Derecho Penal Parte Especial (Tomo I)* Valencia, 2015. Pág.37

⁵⁵ STS núm. 492/2007 de 7 junio. (RJ 2007\4745)

⁵⁶ STSJ País Vasco núm. 2/2008 de 17 de marzo (SP/SENT/166552) FJ 7º.

⁵⁷ STS núm. 826/2002 de 10 de mayo (RJ 2002\6909)

⁵⁸ STSJ de Murcia núm. 3/2015 de 19 de junio (SP/SENT/817983) FJ.4º

desprenderse que la distinción entre tentativa y consumación radica fundamentalmente en el grado puramente objetivo de la fase de ejecución del delito. Esta diferenciación tiene posteriormente una consecuencia a la hora de determinar la pena aplicable, ya que en la consumación, el desvalor de la acción es mayor. De acuerdo con lo previsto en el art. 62 CP, a los autores en grado de tentativa se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, atendiendo al peligro inherente, al intento y al grado de ejecución alcanzado.

La atenuación de la pena en caso de ejecución imperfecta del delito ha llevado a un sector de la doctrina española a ver el fundamento de castigo de la tentativa como un criterio objetivo, es decir, debido a su proximidad a la lesión del bien jurídico protegido, ya que, desde el punto de vista subjetivo, tanto en un caso como en otro, la voluntad del sujeto es la misma. De acuerdo con MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN⁵⁹, la tentativa no es más que una causa de extensión de la pena, que responde a la necesidad político-criminal de extender la conminación penal prevista para los tipos penales para el caso de consumación de los mismos, a conductas que, aunque si bien es cierto no consumen el delito, están muy próximas a ello y se realizan con la voluntad de conseguirlo.

1.5 Valoración y consecuencias jurídicas de la conducta de María frente a Manolo

De acuerdo con la descripción realizada de los hechos en el planteamiento del supuesto, podemos entender que la conducta realizada por María hacia Manolo se encuadra dentro de un delito de asesinato previsto en el art. 139 CP en grado de tentativa.

Entendemos, pues, que la calificación de asesinato que se desprende del relato de los hechos es correcta, ya que podemos apreciar la agravante de alevosía. Siguiendo el criterio jurisprudencial, si entendemos que la esencia de la alevosía es la indefensión de la víctima, no cabe duda que en el caso de golpear al marido con un objeto, y posteriormente arrojarle al mar, es claro que el sujeto pasivo no ha tenido posibilidad de defensa. Responde así María como autora, de acuerdo con lo previsto en el art. 28 CP.

Como indicamos anteriormente, cabe la posibilidad de alevosía dentro de un contexto de discusión y riña mutuamente aceptada en el caso de que no se pueda prever por la víctima la agresión que se va a producir. Si bien es cierto, que podría aplicarse la atenuante analógica de arrebató a María como consecuencia de las revelaciones hechas por Manolo, sin embargo, a nuestro juicio, la reacción de ésta, dista mucho de ser excusada al entender que es una reacción radicalmente deleznable dentro de nuestro orden socio cultural y claramente desmedida.

Por lo que se refiere a circunstancias agravantes, podemos entender, por un lado, que se aplicará la agravante de abuso de confianza, ya que, reiterando lo expuesto anteriormente, puede aplicarse junto con la alevosía. En este caso, se aprecia la alevosía por el hecho de tirar al mar a Manolo para asegurar así el resultado, por lo que, aunque el factor sorpresivo se desprende de la relación de parentesco, nada obsta para aplicar también esta agravante genérica sin incurrir en *bis in idem*.

Por ello, al castigarse con una pena de prisión de quince a veinte años el delito de asesinato, y al establecerse en el art.62CP que se impondrá la pena rebajada en uno o dos grados por la tentativa, se establece la pena base de prisión de siete años y seis meses a quince años menos un día en el caso de rebajar la pena en un grado; o bien, si se rebaja la pena en dos grados, se podrá castigar con prisión de 3 años y nueve meses a siete años y seis meses menos un día. En el caso de aplicar la agravante por abuso de confianza, de acuerdo con el art.66.1.3º CP, se impondrá la pena en la

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCIA ARAN, M; *Derecho Penal Parte General* Séptima edición, Valencia 2007 Pág. 412 y ss.

mitad superior, por lo que, será castigada María con una pena de prisión de nueve años cuatro meses y quince días más un día a quince años menos un día.

2. La prueba ilícita en relación con las intervenciones telefónicas

2.1 Normativa

El derecho al secreto de las comunicaciones se consagra de manera explícita en el art. 18.3 CE, estableciéndose como único límite al mismo la decisión judicial. En el ámbito internacional, el derecho que nos ocupa se encuentra recogido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España mediante instrumento el 26 de Septiembre de 1979. Asimismo se contempla en los arts. 12 de la Declaración Universal de 1948 y 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España 13 de abril de 1977. Por su importancia práctica, conviene señalar también la circular 1/1999 de 29 de diciembre de la FGE.

Mediante la LO 4/1988 se reformó la LECRIM, en la que también se contempla el derecho aludido, modificándose el art. 579 en el que se regulaba la intervención y escucha de conversaciones telefónicas durante la fase de instrucción del proceso penal. Esta reforma, sin embargo, fue muy defectuosa, puesto que el supuesto resultó poco preciso y las lagunas derivadas del mismo condujeron a que se desarrollara el precepto fundamentalmente por la jurisprudencia del TC y del TS. En el año 2015 se produjo una reforma de la LECRIM mediante la LO 13/2015 de 15 de octubre, modificándose en profundidad. Dicha reforma fue impulsada fundamentalmente por el T.E.D.H, que en diversos supuestos alegó la vulneración del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁶⁰. Se transforma profundamente el acto de investigación que se desarrolla, incluyéndose nuevos artículos (arts. 579 a 588) y modificándose otros. La citada norma entró en vigor a partir del 6 de diciembre de 2015.

En el supuesto práctico que nos ocupa no se establece con claridad en qué fecha se incoan estas escuchas. Consideramos que debe entenderse que se producen los hechos relatados en el supuesto de manera cronológica, por lo que deben entenderse incoadas antes de la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 13/2015. Por este motivo, en el desarrollo de esta cuestión aplicaremos la LECRIM anterior a la reforma.

2.2. Concepto

De acuerdo con lo indicado por GIMENO SENDRA⁶¹, se puede entender la intervención de las comunicaciones como la restricción del derecho fundamental del art. 18.3 CE, efectuada por una resolución judicial motivada⁶², en cuya virtud se autoriza a la policía judicial a entrar en una comunicación o base de datos personal con el objetivo de conocer, recabar, custodiar una noticia, pensamiento o imagen penalmente relevante para su reproducción en juicio oral incoado por la comisión de un delito.

2.3. Presupuestos

De acuerdo con lo que se dispone en el artículo 18.3 CE, es condición indispensable para la intervención telefónica que sea acordada por el juez, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 579.4 LECRIM. Este juez ha de ser competente tanto objetiva (Juez de Instrucción o Juez Central de Instrucción), como territorialmente (lugar donde se haya cometido el delito). El juez que acuerde

⁶⁰ MONTERO AROCA, J; GÓMEZ COLOMER, L; BARONA VILAR, S; ESPARZA LEIBAR, I; ETXEBERRÍA GURIDI J.F “Derecho jurisdiccional III Proceso penal” 23 edición. Valencia, 2015

⁶¹GIMENO SENDRA Cit. por BERNING PRIETO, A.D, “La intervención de las comunicaciones electrónicas”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2012, 2012 Pág. 1

⁶² Vid. ANEXO nº 4 Auto de intervención telefónica.

la medida deberá ser el mismo que instruya la causa, debiendo incluir en autos la resolución por la que se decreta.

En cuanto a los sujetos pasivos, establecía el anterior art.579.2 LECRIM que podría acordarse la intervención al procesado. Dicho art. fue modificado en la reforma de 2015, como consecuencia de su gran imprecisión y los conflictos que desencadenaba, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Por ello, en su redacción actual, ya no establece la necesidad de que el intervenido sea un procesado, sino que se introducen una serie de supuestos en los cuales pueden producirse estas intervenciones⁶³.

En cuanto al tiempo durante el cual se va a llevar a cabo la investigación, también se puede apreciar una serie de modificaciones. En la redacción anterior a la reforma se establecía que la medida podría acordarse por un plazo de hasta tres meses, prorrogándose por iguales periodos. En relación a estas prórrogas la jurisprudencia estableció que éstas no podían sucederse en tiempo de manera ilimitada, ya que ello vulneraría los principios de proporcionalidad y necesidad exigidos en esta materia, concluyendo al respecto que la petición de prórroga con posterioridad al término del plazo de la intervención judicial determina la inconstitucionalidad de las escuchas realizadas en la medida que esos días no están cubiertos por la primera autorización⁶⁴. En la nueva redacción dada a este artículo, se prescribe que el juez puede acordar que las prórrogas se establezcan por períodos inferiores a tres meses, siendo el tiempo máximo permitido para realizarlas de dieciocho meses.

2.4 Requisitos

El TC ha ido elaborando una doctrina exhaustiva sobre los principios básicos sin cuya observancia se produce la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. En primer lugar, hace falta justificar la medida (proporcionalidad), argumentando la existencia de indicios de que mediante la intervención telefónica se van a conseguir importantes datos para acreditar el delito o la participación. Ha de realizarse una detallada motivación ya que, tal y como establecía el artículo 579.2 LECRIM, queda condicionada la autorización de la intervención a que haya indicios suficientes de que con esa medida se podrán obtener importantes datos para la causa penal.

Por otro lado, señala el TC que es necesario el requisito de la especialidad, que se concreta en que, una vez concedida la autorización para la investigación de un determinado delito, no cabe que a través de investigación concedida se realicen otras pesquisas criminales diferentes. Además indica que es necesario un control judicial en el desarrollo de la intervención, es decir, realizar una selección de las grabaciones que sean útiles.

Dentro de los requisitos exigidos para que sea válida la intervención telefónica hay que distinguir entre aquellos que vienen determinados por la legalidad constitucional y aquellos que pertenecen a la legalidad ordinaria. La vulneración de los primeros supone la vulneración del art. 18.3 de la CE y provocan la nulidad del medio de investigación. En cambio, la vulneración de los segundos se refiere a la corrección con que se practica este medio de prueba⁶⁵, dando lugar a su posible anulabilidad⁶⁶.

⁶³ Vid. la nueva redacción del art. 579.2 LECRIM. Se trata de delitos dolosos con penas superiores a los tres años, delitos cometidos en el seno de una organización criminal, así como delitos de terrorismo.

⁶⁴ Vid. **DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.**, *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*, Pamplona, 2010 Pág. 241

⁶⁵ **DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.**, *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*, Pamplona, 2010 Pág. 241

⁶⁶ Vid. **ANEXO n°5**, Recurso de reforma y subsidiario de apelación pidiendo la nulidad de las intervenciones telefónicas y **ANEXO N°6**, Auto desestimando recurso de reforma por el que se interesa la nulidad de las intervenciones telefónicas.

Es reiterada la jurisprudencia que desarrolla los requisitos que han de concurrir para la legitimidad y validez de las intervenciones. Por ejemplo, en el FJ cuarto de la STS número 993/1995 de 6 de octubre⁶⁷, y se señalan los siguientes:

1. La exclusividad de las intervenciones, únicamente se pueden establecer restricciones a este derecho por la autoridad judicial.
2. La finalidad debe de ser exclusivamente probatoria para constatar la existencia de un delito.
3. Debe de ser una medida excepcional, adoptada únicamente cuando no exista otro medio menos lesivo para la consecuente investigación
4. Debe ser proporcional al delito investigado, de modo que únicamente cabe en delitos graves en los que las consecuencias tienen una gran relevancia social.
5. Debe establecerse una limitación temporal de la utilización de esta medida.
6. Debe estarse al principio de especialidad del hecho delictivo, no pudiendo imponerse para la prevención de delitos en general.
7. La medida debe recaer sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas.
8. Debe de existir un procedimiento previo de investigación penal.
9. Debe tratarse de indicios de comisión de delito, y no meras sospechas. Estos indicios como es obvio, debe constatarlos el juez a la vista de los elementos existentes en la causa, no bastando indicios o sospechas policiales, de acuerdo con la STS 25 de junio de 1993⁶⁸, en la cual se establece que la petición policial de que se inicie una investigación judicial tiene que estar suficientemente contrastada en el marco de una investigación.
10. Es exigencia inexcusable el control judicial en la ordenación y desarrollo de esta medida.
11. Por último, es necesario que la resolución judicial acordando la intervención se halle lo suficientemente motivada.

Por su parte, la STS 864/2005 de 22 de junio⁶⁹ sintetiza los requisitos que se refieren al protocolo de incorporación del resultado probatorio al proceso: en primer lugar, la aportación de las cintas; en segundo lugar, la transcripción mecanográfica; en tercer lugar, el cotejo bajo fe del Secretario Judicial de tales párrafos con las cintas originales en el caso de que la transcripción se encargue a los funcionarios policiales; en cuarto lugar, la disponibilidad del material por las partes; y por último, la audición o lectura de las mismas en el juicio oral, dotándolas así de oralidad y de contradicción⁷⁰.

La nueva reforma de 2015 introduce la mayor parte de estos requisitos y presupuestos en su nuevo articulado⁷¹. Se refleja además una nueva interpretación del concepto de intervención telefónica, añadiendo los casos en los que la comunicación es realizada a través de medios telemáticos y por escrito (por ejemplo aplicaciones como Whatsapp).

El art. 536 CP completa la defensa penal del art.18.3 CE, introduciendo el delito que puede cometer la autoridad o funcionario público en el caso de que, mediando una investigación criminal, en el proceso de realizar las intervenciones telefónicas violara garantías constitucionales, castigado dicho delito con una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

2.5 Validez probatoria de las intervenciones telefónicas.

La jurisprudencia considera que la prueba obtenida mediante las escuchas telefónicas es una prueba indiciaria o indirecta, incluso en los casos en los que el imputado se autoincrimine en la

⁶⁷ STS 993/1995 de 6 de octubre (RJ 1995\7595)

⁶⁸ STS 25 de junio de 1993 (RJ 1993\4746)

⁶⁹ STS 864/2005 de 22 de junio (RJ 2005\5516)

⁷⁰ **LOPEZ FRAGOSO- ALVAREZ, T.** *Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*, Madrid, 1994 Pág.81 y ss.

⁷¹ Vid. arts. 579 a 588 LECRIM

conversación telefónica, puesto que no se trata de una confesión, ni de un testimonio, si las manifestaciones captadas provienen de un tercero. No pueden entenderse estas conversaciones como un acto procesal, no teniendo en ningún caso un valor igual al realizado en una declaración ante la autoridad judicial. Es por ello, que la ley prevé una serie de garantías para evitar la total indefensión de las partes afectadas por las escuchas, permitiéndose diligencias como la pericial.

2.6 Descubrimiento casual de hechos.

Por descubrimiento casual debemos entender la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derecho. La duda a despejar es si se debe otorgar verdadero valor probatorio a ese descubrimiento o si, por el contrario, la circunstancia de que el hallazgo no corresponde con la finalidad originaria de la diligencia, da lugar a privarle de eficacia probatoria. Parte de la doctrina (minoritaria) ha venido a entender que solamente se podría aceptar como prueba en los casos en los que los delitos fueran conexos y su descubrimiento fortuito⁷².

Antes de la reforma de la LECRIM no existía mención alguna respecto al descubrimiento de nuevos hechos al hilo de una distinta investigación. Esta se introdujo con la reforma del art. 579 bis, en el cual se establece que el resultado de las escuchas podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal, señalándose que será imprescindible acreditar la legitimidad de la injerencia, incluyéndose en el nuevo proceso la resolución que motivó la escucha en el procedimiento de origen. Además establece como necesaria para la continuación con la investigación de este nuevo delito descubierto casualmente la autorización del juez competente, que debe analizar la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida para su propio procedimiento.

Según LOPEZ-FRAGOSO⁷³, se debe distinguir entre la función probatoria y la función investigadora. En su opinión, cuando nos encontramos en el primer caso, los descubrimientos casuales no pueden ser utilizados como fuente de prueba en un proceso distinto, limitándose su posible utilización en el caso de que se trate de delitos conexos, según lo establecido en el art. 17 LECRIM. En cambio, en el supuesto de la función investigadora, los hallazgos podrían actuar como sospecha o “*notitia criminis*”, pudiendo dar lugar a la incoación de una nueva instrucción para la averiguación del nuevo hecho⁷⁴. Por su parte, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO⁷⁵ afirma que en nuestro ordenamiento, siguiendo la doctrina alemana e italiana, en caso de que el descubrimiento se realizara cuando se seguía el procedimiento con garantías constitucionales, los resultados hallados gozan de plenos efectos probatorios siempre que la gravedad de los mismos pudieran haber justificado la adopción de dicha medida, incluso en aquellos supuestos en los que la nueva información incrimine a personas totalmente ajenas a la primera investigación, tesis ésta que ha sido acogida en el Auto del TS de 21 de julio del 2000⁷⁶.

⁷² Vid. DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Ed. Civitas, Madrid, 2001 Págs. 176 y ss.

⁷³ LOPEZ FRAGOSO- ALVAREZ, T. *Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*, Madrid, 1994 Pág.81 y ss

⁷⁴ Establece la STS núm. 1762/1994 de 11 de octubre (RJ\2994\8170), así como la STS núm. 792/1997 de 30 de mayo (RJ\1997\4444) en sus FF.JJ 2º que no puede renunciarse a investigar la “*notitia criminis*” incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque sin embargo, es necesaria una nueva autorización judicial específica o bien, en el caso de que se trate de supuestos que no guarden relación con lo que se estaba investigando, iniciar una causa totalmente diferente. Otra cosa, significaría la impunidad de un grave delito.

⁷⁵ Vid. GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, cit. en DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A., “*La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*”, Pamplona, 2010. Pág. 388

⁷⁶ ATS núm. 2068/2000 de 21 julio. RJ 2000\7514

El precitado artículo 579 bis ha venido a regular lo que la jurisprudencia lleva años resolviendo al respecto. La STS núm. 440/2006 de 7 de abril⁷⁷ establece en su F.J segundo que es requisito indispensable y reiterado jurisprudencialmente que para la validez de las escuchas de estos nuevos hechos casuales, y la consiguiente ampliación de la intervención al nuevo hecho descubierto, es necesario ponerlo en conocimiento inmediatamente del juez que esté conociendo del asunto principal. Además, como resulta obvio, la ampliación de la intervención al nuevo delito descubierto no puede llevarse a efecto antes de que aparezcan indicios de su comisión. La STS núm. 545/1998 de 13 enero de 1999⁷⁸, en su F.J segundo, establece que no cabe que se investiguen acciones criminales distintas por las que fue conocida la autorización, por lo que, de existir hechos no previstos en la solicitud inicial, deberá extenderse una nueva licencia judicial de escucha. Este principio de especialidad de las escuchas ha sido matizado por la jurisprudencia, entendiéndose que sólo se vulnera en el caso de que se produzca una novación del tipo penal investigado.

En el auto del TC número 400/2004 de 27 de octubre⁷⁹ se establece en su F.J segundo que, además de la inmediatez de comunicación al juez que esté conociendo del primer caso, los órganos judiciales *a quo*, examinando el problema, pueden utilizar los hallazgos casuales para deducir actuaciones contra los que resultaran implicados en un delito grave por las mismas⁸⁰.

El auto de la AP de Lugo núm. 767/2014 de 14 de octubre⁸¹ declara la nulidad de las escuchas ya que, ante la nueva “*notitia criminis*”, al ponerla la policía en conocimiento del Juzgado que estaba conociendo del anterior procedimiento, la jueza instructora opta por actuar como es procedente, y así, no habiendo conexidad entre una y otra, incoa una nueva causa por delito diferente, pero, en cambio, se arroga competencia para continuar conociendo por estos hechos, vulnerándose de este modo el derecho al juez predeterminado por la Ley.

En conclusión, lo exigido jurisprudencialmente para que los hallazgos puedan ser perseguidos es que el Juez controle la ampliación del inicial objeto investigado y de esa manera exista una cobertura suficiente para la persecución de nuevos hechos delictivos⁸².

En el caso que nos ocupa entendemos, en atención a todo lo expuesto, que se cumple la necesidad de las escuchas para la investigación de los presuntos delitos de narcotráfico de Marcial, ya que, como reitera la jurisprudencia, como por ejemplo, la STS número 362/2011 de 6 de mayo⁸³, los delitos de narcotráfico están enmarcados dentro de los delitos graves, por lo que es posible el método de investigación telefónica como medio de investigación. El hecho de que en el transcurso de estas escuchas se averigüe de manera fortuita el presunto delito de María hacia Manolo implicaría la necesaria incoación de una nueva fase de instrucción para la investigación del mismo. Además, el delito descubierto es un delito grave, por lo que, en otra situación, cabría también realizar escuchas para la investigación. De acuerdo con lo establecido anteriormente, es importante señalar que en este caso no se trata de un delito conexo de los previstos en el art. 17 LECRIM, por lo que sería necesaria la incoación de un nuevo procedimiento totalmente independiente. Reiterada jurisprudencia defiende que este tipo de descubrimientos casuales no vulnera el art.24 CE, es decir, no vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo, ya que la incoación de una nueva fase de

⁷⁷ Vid. STS núm. 440/2006 de 7 de abril (RJ\2006\2247) F.J 2º y SJP Sevilla núm. 272/2005 de 29 de Julio (SP/SENT/73318) F.J 2º

⁷⁸ STS 545/1998 de 13 de enero (RJ\1999\392) F.J 2º

⁷⁹ ATC 400/2004 de 27 de octubre (RTC\2004\400 AUTO) F.J2º

⁸⁰ Vid AAP de Pontevedra núm.132/2000 de 29 de diciembre de 2000 (JUR 2001\81273) en su FJ 2º y tercero; en la STS núm. 694/de 20 de junio de 2003 (2003 RJ 2003\4359),FJ 2º

⁸¹ AAP de Lugo (2ª) 767/2014 de 14 de octubre (SP/AUTRJ/787339) F.J 3º Y 4º

⁸² **DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A.**, *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*, Pamplona, 2010 Pág. 390

⁸³ STS 362/2011 de 6 de mayo (SP/SENT/632548)

instrucción y la apertura del juicio oral dotan de oralidad y de contradicción a estas escuchas, no vulnerándose ,por tanto, el derecho de defensa.

Cuestión Tercera

VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA Y QUEBRANTAMIENTO DE ORDEN DE ALEJAMIENTO

1. Concepto violencia de género y violencia doméstica

De manera sintetizada puede entenderse por violencia doméstica la que se produce en el núcleo familiar⁸⁴, y la violencia de género la que tiene por objeto la protección de la mujer que ha sido víctima de su marido o pareja estable, haya o no convivencia y donde debe hacerse constar que la agresión se produjo como consecuencia de una afán de dominación del hombre sobre la mujer⁸⁵.

En cuanto a la denominación, existe una gran confusión ya que en el mismo contexto se puede utilizar “violencia doméstica”, “violencia familiar”, “violencia de género” etc. El término “violencia de género” se generaliza a partir de la IV Conferencia Mundial de Mujeres de Pekín auspiciada por la ONU y celebrada en 1995⁸⁶.

En sentido amplio, el término violencia doméstica comprendería cualquier acción u omisión vejatoria o similar de uno o varios miembros de la familia contra los otros. No obstante, razones de coherencia y sistemática hacen considerar el concepto de violencia doméstica como violencia de género en el ámbito familiar “todas aquellas situaciones de amenazas, malos tratos físicos o psíquicos y agresiones sexuales ocasionadas a la mujer dentro del ámbito familiar, de pareja o de cualquier otro tipo de convivencia, así como a los hijos menores”⁸⁷. La distinción entre dos clases de violencia surge como elemento justificante, a partir de la LO 1/2004, residiendo el factor de distinción a efectos penales en el desvalor de cada violencia. Pero, reiterando lo expuesto, no existe un uso uniforme de estos dos conceptos en la jurisprudencia. La violencia de género pretende destacar de manera específica la situación de subordinación y desigualdad, así como la mayor vulnerabilidad, mientras que la violencia doméstica aparece a efectos penales como un aspecto subsidiario, reduciéndose a que ésta vulnerabilidad tiene su origen en la confianza derivada de la relación de parentesco⁸⁸.

En cuanto a estas diferencias existe también discrepancia en la doctrina. Siguiendo a FUENTES OSORIO⁸⁹ cabe hacer mención a distintos puntos de vista de los autores. Por su parte,

⁸⁴ Se extiende a todas las personas que conviven dentro del ámbito familiar, otorgando una especial protección a la víctima precisamente por este motivo. En cuanto a los sujetos pasivos de este tipo de violencia pueden ser: el cónyuge o persona que este o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, siempre que convivan con el autor del delito; menores o incapaces que conviven con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; la persona amparada en cualquier otra relación que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar del agresor; las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

⁸⁵ La violencia de género es aquella que comprende todo acto de violencia física o psicológica cuando hay o ha habido una relación afectiva o sentimental análoga a la conyugal entre agresor y la víctima, y que surge como manifestación del ejercicio de poder del hombre sobre la mujer, con independencia de que haya o no convivencia. El sujeto pasivo en este caso son las mujeres víctimas que han tenido o tienen alguna vinculación con el agresor, aunque también pueden ser víctimas indirectas los descendientes del agresor o de la esposa y los menores o incapaces que convivan también con el agresor o se hallen sujetos a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

⁸⁶ Los tribunales españoles están asumiendo esta denominación (Vid. SJP nº1 de Sevilla, núm. 568/1999 de 26 de noviembre (JUR 2001\102494) F.J 1º), donde se describe en su F.J primero de manera precisa la violencia de género en un caso de violencia habitual.

⁸⁷ Encuentros “Violencia Doméstica” C.G.P.J. P.44

⁸⁸ Vid. ANEXO 7 en relación con la aplicación del agravante de parentesco.

⁸⁹ FUENTES OSORIO, J.L., *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 16 Pág.21

CORCOY⁹⁰ no diferencia estas dos figuras, alegando que en nuestra legislación especial no se contemplan todos los casos de violencia contra la mujer, criticado esto, puesto que diluye aspectos como el objeto, sujeto y fin de la violencia. Por otro lado, FARALDO⁹¹ las distingue indicando al respecto que la violencia de género pone el acento en el carácter estructural de la violencia en el contexto de la pareja, mientras que la doméstica es más amplia. FUENTES SORIANO⁹² mantiene esta distinción, pero, sin embargo, pone de relieve que la violencia doméstica que sufre la mujer es diferente de otras agresiones. LARRAURI⁹³ insiste en que la violencia doméstica tiene un carácter subsidiario

2. Regulación y Ley aplicable.

La evolución legislativa parte de la introducción de la violencia doméstica en el C.P de 1989 hasta la LO 1/2004 de 28 de diciembre, LOVG, que culmina una etapa legislativa caracterizada por la adopción de fuertes medidas de lucha contra la violencia doméstica y de género. El 30 de abril de 1998, en el Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, se tomó la decisión gubernamental de impulsar una serie de medidas legislativas tendentes a la modificación del CP y de las leyes procedimentales, materializándose en las LL.OO 11/1999 de 30 de abril y 14/1999 de 9 de junio. Entre los aspectos más destacados, se introdujeron las penas accesorias de prohibición de aproximación a la víctima y comunicación. Posteriormente, con la LO 11/2003 de 29 de septiembre, *de Medidas Concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de Extranjeros*, aparecen nuevas figuras de lesiones, maltrato y amenazas elevándolas a la categoría de delitos⁹⁴. Además se produce una ampliación de los sujetos pasivos del delito de violencia habitual del art. 173.2 C.P, de lo que derivan tres tipos de violencia: doméstica, de género y asistencial. El 7 de mayo de 2004, como consecuencia del Plan de medidas urgentes para la prevención de la violencia de género aprobado por el Consejo de Ministros, se acuerda la promulgación de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* por la que se empieza a considerar la problemática de la violencia de género de manera unitaria, tratando de impedir la dispersión legislativa⁹⁵.

Entre las sucesivas reformas destacan las realizadas en el ámbito procesal, con la creación de la orden de protección⁹⁶, la reforma de la prisión provisional⁹⁷, así como la creación de los JVM⁹⁸, estableciéndose en los arts. 87 ter LOPJ y 14.5 LECRIM sus competencias. Además se produce la nueva configuración y ubicación sistemática del delito de violencia habitual en el art. 173.2 C.P, así como la creación de penas y medidas y la nueva regulación del quebrantamiento de las mismas⁹⁹.

⁹⁰ Vid. CORCOY Ob. Cit. FUENTES OSORIO, J.L., *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013 núm.16

⁹¹ FARALDO CABANA, “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista Penal*, núm. 17, Enero 2006.

⁹² FUENTES SORIANO, O; *Las medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor* (SP/DOCT/3492).

⁹³ Vid. LAURRI Ob. Cit. FUENTES OSORIO, J.L., *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013

⁹⁴ Vid. arts. 148.4 y 5; 153; 171.1 y 2 C.P

⁹⁵ AA.VV SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. (coord.) *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial*. Quinta edición, Madrid, 2008. Pág. 115

⁹⁶ Vid. arts. 544 ter. LECRIM

⁹⁷ Vid. arts. 503 y 544 bis LECRIM

⁹⁸ Es importante señalar el derecho a la justicia gratuita de las mujeres víctimas de violencia doméstica. Vid. ANEXO N°8, solicitud.

⁹⁹ Vid. art. 482.2 CP

Con la reforma del C.P introducida por la LO 1/2015 se producen nuevas modificaciones en esta materia¹⁰⁰.

Debido a que los hechos objeto de resolución en el caso que nos ocupa son de fecha anterior a la entrada en vigor de la nueva reforma del C.P cabe plantearse el problema de la determinación de la ley aplicable. Nos remitimos en este punto a lo expuesto en el 1.1 de la Cuestión Segunda en cuanto a determinación de tal problema.

3. Lesiones en el ámbito de la violencia de género.

Conforme a la LOVG, en línea de la Decisión del Parlamento Europeo 293/2000 (programa Daphne), la especial protección abarca a las mujeres así como a las personas vulnerables en el ámbito doméstico. Sentencias, como la del TS núm. 1117/2009, señalan como bien jurídico la paz y la armonía familiar. Sin embargo, se aprecian distintas concepciones en cuanto al bien jurídico protegido en la jurisprudencia de las AAPP: integridad moral, salud individual y pacífica convivencia y armonía familiar, salud individual indirectamente, e integridad moral inmediatamente etc.¹⁰¹

En cuanto a los caracteres que debe tener esta violencia, en primer lugar señalar que el sujeto activo será un hombre y el pasivo una mujer o persona especialmente vulnerable. En segundo lugar, que debe existir una relación de afectividad, ser o haber sido cónyuges o análoga relación (*demanda de afecto*). Por otro lado no es preciso que exista convivencia. Y por último, por expresa imposición del art. 1 de la LO 1/2004 es necesario que la violencia sea una manifestación de la discriminación hacia la mujer, una situación de desigualdad.

La violencia puede ser tanto física como psíquica. Si la concreta entidad de los resultados lesivos puede ser acreditada y revisten especial gravedad, se aprecia concurso de delitos con lesiones. En ausencia de parte facultativo sobre la entidad de los resultados, sólo podrá aplicarse el tipo del art. 153C.P, precepto al que se acude cuando resulta probado que se han producido actos de violencia doméstica, pero no queda acreditada su contenido lesivo¹⁰². Cuando concurre habitualidad y/o cuando se trata de conductas especialmente vejatorias, se acude preferentemente al art. 173.2 C.P. Procederemos ahora a hacer un estudio pormenorizado de los diferentes tipos de lesiones.

3.1 Lesiones que no requieren tratamiento médico para su sanación

Tal y como establece el art. 147 C.P, para que una lesión sea constitutiva de delito es necesario dos requisitos: asistencia facultativa y, adicionalmente, tratamiento médico y quirúrgico. Cuando esto no sucedía, en el C.P anterior se sancionaba como falta del art. 617, hecho ahora previsto en el 147.1 CP. No obstante, tal y como se ha dicho anteriormente, podrá ser catalogada delito en base al art. 153 C.P cuando se den tres requisitos:

- Que haya una lesión no constitutiva de delito
- Que se produzca sobre uno de los sujetos a los que se refiere el apartado segundo del art. 173¹⁰³

¹⁰⁰ VERA SANCHEZ, J.S (Coord.), *Manual De Derecho Penal Parte Especial Doctrina Y Jurisprudencia*, Valencia, 2015, Pág. 200 y ss.

¹⁰¹ Vid. SAP de Almería de 6 de octubre de 1999, SAP de Valencia de 7 de marzo de 2001, SAP de Madrid de 8 de enero de 2001.

¹⁰² Vid. F.J tercero de la SAP Córdoba núm. 25/1999 de 21 de abril. (ARP 1999\999).

¹⁰³ Esto es, sobre quien sea o haya sido cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes, los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, siempre que convivan con el autor del delito; menores o incapaces que conviven con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela o curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; la persona amparada en cualquier otra relación que se

- Y que se realice de manera dolosa.

Una vez se decide aplicar el art. 153 CP, se debe apreciar si existen causas agravantes de la conducta, o bien si se pueden atenuar. En el caso de las agravantes, se impondría la pena en su mitad superior en caso de que se cometa el delito en presencia de menores¹⁰⁴, utilizando armas, en el domicilio común o de la víctima, o bien quebrantando una pena del art. 48 CP o medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. También sería posible atenuar la pena, rebajándola en un grado en función de las circunstancias personales y las concurrentes en el momento de realizarse los hechos (art.153.4 CP).

Apartado más complejo es la conversión de faltas en delitos que aparece reflejada en el art. 147.1¹⁰⁵, el cual contiene una regla concursal de continuidad delictiva impropia, conforme a la que la realización durante un año de cuatro conductas constitutivas de falta por el art. 617 CP se sancionarán como delito. Aquí ya no se podría encajar en el art. 153 CP, ya que nos encontramos en presencia de un hecho constitutivo de delito. Sin embargo, la reiteración de las lesiones podría determinar que el maltrato tenga un carácter habitual, por lo que estaríamos ante la aplicación del art. 173.2CP.

3.2 Régimen aplicable cuando la conducta sea constitutiva de un delito de lesiones en sentido estricto.

En el momento en el que se afirma que el comportamiento realizado produce un resultado lesivo doloso que satisface los requisitos previstos en el art. 147.1 CP cabe la posibilidad de imponer la pena de prisión de 2 a 5 años en el caso de que concurra alguna de las siguientes circunstancias: medios peligrosos, utilización de armas o de otros instrumentos o medios concretamente peligrosos para la vida o salud física o psíquica de la víctima; lesión producida con ensañamiento o alevosía; víctima menor de 12 años o incapaz; esposa o mujer que esté o estuviere ligada al autor por una análoga relación de afectividad¹⁰⁶, incluso sin convivencia; persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Se reitera nuevamente que las lesiones deben de producirse existiendo una relación de pareja o análoga respecto de su autor o respecto de una persona vulnerable que conviva con este.

Puede suscitarse concurso de delitos entre el tipo agravado de lesiones y el art. 153 cuando se produzcan estas lesiones en momentos diferentes o respecto de personas diferentes. En el caso de que se trate del mismo momento o persona estaremos ante un concurso de leyes a solucionar por el principio de alternatividad previsto en el art. 8.4 CP

El legislador no ha previsto para las lesiones agravadas de los arts. 149 y 150 una agravación específica por el contexto de violencia de género o doméstica. Por ello la solución sería la suma de las agravantes genéricas de relación de parentesco o convivencia entre las partes. En primer lugar habrá que aplicar la agravante genérica de parentesco, fijada en el art. 22.3 CP, basada en la situación de vulnerabilidad proveniente del abuso de confianza¹⁰⁷. Sin embargo, en el caso de que la situación de dominio machista de lugar a la aplicación del art. 173.2, no se aplicaría este

encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar del agresor; las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados

¹⁰⁴ No cabría aplicarla en el caso de que el menor sea la víctima.

¹⁰⁵ Modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁰⁶ Introducido por la LO 1/2004

¹⁰⁷ FUENTES OSORIO, J.L, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 16 Pág.40

agravante, sino que se produciría un concurso real de delitos en virtud de la cláusula concursal específica del art. 177 CP¹⁰⁸.¹⁰⁹

4. Delitos contra la integridad moral (art. 173.2 CP)

Se recogen en este precepto las conductas de violencia doméstica y de género habitual que, a partir de la LO 11/2003 se configuran como un delito contra la integridad moral, pasando del delito de lesiones del art. 153 CP al art. 173.2 CP, ubicado entre las torturas y otros delitos contra la integridad moral, tal y como venía reclamando la doctrina en atención al bien jurídico protegido. No se consideran, pues, una agravación de los otros delitos, sino, tal y como estableció la STC núm. 77/2010 de 19 de octubre¹¹⁰, se trata de una figura especial. La conducta típica consiste en el ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre las personas protegidas¹¹¹.

La LO 14/1999 se pronuncia respecto de uno de los problemas más suscitados en la práctica por los tribunales, el concepto de habitualidad, entendiéndose que es necesario un número determinado de actos violentos acreditados y la proximidad entre ellos, con independencia de si dicha violencia se ha ejercido sobre la misma o diferentes personas, y de que los actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores¹¹². De acuerdo con la STS 1309/2005¹¹³ de 11 de noviembre, en su F.J segundo, se establecen los requisitos para la acreditación de habitualidad, siendo estos: en primer lugar, la acreditación judicial *cuando con ocasión de la investigación de un delito del art. 153 CP se aportan testimonios de denuncias puestas por la víctima*; en segundo lugar, la acreditación médica, que en base a ellos pueda fundar razonadamente la existencia de maltrato habitual; y por último, la acreditación mediante prueba testifical, ya sea de la víctima, de familiares o de vecinos, que permita al juez llegar a esta conclusión.

En cuanto al número de actos necesarios, la jurisprudencia viene estableciendo la necesidad de tres actos violentos, aunque, sin embargo, no es la mera pluralidad de actos lo que fundamenta este delito, sino la permanencia del acto violento. En relación a la proximidad temporal, sentencias como la del TS núm. 1161/2000 de 26 de junio¹¹⁴, F.J cuarto, únicamente establecen la necesidad de que sean cercanas.

Se establece, por otro lado, el subtipo agravado en el párrafo segundo del art. 173.2, con la obligación de imponer las penas en su mitad superior cuando alguno o todos los actos se cometan concurriendo alguna de las circunstancias previstas, es decir, en presencia de menores, utilizando armas o quebrantando una pena o medida cautelar de alejamiento. Es importante señalar que, si se parte de la compatibilidad de las condenas por los delitos de los arts. 153 y 173.2, la misma circunstancia no puede ser tenida en cuenta ya que de otro modo se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*.¹¹⁵

¹⁰⁸ VERA SANCHEZ, J.S, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2015 Pág. 142 y ss.

¹⁰⁹ Vid. ANEXO N°9, cuadro relativo a las lesiones y a la normativa aplicable para intentar simplificar las lesiones y la normativa aplicable.

¹¹⁰ STC núm. 77/2010 de 19 de octubre (RTC 2010\77)

¹¹¹ A partir de la LO 1/2015, las conductas de acoso y hostigamiento pasan a configurar un nuevo deliro de acoso del art. 173 *ter*.

¹¹² VERA SANCHEZ, J.S, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2015

¹¹³ STS 1309/2005 de 11 de noviembre (RJ\2006\46)

¹¹⁴ STS núm. 1161/2000 de 26 junio. (RJ 2000\5801)

¹¹⁵ Es importante señalar en este punto que, tras la reforma operada por la Lo 1/2015, se introduce el apartado cuarto al art. 173, el cual hace referencia a las injurias o vejaciones de carácter leve, que desaparecen del CP al suprimirse las faltas, y que ahora serán castigadas como delitos leves dentro de la violencia de género y doméstica siguiendo las recomendaciones del Informe del Observatorio contra la violencia doméstica y de género.

4.1 Concurso con el art. 173.2 C.P.

A tenor de lo indicado, resulta obligado resolver la concurrencia de los dos tipos de maltrato, ocasional y uno de manera permanente mediante un concurso de delitos, ya que, en primer lugar, la concurrencia con las lesiones parece inevitable y en segundo lugar, porque la definición de habitualidad parece coincidir con el contexto de violencia física o psíquica. La solución es conflictiva, ya que, como señalábamos anteriormente, el art.173.2 C.P establece una regla concursal específica respecto a las lesiones producidas que impide solventar la concurrencia mediante un concurso de leyes, regla que convive con la del art. 177 C.P, y que por especialidad debe de ser aplicada de manera prioritaria. De este modo, la creación de un clima de violencia y dominación será sancionada por el art. 173.2 C.P, encuadrándolo en un contexto familiar, y cada acción lesiva aislada por el delito de lesiones oportuno, tanto el art. 153 como el 148CP. Se utilizan varios argumentos para justificar que esta regla concursal no vulnera el principio *no bis in ídem*, ya que, en primer lugar, se protegen bienes jurídicos distintos y, en segundo lugar, se afirma que los hechos sólo se tienen en cuenta para determinar un contexto de violencia habitual. Sería posible entonces sancionar en concurso real, ideal o medial por ambos delitos, decantándose la jurisprudencia por el concurso real¹¹⁶. Si bien, cabe mencionar que sería imposible aplicar conjuntamente los subtipos agravados de los arts. 153 y 173.2 C.P, imponiéndose preferentemente el subtipo agravado del art. 173.2CP¹¹⁷.

5. Amenazas y coacciones

5.1 Amenazas leves

El art. 171.4 CP, introducido por la LOVG 1/2004, tipifica las amenazas leves cuando la víctima sea o haya sido esposa u análoga relación¹¹⁸. El apartado quinto de este artículo considera que las amenazas leves que se producen con armas u otros instrumentos peligrosos sobre alguna de las personas del art. 173.2, deben pensarse, al igual que lo previsto en el art. 153 CP, en su mitad superior si se perpetra el delito con esas circunstancias agravantes preseñaladas.

5.2 Delito de coacciones leves

Reguladas en este caso del art. 172.2 y 3 CP, se castigan como delito de coacciones leves sobre quien haya sido esposa o mujer que este o haya estado ligada al agresor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Se prevé la misma pena para personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, así como los mismos supuestos de agravación de la pena previsto en el art. 153¹¹⁹. Es importante señalar la STS núm. 628/2008 de 15 de octubre de 2008¹²⁰ donde se recogen los caracteres fundamentales del delito de coacciones.

6. Imputabilidad.

Los problemas de imputabilidad se interpretan de manera restrictiva en el contexto de violencia doméstica, en particular el alcohol, que está en el origen de muchas lesiones. Se requieren dos presupuestos que deben de ser probados pericialmente: el biopatológico, que debe concretarse en un estado de intoxicación, síndrome de abstinencia, que tal y como refleja la STS 525/09 de 26 de mayo¹²¹ en su F.J décimo tercero debe de ser demostrado por el acusado; y, en segundo lugar, el

¹¹⁶ Vid. STS núm. 913/08 de 20 de noviembre (RJ 2008\7740), STS núm. 137/08 de 18 de febrero (RJ 2008\2696) , STS núm. 836/07 de 24 de octubre (RJ 2007\6848), STS 913/2008 de 20 de noviembre (RJ 2008\7740)

¹¹⁷ FUENTES OSORIO, J.L, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 16 Pág.42 y ss.

¹¹⁸ En coherencia con lo previsto por los arts. 148 y 153 CP se sancionarán también estas amenazas leves a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor.

¹¹⁹ La LO 1/2015 añade el apartado séptimo de este art. 171, por el cual se castiga como delito las amenazas leves fuera del contexto de la violencia de género y doméstica.

¹²⁰ STS núm. 628/2008 de 15 octubre. (RJ 2008\7734)

¹²¹ STS núm. 525/2009 de 26 mayo. (RJ 2009\4196)

psicológico, la imposibilidad de comprender la ilicitud del acto. Ambos presupuestos, al valorarse dentro del contexto de un juicio rápido, muchas veces no se han demostrado. En los supuestos de habitualidad no se aplica en base al art. 20.2º CP, que limita la aplicación de la eximente en los casos en los que no se haya buscado la embriaguez para agredir o que se haya podido prever¹²². Tampoco se tendrán en cuenta ni para atenuar, ni eximir, las patologías relacionadas con los celos.

7. Los procesos por delitos de violencia contra la mujer

En el ámbito jurisdiccional se han creado los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que se ocupan de los procesos penales que se incoen ante ciertos delitos que se cometan dentro de este ámbito. Estos juzgados son competentes para la instrucción de procesos penales por determinados delitos siempre que se cumpla la previsión normativa de los sujetos pasivos para entender que hay violencia de género¹²³. De este modo, se acumula en un solo tribunal la respuesta judicial al fenómeno de la violencia de género, ampliándose también a las consecuencias civiles derivadas de la ruptura con el agresor¹²⁴.

8. Las medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género

El art. 13 LECRIM incorpora una serie de medidas cautelares de manera genérica y para cualquier infracción penal. Este artículo ha permitido que en la práctica y con anterioridad a la L.V.G se adoptaran durante el proceso medidas cautelares, tanto penales como como civiles, concretándose en legislativamente en los arts. 544 bis y 544 ter LECRIM. La Circular FGE 4/2005, tras la entrada en vigor de la LO 1/2004, estableció que nuestro ordenamiento contempla tres niveles de protección para las víctimas de violencia de género: uno general, al amparo de los arts. 3 y 544 bis de la LECRIM; un segundo, reforzado para las víctimas de violencia de género, conforme al 544 ter LECRIM; y un tercer nivel de máxima tutela, añadido por la L.V.G¹²⁵.

De acuerdo con el art. 61.2 LO 1/2004, en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género el juez competente deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de medidas cautelares si procediera su adopción. Recoge este artículo una legitimación a los servicios de la administración que se ocupen de la atención a las víctimas o su acogida, tratándose así de una legitimación extraordinaria, distinta de la que establece el art. 544 ter LECRIM.

Como indica el art. 68 de la LO 1/2004 las medidas restrictivas de derechos deberán ser adoptadas mediante auto motivado. No hay duda de que el juez competente para la resolución será el del lugar del domicilio de la víctima a tiempo de ocurrir los hechos^{126, 127}.

8.1. Clasificación, naturaleza y ejecución de las penas de alejamiento:

Se establecen por separado tres modalidades distintas con el fin de que se pueda imponer la que corresponda a la verdadera naturaleza del delito: la prohibición de residir y acudir a

¹²² Vid. SAP Barcelona 1616/2007 y SAP islas baleares 66/13 de 27 de junio (JUR 2013\253356)

¹²³ Vid. arts. 87 ter LOPJ y 14.5 LECRIM

¹²⁴ MORENO CATENA, V. y CORTES DOMINGUEZ, V; *Derecho Procesal Penal* Valencia, 2015 7ª edición

¹²⁵ GUTIERREZ ROMERO, F.M; *Cuestiones prácticas que suscita la aplicación de las medidas judiciales de protección de víctimas de violencia de género*. Enero 2011 (SP/DOCT/9885) Pág.1

¹²⁶ La dificultad se plantea cuando la solicitud es presentada ante un juez territorial y objetivamente incompetente, en cuyo caso, la respuesta ha sido unánime en nuestra jurisprudencia. Por ejemplo, el AAP Madrid 7472009 de 6 de octubre establece que, en caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección sin perjuicio de remitir posteriormente las actuaciones a aquel que resulte competente. Se pronunció de igual manera la Circular de la FGE 3/2003. Vid. GUTIERREZ ROMERO, F.M; *Cuestiones prácticas que suscita la aplicación de las medidas judiciales de protección de víctimas de violencia de género*. Enero 2011 (SP/DOCT/9885) Pág. 7

¹²⁷ Vid. ANEXO nº 10, índice estadístico de medidas tomadas dentro de la violencia de género.

determinados lugares¹²⁸, la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas, y la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas¹²⁹.

Estas penas quedan fijadas como penas graves en el art. 33.2, h) i) y j), al establecerse por un tiempo superior a los cinco años. Como menos graves, de acuerdo con el art. 33.3 g) h) e i), por un tiempo de seis meses a cinco años. O bien, leves, art. 33.4 d), e) y f), con un mínimo de un mes en las prohibiciones de aproximarse y de comunicarse.

A tenor de lo dispuesto en el art. 57.1 y 3 C.P, estas penas son sólo accesorias y tienen carácter potestativo para una serie de delitos. Siempre acompañan a una principal. Sin embargo es de carácter obligatorio para el juez la imposición la prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas en el supuesto de que las víctimas del delito pertenezcan al ámbito familiar, es decir, las relacionadas en el art. 173.2 C.P.

De acuerdo con lo previsto en el art. 57 C.P, el juez, en función de la gravedad de los hechos acaecidos, así como al peligro del delincuente, podrá acordar la imposición de una o varias de estas medidas, que no excederá de diez años si fuere delito grave, de cinco si el delito fuera menos grave, o de seis meses en caso de que fuera leve¹³⁰.

8.2. La prohibición de aproximación a la víctima

8.2.1 Antecedentes y regulación actual.

La prohibición de aproximación a la víctima fue introducida en nuestro ordenamiento como una pena accesoria para determinados delitos del art. 57 C.P en virtud de reforma operada por la L.O 11/1999, de 30 de abril, y como pena de naturaleza privativa de derechos por la reforma operada por L.O 14/1999 de 9 de junio, de modificación de la LECRIM en materia de protección de víctimas de malos tratos. Esta última reforma incorporó el alejamiento como medida cautelar que puede adoptarse en el transcurso de un procedimiento penal introduciendo el art. 544 bis, y como medida que puede integrar el contenido de una orden de protección por la LO 27/2003 de 31 de julio, que agregó a nuestro ordenamiento el art. 544 ter LECRIM.

Se deriva de lo expuesto, que la prohibición puede ser impuesta: como pena privativa de derechos¹³¹; como medida, ya sea cautelar, que se puede adoptar en el transcurso de un procedimiento penal instruido por alguno de los delitos señalados, de acuerdo con el art. 544 bis LECRIM; o bien de prevención de naturaleza penal en el marco de la orden de protección para los casos de violencia de género o doméstica, al amparo del art. 544 ter LECRIM; y, finalmente, con

¹²⁸ De acuerdo con el art. 48.1 CP la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir a los lugares en que haya cometido el delito, o aquel en que resida la víctima o su familia si fueren distintos. La redacción anterior la privación se reducía a “volver” al lugar de comisión del delito. Sin embargo, desde la reforma operada por la LO 15/2013 del precepto, la prohibición de residir es directa y referida tanto del lugar de comisión del delito como al de la residencia de la víctima. Vid. AA.VV GARCÍA MARTÍN, L; *Lecciones y consecuencias del delito* Quinta edición, Valencia 2016, Pag.89 y ss.

¹²⁹ Se regula esta prohibición en el apartado tercero del mencionado anteriormente art. 48CP, según el cual *la prohibición de comunicarse con la víctima, o con cualquiera de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual*. Normalmente, la prohibición de aproximarse a la víctima lleva aparejada esta medida. Se prohíbe incluso el mero contacto visual. Vid. AA.VV GARCÍA MARTÍN, L; *Lecciones y consecuencias del delito* Quinta edición, Valencia 2016, Pag.89 y ss.

¹³⁰ Límites temporales modificados por la reforma de 25 de noviembre de 2003, pues hasta entonces no podían superar los cinco años y previstos en el art. 40 CP

¹³¹ A tenor de lo expuesto en los arts. 39 g) y 48.2 CP

independencia del tipo de delito que motiva la imposición, como medida de seguridad no privativa de libertad¹³²⁻¹³³.

8.2.2 Contenido o finalidad.

Este tipo de pena o medida de alejamiento restringe o limita, al condenado o sometido a ella, su libertad de acudir al lugar donde se encuentre la víctima, cualquiera que este sea. Tiene como finalidad, tal y como apunta la EM de la Ley 14/1999, conseguir el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima para evitar que el individuo pueda volver a actuar contra bienes jurídicos de ésta.

8.2.3 Aplicación

En primer lugar puede ser aplicada como pena. Reiterando lo expuesto, debe imponerse con carácter obligatorio en los delitos relativos a violencia doméstica, y con carácter potestativo en estos mismos delitos en el caso de que no exista esta relación. El problema que se plantea es si se deben incluir dentro de estos delitos los supuestos contemplados en el art. 153 C.P, en los que, como ya hemos mencionado anteriormente, no se producen lesiones. De acuerdo con el criterio adoptado en el Seminario de formación del CGPJ por Magistrados de AA.PP con competencias exclusivas en violencia de género en Madrid, de 30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2005, se entiende que la referencia que consta en el art. 57.2 C.P se extiende a todos los delitos relacionados con la violencia doméstica.

En segundo lugar, puede ser aplicada como medida cautelar, en casos en los que se investigue uno de los delitos mencionados en el art. 57 C.P, de acuerdo con el art. 544 bis LECRIM, cuando sea estrictamente necesario para garantizar la protección de la víctima y dentro de una situación objetiva de riesgo para la misma a que se refiere el art. 544 ter.

Finalmente, y con carácter potestativo e independientemente de la naturaleza del delito y de la relación entre ambos, se prevé la aplicación como una regla de conducta a que puede condicionarse la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta o la libertad condicional¹³⁴.

8.3 Incumplimiento de la medida

8.3.1 El delito de quebrantamiento de condena en el ámbito de la violencia familiar del párrafo 2º del art. 468 CP

El incumplimiento de las expresadas prohibiciones lleva aparejado, de acuerdo con el art. 468 C.P: bien un delito de quebrantamiento de condena, cuando la interdicción haya sido aplicada en concepto de pena en virtud de sentencia firme y ejecutoria; o bien de quebrantamiento de medida cautelar, entendida ésta, no sólo como aquellas adoptadas con la finalidad de garantizar el resultado del proceso, es decir las cautelares en sentido estricto, sino también las medidas de protección a la víctima, cuando hayan sido impuestas en tal concepto por un auto debidamente notificado y dictado en el marco de la investigación de un delito de los mencionados en el art. 57 CP.

El delito de quebrantamiento de condena exige tres elementos del tipo:

¹³² Vid. arts. 96.3.9º y 105.1 g) CP para los casos previstos en los arts. 101 a 104 CP.

¹³³ MARTINEZ LANZAROTE, P. *El incumplimiento de la pena o medida de alejamiento con el consentimiento de la víctima de un delito de violencia de género*. Enero de 2006 (SEP/DOCT/2757)

¹³⁴ MARTINEZ LANZAROTE, P. *El incumplimiento de la pena o medida de alejamiento con el consentimiento de la víctima de un delito de violencia de género*. Enero de 2006 (SEP/DOCT/2757) Pág. 3

- En primer lugar, el elemento normativo, es decir, la previa existencia de una resolución judicial debidamente notificada al obligado, por la que se acuerda la pena o la medida de prohibición de aproximación.
- En segundo lugar, el elemento objetivo o material, consistente en la acción natural de desobedecer o desatender dicha medida
- Y, en tercer lugar, el elemento subjetivo, consistente en el dolo típico, entendiéndose como tal en el conocimiento de la vigencia de la medida y la voluntad de quebrantarla.

Por otra parte, en el párrafo segundo del art.468 C.P se establece un subtipo agravado para los casos en los que se quebranta una pena de las contempladas en el art.48 C.P o una medida cautelar de la misma naturaleza impuesta en proceso criminal en los que los ofendidos sean alguna de las personas del art. 173.2 C.P. Por ello, para la posible aplicación de este tipo agravado sería necesaria la concurrencia de tres requisitos:

- En primer lugar, que haya sido impuesta por una resolución judicial (sentencia o auto) la prohibición de aproximarse a la víctima.
- En segundo lugar, que haya sido como consecuencia de la comisión de alguno de los delitos mencionados en el art.57.1ºCP.
- Y por último, que exista entre víctima y agresor relación de parentesco, dependencia o afectividad.

Podemos definir por tanto el delito de quebrantamiento de condena como un delito pluriofensivo, entendiendo que el bien jurídico protegido en este caso es doble: por una parte la resolución judicial que impone la prohibición debe de ser cumplida de manera imperativa, como garantía de efectividad y soberanía del estado de derecho; y por otra, la protección de la víctima de un delito antecedente de violencia doméstica. A juicio del Fiscal del TSJ de Murcia, Pablo Lanzarote Martínez¹³⁵, el bien jurídico protegido en este subtipo agravado, es único, el interés del Estado en el cumplimiento de sus resoluciones judiciales en general, y, en particular, de las que prohíben el acercamiento entre la víctima de un delito de violencia de género y su agresor como un mecanismo contra la criminalidad

El quebrantamiento tiene otra serie de consecuencias cuando el alejamiento hubiera sido impuesto como medida cautelar o de seguridad. Así, en el caso de que fuera impuesta como medida cautelar, la vulneración de la misma determinará la posible adopción de la prisión provisional, orden de protección prevista en el art. 544 ter; o de otra medida que produzca una mayor limitación de la libertad personal del inculcado¹³⁶. El incumplimiento de la prohibición impuesta como medida de seguridad llevará consigo que el Juez o Tribunal pueda acordar la sustitución de la medida por la de internamiento, si se demostrase su necesidad¹³⁷. El incumplimiento del alejamiento de la víctima acordado como una regla de conducta que el condenado debe respetar durante el plazo de suspensión de la ejecución, determinará necesariamente la revocación del beneficio en el caso de que se tratase de supuestos de suspensión de penas de prisión como consecuencia de delitos previstos en los arts. 153 y 173.2 C.P.

8.3.2.- Incumplimiento con consentimiento de la víctima

La práctica judicial obliga a hacer mención a esta cuestión puesto que cada vez son más las mujeres que acuden al órgano judicial tras haberse dictado la pena de alejamiento alegando que quieren retomar de nuevo la convivencia con el agresor. Esta conducta puede ser entendida como

¹³⁵ MARTINEZ LANZAROTE, P. *El incumplimiento de la pena o medida de alejamiento con el consentimiento de la víctima de un delito de violencia de género*. Enero de 2006 (SEP/DOCT/2757) Pág. 6

¹³⁶ Vid. art. 544 bis LECRIM

¹³⁷ Vid. art. 100.2 CP

una expresión más del fenómeno de violencia de género, pues la mujer asume como una parte integrante de su relación afectiva el maltrato psicológico¹³⁸. Este acuerdo de voluntades en cuanto a la reanudación de la convivencia común ha originado diversidad de opiniones en la doctrina acerca de la transcendencia penal que tendría este comportamiento: por un lado, si el agresor incurriría o no en un delito de quebrantamiento de la pena o medida de alejamiento del art. 468.2º CP; y, por otro, si la víctima respondería o no de igual delito por cooperación necesaria o por otro título de imputación.

Debemos señalar que la víctima no puede disponer de la pena de alejamiento ya que, una vez dictada la misma, ésta no es disponible, sino que, al ser una medida adoptada en un estado de derecho, debe garantizarse su adecuada realización. Sin embargo, es diferente cuando es la víctima la que por iniciativa propia decide retomar la convivencia, no pudiendo aplicarse en este punto un delito al que quebranta la pena por inexistencia del dolo necesario. Desarrollaremos a continuación estos extremos.

8.3.2.1. Posición doctrinal.

Se registran en la doctrina diversidad de opiniones.

ESCOBAR¹³⁹ por su parte entiende que, debido a la indisponibilidad del bien protegido, el delito existe con independencia de la actitud de la víctima. Otros sin embargo, como MAGRO¹⁴⁰, mantienen la posición contraria por falta de dolo del autor. Autores como GARCIA RODRIGUEZ¹⁴¹ hace distinción entre el incumplimiento del alejamiento impuesto como pena y acordado como medida cautelar, atribuyéndole relevancia al consentimiento de la víctima sólo en este último caso. De acuerdo con SORIANO FUENTES¹⁴² en supuestos de violencia de género es independiente el momento procesal y el carácter con el que se acuerde el alejamiento, se trata de una medida de naturaleza pública, por lo que se entiende una vez adoptada es de imperativo cumplimiento. En la misma línea se encuentra EDUARDO DE URBANO¹⁴³ señalando que, desde la perspectiva doctrinal, son varias las posibilidades de exención de la punibilidad. Este autor, tras hacer un análisis sobre las doctrinas que se han expresado en torno a la culpabilidad, pone de relieve la posible aplicación de la teoría del error; en concreto, del error de prohibición, es decir, la consideración de que un hecho que no es antijurídico penalmente sirve para eximir de responsabilidad cuando se considere que el individuo actuó con conciencia de su ilicitud.

8.3.2.2. Evolución del criterio jurisprudencial sobre las consecuencias de la reanudación de la convivencia

Es importante hacer referencia a una serie de resoluciones del TS en las que se plantea este problema y, fundamentalmente, al acuerdo de 25 de noviembre de 2008 en el que finalmente se resuelve. En primer lugar debemos hacer mención a la STS núm. 1156/2005 de 26 de septiembre de 2005¹⁴⁴, en la que la posición del tribunal es la de determinar que la mujer que consiente la

¹³⁸ Vid.SAP de Cantabria núm. 111/2005 de 22 de julio de 2005 (JUR 2005\206877) FJ 3º, en la que se establece que no puede aceptar el Estado que una víctima, que por su especial modo de concebir la relación de pareja no goza de libre arbitrio en esta faceta de su afectividad, la posibilidad de que quede sin castigo la vulneración del alejamiento impuesto al agresor.

¹³⁹ ESCOBAR, R, La reforma penal de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, *SepinNET Revista Práctica Penal* n°18, 2005.

¹⁴⁰ MAGRO, V; *Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica*, en Diario de la Ley núm. 6244

¹⁴¹ GARCIA RODRIGUEZ, M, “La violencia de género: su tratamiento en la jurisdicción penal”, *SepinNET Revista Práctica Penal* núm.5, 2003

¹⁴² FUENTES SORIANO, O; *Las medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor* (SP/DOCT/3492).

¹⁴³ DE URBANO CASTRILLO, E. *Consentimiento y violencia familiar: consecuencias penales* (SP/DOCT/3297).

¹⁴⁴ STS núm. 1156/2005 de 26 septiembre. (RJ 2005\7380) FJ 5º.

convivencia debe responder como coautora por cooperación necesaria del delito de quebrantamiento. Posteriormente, en la STS núm. 69/2006 de 20 de enero de 2006¹⁴⁵, se recoge de nuevo la doctrina asumida en la anterior sentencia, dejando, sin embargo, un margen para que pueda ser el consentimiento de la víctima causa para apreciar un error invencible del tipo. En la STS núm. 10/2007 de 19 de enero de 2007¹⁴⁶, sin embargo, el Tribunal hace ver que el consentimiento de la víctima no excluye de modo alguno la antijuricidad de los hechos, ya que no es la víctima únicamente el bien jurídico protegido, sino que también lo es el principio de autoridad. En la STS núm. 775/2007 de 28 de septiembre de 2007¹⁴⁷ se establece una diferencia entre, por una parte, el incumplimiento de una medida de seguridad que, en principio, solo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese podría acordarse si ésta lo solicita; y por otra, cuando (aun con el consentimiento de la víctima) se quebranta una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible. El 25 de noviembre de 2008 se llega a un acuerdo por parte del TS¹⁴⁸, estableciéndose que en ningún caso el consentimiento de la víctima excluye la punibilidad a efectos del art. 468 C.P, en cualquier supuesto de los que se produzca un acercamiento, ya se trate de penado o, en su caso, de sujeto a medida cautelar, considerándolo que en ambos se habrá cometido este delito.

8.3.3.- Comisión de un delito de violencia de género quebrantando la orden de alejamiento.

Será competente para conocer de los delitos de quebrantamiento de medida cautelar el Juzgado de Instrucción, al no encontrarse incluidos dentro de la competencia prevista para los JJVM los delitos contra la administración de justicia, de acuerdo con el art. 87 ter 1.a) LOPJ. No obstante, en los casos en los que concurra un delito de quebrantamiento de pena del art. 468 C.P con el delito de violencia de género tipificado en los arts. 153, 171 y 172 C.P, será competencia del JVM, pasando a configurarse como los delitos previstos en el art. 153.3º, 171.5º y 172.2º C.P.

Es preciso señalar en este punto qué solución penológica debe aplicarse al problema de que concurra un delito del art. 153 C.P con quebrantamiento del alejamiento y que al mismo tiempo se le aplique habitualidad por existir conductas previas. El problema surge respecto a si es posible aplicar la agravación tanto de la sanción del art. 173.2 CP como en el caso de la misma agravación específica en los casos del art. 153.3, 171.5 párrafo 2º y 172.2 párrafo 3º CP. La solución que vienen aplicando los tribunales se recoge en la Circular 4/2003 de 30 de diciembre, que establece que debe repararse en que las circunstancias agravatorias de las penas previstas son exactamente las mismas en todos los preceptos, por lo que surge el problema de *no bis in ídem*¹⁴⁹, ya que, dada la punibilidad aislada del maltrato habitual, no será posible que el quebrantamiento sirva para agravar la conducta concreta de maltrato, amenaza o coacción en la que concurrió con la figura del maltrato habitual. Una misma conducta no puede gravar dos veces dos diferentes delitos. La duda surge ahora en cuál debe de ser el tipo penal sobre el que recaiga la agravación, ya que la pena resultante del concurso será más onerosa si se forma un subtipo agravado con el art.173 y no con los arts. 153, 171 o 172 C.P¹⁵⁰. La Fiscalía General del Estado se decanta por estimar cometido uno de estos últimos delitos simples más un delito del art. 173 en su modalidad agravada, ya que la específica mención “alguno o algunos” recogida en el art. 173 permite aplicar la agravación en este precepto. Además, esa solución es la que ofrece el principio de alternatividad del art. 8.4 CP. Por ello, no cabe aplicar el

¹⁴⁵ STS núm. 69/2006 de 20 enero. (RJ 2006\4317) F.J 2º.

¹⁴⁶ STS núm. 10/2007 de 19 enero. (RJ 2007\675) F.J 2º

¹⁴⁷ STS núm. 775/2007 de 28 septiembre. (RJ 2007\5323) F.J 1º

¹⁴⁸ Acuerdo de 25 noviembre 2008. (JUR 2009\34004)

¹⁴⁹ Vid. STS 580/06 de 23 de junio FJ 10.

¹⁵⁰ Vid. STS núm. 10/07 de 10 de julio FJ2º y STS núm. 613/06 de 1 de junio (RJ 2006\4764) FJ4º STS núm. 681/2007 de 10 julio. (RJ 2007\5160) FJ 5º

subtipo agravado a más de una de las infracciones, siendo preferible en la del art.173.2 por aplicación de las reglas 1ª y 4ª del art. 8 CP¹⁵¹.

9. Aplicación de la atenuante de reparación del daño.

La reparación del daño se encuentra reflejada en el art. 21.5 CP. A partir de la modificación del CP del año 1995 empezó a constarse un auge en la aplicación de atenuantes postdelictivas. Esta atenuante fue modificación de la antigua de “arrepentimiento espontáneo”, que dio lugar a dos diferentes: la de confesión (art. 21.4CP) y la de reparación del daño (21.5 CP).

De acuerdo con el artículo, se prevé como circunstancia atenuante *la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral*. Estos comportamientos preparatorios incluyen tanto la reparación completa de los daños derivados del delito¹⁵² como la disminución de sus efectos, incluida la reparación de carácter simbólico. La jurisprudencia del TS ha establecido que la reparación debe ser suficientemente significativa y relevante¹⁵³.

10. Consecuencias jurídicas de las conductas realizadas por Marcial contra María y Elisa.

Las conductas descritas producidas por Marcial a María y Elisa son constitutivas de un delito de maltrato habitual en el ámbito de la Violencia de género tipificado en el art. 173.2 y 3 del CP. Se lleva a cabo la conducta típica de este delito al ejercerse contra María de manera habitual el ejercicio de violencia psíquica y física mediante golpes, lesiones y maltrato de obra, así como violencia psíquica ejercida mediante numerosas coacciones a lo largo del desarrollo de los hechos. Reiterando jurisprudencia anteriormente mencionada¹⁵⁴, el bien jurídico que debe de ser protegido es la paz y la preservación de la paz familiar, sancionando aquellos casos en los que la conducta de dominación y poder de una persona se proyecta sobre su pareja o menores convivientes. Se desprende de los hechos la clara dominación dentro del contexto machista y la existencia de un ámbito discriminatorio hacia la mujer. El requisito de habitualidad no debe de ser interpretado en un sentido estricto de multireincidencia en faltas de malos tratos, sino que es más acertado optar por un criterio naturalístico entendiendo por habitualidad la permanencia de trato violento, la consideración de que la víctima vive en un estado de agresión permanente¹⁵⁵, situación que se desprende claramente de lo expuesto en el supuesto de hecho desde enero de 2010 a diciembre de 2012. El inciso introducido en el art. 173.3 CP *con independencia de que la violencia haya sido ejercida sobre la misma o diferentes personas* tiene como único alcance el de permitir que se aprecie la habitualidad exigida por el delito, considerando conjuntamente los actos de violencia sufridos por los diferentes miembros de la unidad familiar

- El ejercicio de maltrato habitual está agravado por el hecho de que, atendiendo a lo previsto en el art. 173.2 párrafo 2º, los actos de violencia han sido perpetrados en presencia de menores, y en el domicilio familiar, o quebrantando una pena o medida cautelar. Es necesario que se imponga la pena en su mitad superior.
- Marcial actúa con voluntad consciente de ejercer esta situación de dominación frente a su esposa.

¹⁵¹ **MAGRO SERVET, V**; *La absorción de delitos en la violencia de género*. Diciembre 2009 (SP/DOCT/17306)

¹⁵² Vid. STS núm. 285/2003 de 28 de febrero, STS núm. 1643/2003 de dos de diciembre entre otras.

¹⁵³ Vid. SSTS núm. 1990/2001, de 24 de octubre (RJ 2001/10318), núm. 1474/1999, de 18 de octubre (RJ 1999/7575), núm. 100/2000, de 4 de febrero (RJ 2000/298) y núm. 1311/2000, de 21 de julio (RJ 2000/6917)

¹⁵⁴ Vid. por ejemplo, SAP de Almería núm. 597/2015 de 22 de diciembre (JUR\2016\47875) en la que se refiere también a la STS de 19 de junio de 2011

¹⁵⁵ Habitualidad entendida como un concepto criminológico social, no como un concepto jurídico formal.

- Lleva a cabo personalmente la conducta por lo que, de acuerdo con el art. 28 CP, responde como autor directo de los hechos relatados.
- No concurren en Marcial circunstancias que excluyan de la antijuricidad de las conductas.
- No puede aplicarse, debido a la falta de acreditación y de previsión en los hechos, atenuante alguna de grave adicción.

Por lo expuesto, debe de ser castigado con una pena de prisión de un año y nueve meses y un día a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de tres años seis meses y un día a cinco años y, de manera facultativa, cuando lo estime el juez en atención al interés del menor, inhabilitación especial para el ejercicio de la tutela por un tiempo de tres años y un día a cinco años.

Debe repararse en que las circunstancias agravatorias son exactamente las mismas en ambos tipos de maltrato familiar (173 CP) y no habitual (153 CP). De este modo, reiterando lo expuesto, no es posible, por vulneración del art. 25CE, que una sola de las circunstancias sirva para gravar tanto en la conducta concreta de maltrato, como la conducta de maltrato habitual. De este modo, en el caso de enjuiciamiento conjunto de ambas figuras, se debe optar por la agravación del tipo previsto en el art. 173 CP¹⁵⁶ y los delitos simples del art. 153 CP. Por ello, tal y como se desprende de la regla concursal del art. 177 CP, así como del criterio jurisprudencial, es necesario un concurso real de este delito con las conductas típicas realizadas por Marcial, que procedemos a exponer a continuación de forma pormenorizada.

- Agresión ocurrida en enero de 2010 descrita en el hecho tercero.

Se enmarca esta conducta dentro del delito previsto en el art. 153.1 CP, al tratarse de una lesión no definida en el Código como delito, y al ser el sujeto pasivo su esposa.

- A dicha conducta puede serle de aplicación el subtipo agravado recogido en el apartado tercero de este artículo, al producirse la agresión en el domicilio común, entendiéndose que se dan en este caso los dos requisitos para apreciar este tipo: por un lado el objetivo, es decir, que se lleve a cabo en el domicilio común; y por otro el subjetivo, es decir, que el espacio se represente como propiciatorio para el hecho, buscándolo para sus propios intereses, incrementando así la antijuricidad del hecho¹⁵⁷. De este modo, se impondrá la pena en su mitad superior. Sin embargo, en aplicación de la regla concursal admitida por los tribunales, no se aplicarán subtipos agravados en los casos de que el delito habitual sea enjuiciado conjuntamente con los hechos concretos
- No hay duda de que Marcial llevó a cabo la agresión dolosamente, actuando con ánimo de causar a su mujer la lesión.
- Debe responder a título de autor de acuerdo con el art. 28CP.
- No concurren en Marcial circunstancias que excluyan de la antijuricidad de las conductas.
- No cabe de ningún modo, tomar en consideración para atenuar, y menos para eximir, las patologías relacionadas con los celos.

Cabe por todo lo anterior castigar a Marcial por un delito de lesiones previsto en el art. 153.1 CP castigado con prisión de 6 meses a un año, o, en su defecto, cabe la sustitución por TBC¹⁵⁸, de treinta y uno a ochenta días. En todo caso, también se le privará del derecho a la tenencia y porte de armas de dos años y un día a tres años. También, de manera facultativa, el juez cuando lo estime

¹⁵⁶ Respetando de este modo el principio de alternatividad previsto en el art. 8 CP

¹⁵⁷ Vid. SAP de Tarragona núm. 644/2004 de 22 de junio de 2004 (ARP 2004/448), donde se hace referencia a “asegurarse una mayor facilidad ejecutiva derivada de la dificultad para la víctima de solicitar ayuda”.

¹⁵⁸ Como requisitos de la sustitución: En primer lugar, las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen. En segundo lugar, que no se trate de reos habituales de acuerdo con el art. 94 CP.

conveniente para el interés del menor, podrá acordar la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad hasta cinco años.

- **Agresión ocurrida en marzo de 2010.**

Podemos observar en nuestro caso, en primer lugar, un delito de coacciones leves del art. 172.2 CP, debido a las repetidas llamadas telefónicas realizadas a María increpándola para que regresase a casa. Debe responder a título de autor y no concurren circunstancias que excluyan la antijuricidad, ni que atenúen la conducta. Por ello, debe imponerse a Marcial una pena de prisión de 6 meses a un año o de TBC de treinta y uno a ochenta días y se le privará en todo caso del derecho a la tenencia y porte de armas de dos años y un día a tres años. También, de manera facultativa, el juez, cuando lo estime conveniente para el interés del menor, podrá acordar la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad hasta cinco años.

La segunda de las acciones llevadas a cabo por Marcial hacia María puede encuadrarse nuevamente dentro de un delito del art. 153.1 CP, ya que el hecho de que María esté embarazada en el momento de la agresión no puede implicar la agravación de la acción realizada por Marcial, de acuerdo con jurisprudencia reiterada. Puede entenderse, por otro lado, una tentativa de lesiones al feto, hecho que en este punto no nos parece conveniente observar. Asimismo responderá Marcial como autor, sin que quepa lugar a dudas de la realización de la conducta con dolo directo. No concurren circunstancias que excluyan la antijuricidad, ni que atenúen la conducta. De este modo, cabe castigar a Marcial por un delito de lesiones previsto en el art. 153. 1 CP castigado con prisión de 6 meses a un año, o en su defecto, cabe la sustitución por TBC, de treinta y uno a ochenta días. En todo caso, también se privará del derecho a la tenencia y porte de armas de dos años y un día a tres años, así como, de manera potestativa, el juez, cuando lo estime conveniente para el interés del menor, podrá acordar la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad hasta cinco años.

- **Agresión producida el 29 de septiembre de 2012**

Se relata en este caso, una brutal agresión, ingresando María en el hospital hasta diciembre de este mismo año, siendo necesarias dos intervenciones debido a las lesiones sufridas y presentando como resultado de la agresión cicatrices en la cara. Puede encuadrarse esta conducta como un delito de lesiones agravadas por el resultado previsto en el art.150 CP. Jurisprudencia reiterada ha considerado como deformidad las cicatrices, excepcionando lugares no visibles. Puede entenderse que Marcial actuó con dolo directo, respondiendo como autor directo de los hechos. No concurren en ningún caso circunstancias que excluyan la antijuricidad ni que atenúen la conducta. Por ello, cabe castigar a Marcial con una pena de prisión de tres a cinco años.

- **Agresión producida el 12 de octubre de 2013**

Es posible calificar la agresión contra María como un delito de lesiones del art. 153.1CP. Debe realizarse en este punto un estudio de las circunstancias por las cuales Marcial va a realizar el quebrantamiento de la orden de alejamiento. Nada se dice en el supuesto acerca de si es María la que invita a Marcial a retomar la convivencia, o si, por el contrario, es éste último el que decide de manera unilateral regresar a casa. Ya que lo más coherente en este caso sería la última de estas opciones, puede imponerse a Marcial el subtipo agravado previsto en el art. 153.3 CP. Es importante señalar en este punto, una grave problemática concursal ya establecida anteriormente, y es que, cuando bajo una misma situación se producen dos agravantes, en este caso la agravante de domicilio, la de presencia de menores y la de quebrantamiento de orden de alejamiento, puede aplicarse, con excepción de la regla concursal, el subtipo agravado de esta pena. Marcial debe de responder del delito en concepto de autor.

En relación con la posible atenuante analógica prevista para los casos de drogas y alcohol, es importante que hagamos referencia a lo expuesto anteriormente, y es que estas sustancias

incrementan en mayor proporción los casos de violencia de género, por lo que en la gran mayoría de las veces, no se admite la aplicación de esta atenuante. No cabiendo pues esta atenuante, debe castigarse a Marcial imponiéndose la pena en su mitad superior, de modo que, se castigará con una pena de prisión de nueve meses y un día a un año, o bien TBC, de un mes, veinticinco días más un día, a ochenta días, y en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos años y un día a tres años, así como de manera potestativa, el juez cuando lo estime conveniente para el interés del menor, podrá acordar la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad hasta cinco años.

Por lo que respecta a la agresión realizada a su hija Elisa, puede en este caso encuadrarse dentro del delito de lesiones del art. 153.2 CP. Por ello, responderá Marcial como autor y mediando dolo directo, sin que quepa, reiterando lo anterior, la posibilidad de aplicar la atenuante analógica de grave adicción. Por ello, se castigará a Marcial con la pena de prisión de tres meses a un año o de TBC de treinta y uno a ochenta días, y en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos años y un día a tres años, así como de manera potestativa, el juez cuando lo estime conveniente para el interés del menor, podrá acordar la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad hasta cinco años.

Así, esta serie de delitos más el de violencia habitual, deben de ser comprendidos dentro del marco del concurso real. Este concurso real se resuelve mediante la acumulación de penas aplicables. Sin embargo, de acuerdo con el art. 76 CP, la acumulación material de las mismas se encuentra limitada mediante el establecimiento de unos topes: el total a cumplir no puede superar el triple del tiempo de la pena más grave, ni en principio, los 20 veinte años. Así, las penas deben cumplirse simultáneamente si es posible¹⁵⁹ y, en caso contrario de manera sucesiva (art. 75 CP)

Debido a la falta de información en el supuesto de hecho, entendemos que no es posible la cuantificación de la responsabilidad civil derivada de estos delitos.

¹⁵⁹ El cumplimiento simultáneo es posible cuando las penas no se vacían de contenido al cumplirse al mismo tiempo, por ejemplo, una pena de multa y una de prisión; en cambio no pueden cumplirse al mismo tiempo dos penas de prisión.

Cuestión Cuarta

REPARICIÓN DEL DECLARADO FALLECIDO

1. Efectos patrimoniales de la declaración de fallecimiento.
1.1 Apertura de sucesión y cautelas

Los efectos patrimoniales de la declaración de fallecimiento se encuentran regulados en el art.196 C.C. Este art. en su primer apartado establece que en el momento que adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión del mismo, procediéndose a la adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaria o abintestato o bien extrajudicialmente. La fecha de apertura de la sucesión hay que referirla a aquella que se entienda ocurrida la muerte del causante. Cuando se trate de una declaración de fallecimiento, para dar publicidad a la apertura de la sucesión será suficiente el título, con la finalidad de inscribir la declaración de fallecimiento en la nota marginal de la de nacimiento y al objeto de hacer constar esa situación, tal y como lo establece la STS de 22 de Julio de 1987¹⁶⁰.

La declaración de fallecimiento no tiene los mismos efectos que la inscripción de muerte, debido a que se presenta la duda de si la persona declarada fallecida ha muerto realmente o no. Por ello, en el citado art. se establecen una serie de cautelas y de obligaciones al respecto.

Cabe plantearse en primer lugar, si el párrafo primero del art. 196 C.C pretende asimilarse con el artículo 657 C.C, en el cual se establece que los derechos de una sucesión se transmiten desde el momento de la muerte. Por ello, el art. 196 actúa como un sustituto de este precepto cuando no sea posible probar la muerte real de una persona. Puede entenderse que el párrafo primero del art. 196 es más limitado, ya que no se trata de un mandato, sino que coloca a los hipotéticos herederos en una situación semejante a la que hubiera producido la muerte real.

Por otro lado, no puede decirse que el legislador ha pretendido que se abra la sucesión, ya que en el caso de la declaración de fallecimiento se puede suceder tanto por los trámites del juicio de testamentaria o *ab intestato*, como judicialmente. Por ello, el precepto pretende exponer la posibilidad de que la adjudicación de los bienes se realice extrajudicialmente, limitándose a exigir a los sucesores la formación de un inventario notarial de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles¹⁶¹.

A continuación pasamos a exponer las particularidades de los derechos sucesorios recogidas en el art. 196 CC:

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

De acuerdo con art.196.2, los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta 5 años después de la declaración de fallecimiento, aunque sí podrán hacerlo a título oneroso (art.197 C.C). La vocación de este apartado no es tanto preservar la integridad cualitativa del patrimonio, es decir, la substancia, como la integridad cuantitativa, es decir la económica. Por ello se permite la disposición a título oneroso de la masa patrimonial mediante la válida celebración de negocios jurídicos, posibilitando, de este modo, garantizar la devolución de los bienes heredados o su valor al legítimo titular en el caso de que éste reaparezca. Estos negocios jurídicos no comprenderían

¹⁶⁰ AA.VV LLOPIS GINER, J.M (Coord.) *Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones*, Valencia, 2003, Pág.250

¹⁶¹ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R, *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, 2011, Primera edición Pág. 265 y 166

aquellos que por su propia naturaleza supongan un acto de liberalidad, como es la donación, la condonación de deudas, ni tampoco negocios jurídicos a título gratuito en sentido amplio, como el simple préstamo a título gratuito que, aunque no implica una pérdida patrimonial, comporta una transmisión sin ánimo de lucro de la propiedad del bien prestado, algo que puede entenderse como incompatible con este apartado¹⁶².

b. *“Hasta que transcurra este mismo plazo no serán entregados los legados*

Se establece en el apartado tercero que, en el caso de que en el testamento del declarado fallecido se hubiesen instituido legados, quedarán los mismos en suspenso durante un período de 5 años, exceptuándose de esta cautela los denominados “legados píos”¹⁶³. Un sector de la doctrina sostiene que lo que se pretende con la introducción de este apartado es evitar la dispersión del patrimonio del declarado fallecido y conservar así la unidad del mismo. Otra parte de la doctrina entiende que es necesaria una modificación de esta norma, ya que considera que es necesario permitir la entrega desde el momento de la apertura de la sucesión, ya que no ven inconveniente en permitir que el sucesor a título particular pueda recibir el bien legado, con la obligación de devolver dicho bien o lo adquirido con la venta al declarado fallecido que devenga vivo¹⁶⁴.

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

Por último, se establece en el apartado cuarto que los herederos están obligados a formalizar notarialmente un inventario detallado de los bienes inmuebles y una descripción de los inmuebles pertenecientes al declarado fallecido, aunque existiendo un solo heredero no fuera necesaria la partición¹⁶⁵. Esta obligación afecta a todos los sucesores, ya lo sean a título universal o particular. Si la división se hace de manera judicial, conforme a lo dispuesto en el Capítulo I, Título II, Libro Cuarto de la L.E.C (arts. 782 al 189), el inventario obligatorio podrá ser empleado para esta obligación; sin embargo, sí será necesario el inventario de los bienes muebles y descripción de los inmuebles si se hace de manera extrajudicial, mediante contador partidario. El problema, tal y como ha apuntado CORRAL TALCIANI¹⁶⁶, es que no se determina en la norma las consecuencias que derivarían de esta omisión de realizar inventario, produciéndose como único efecto de la omisión que los sucesores no contarán con la prueba de los bienes de los que han tomado posesión. Por ello, en el caso de que reaparezca el declarado fallecido, no habrá constancia de los bienes sobre los que se tomaron posesión y por ello serán responsables de los perjuicios causados de esta omisión.

Debido a la función cautelar de estas medidas, si efectivamente se acredita el fallecimiento del declarado deben dejarse sin efecto.

¹⁶² GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *“La declaración de fallecimiento en el Derecho español”*, Madrid, 2011, Primera edición Pág. 280 y ss.

¹⁶³ Estos legados píos son aquellos que se puedan haber hecho a una confesión religiosa por algún tipo de acto de esas características, las “mandas piadosas”. Un ejemplo son los legados a una iglesia a cambio de realización de misas por el alma del difunto dentro del ámbito de la fe católica. También pueden ser entendidos como legados píos los realizados a favor de alguna institución de beneficencia.

¹⁶⁴ CORRAL TALCIANI, H.F *La declaración de fallecimiento* Madrid, 1991, Pág. 320 y ss.

¹⁶⁵ De acuerdo con la nueva redacción de la L.J. 15/2.015, “se procederá a la adjudicación conforme a lo dispuesto legalmente”.

¹⁶⁶ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, 2011, Primera edición Pág. 296 y ss.

1.2 Momento de apertura de la sucesión

La apertura de la sucesión debe retrotraerse al momento establecido por el auto declaratorio de fallecimiento como fecha de la muerte¹⁶⁷. Como no puede ser demostrada la muerte, ni tampoco el momento en que se produjo, se fija la fecha a partir de la cual se entiende que sucede, llevando aparejada así la apertura de la sucesión. Queda abierta la sucesión no solo de los bienes del causante, sino también de los derechos y las obligaciones que compongan su herencia en el momento de la desaparición, así como aquellos que se hayan adquirido con posterioridad, siempre que se pruebe su existencia.¹⁶⁸ En cuanto al plazo para poder aceptar la herencia, en principio cabe considerar que será el mismo que para el ejercicio de la acción de petición de herencia, es decir, treinta años si se considera acción real, o bien quince si se considera personal. Lo lógico sería entender que se computa desde el momento en el que adquiere firmeza el auto judicial de declaración de fallecimiento.

1.3. Efectos de la declaración de fallecimiento en el régimen económico matrimonial.

Cuando uno de los cónyuges fallece antes de proceder a la partición de la herencia, es preciso disolver la sociedad de gananciales y hacer la liquidación de la sociedad conyugal¹⁶⁹, es decir, hay que determinar qué bienes son propiedad del cónyuge viudo, y que bienes pertenecen a la herencia del declarado fallecido, siendo únicamente éstos y los que eran privativos del causante los que se repartirán en la herencia¹⁷⁰.

Según se señala en el HECHO PRIMERO del caso objeto de resolución, Manolo es declarado fallecido, lo que provoca la disolución del matrimonio contraído con María en marzo de 1996. De acuerdo con el art. 1392.2º y 1393 CC, una vez haya devenido firme el auto de declaración de fallecimiento, se procederá a la disolución de la sociedad de gananciales. Esta disolución traerá consigo el nacimiento de una nueva situación, *la comunidad postganancial*, cuyo efecto más directo es precisamente la liquidación de la sociedad. Durante este periodo de liquidación, los cónyuges o herederos podrán disponer a título oneroso o gratuito de sus respectivos derechos, pero el disponente seguirá siendo el titular del patrimonio en liquidación¹⁷¹. Cabe plantearse, cuales son las normas por las que se regirá esta nueva figura así como el régimen jurídico de la misma. Muchos autores han optado por entender que no se rige por las normas de la sociedad de gananciales, sino por la normativa de la comunidad ordinaria de los arts. 392 y ss. del C.C. Sin embargo, al establecer el art. 1410 C.C que se regirá por lo dispuesto en el Código en cuanto al inventario y adjudicaciones posteriores, puede entenderse que se trata de un régimen especial atendiendo a las circunstancias. El TS ha recogido la línea doctrinal mayoritaria al respecto, entendiendo así que se trata de una figura de naturaleza especial¹⁷².

Con la liquidación de la sociedad de gananciales se pretende determinar los bienes que, procedentes del patrimonio común, van a pasar a formar parte del privativo de cada uno del cónyuges o sus herederos. Este procedimiento de liquidación se encuentra regulado en los artículos

¹⁶⁷ Vid. lo dispuesto anteriormente para la fijación de la fecha de fallecimiento.

¹⁶⁸ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, 2011, Primera edición.

¹⁶⁹ Vid. ANEXOS nº 11 Y 12 relativos a la disolución de la sociedad de gananciales y formación de inventario

¹⁷⁰ Vid. SAP de A Coruña de 11 de septiembre en cuyo FJ 3º Establece que el objeto de la partición de la herencia sólo puede recaer en los bienes de exclusiva propiedad del testador, por lo que mientras no se liquide la sociedad ganancial no puede determinarse cuales son.

¹⁷¹ STS 592/2005 de 10 de julio (RJ\2005\8891, en las que sobre la totalidad de los bienes integrantes de la sociedad postganancial ambos cónyuges poseen la totalidad común, no permitiendo que cada uno pueda disponer de forma aislada de los mismos.

¹⁷² Vid. STS 875/1993 de 28 septiembre (RJ\1993\6657) STS 1266/1998 de 31 de diciembre (RJ\1998\9987) STS 592/2005 de 10 de julio (RJ\2005\8891

806 a 811 de la LEC. En caso de que la disolución se deba a separación, nulidad o divorcio del matrimonio serán los propios cónyuges los que efectuarán dicha liquidación de la sociedad de gananciales, mientras que cuando la disolución se deba a una declaración de ausencia de uno de los cónyuges, la liquidación se hará por el cónyuge presente y el representante legal del ausente. Si la disolución proviene de la muerte de uno de los cónyuges, o de la asimilación por la declaración de fallecimiento¹⁷³, la liquidación deberá realizarse por el cónyuge superviviente y los herederos o por el contador de la herencia en caso de haber sido instituido. En todo caso, deberá realizarse antes de practicar la partición de la herencia¹⁷⁴.

Se designa a María como heredera universal de Manolo, por lo que, al no concurrir con otros herederos, será la única encargada de realizar la disolución de la sociedad de gananciales. En primer lugar, María deberá realizar un inventario de los bienes, derechos y obligaciones que integran la sociedad de gananciales¹⁷⁵. Del importe del activo tendrá que deducir el pasivo para hallar el haber líquido de la sociedad. Después de haber satisfecho las deudas, se dividirá, de acuerdo con lo establecido en el art. 1400 CC, por mitad entre el cónyuge y sus herederos.

De este modo, María recibirá la mitad de los bienes que integran la sociedad de gananciales que tenía con Manolo. La casa que fue vendida a Eustaquio pertenece al caudal de la sociedad, por lo que a María le correspondería la propiedad de la mitad indivisa de la misma al producirse la disolución de la sociedad. Por lo que respecta a la cuenta que ambos tenían en común en Abanca, al disponer en el momento de la declaración de fallecimiento de 65.000€, al efectuarse la disolución de la sociedad, le correspondería a María el total de 32.500€. En cambio, en cuanto al piso que pertenecía de manera privativa a Manolo, no le corresponde nada a María por la disolución de la sociedad.

1.4 Sucesión

Una vez realizada la disolución de la sociedad se producirá la repartición de la herencia. De acuerdo con lo establecido en el HECHO SEXTO del caso, aparece María como heredera universal de Manolo. Cabe suponer en este punto que, en el caso de que Manolo falleciera sin testamento, se cumple lo previsto en los artículos 913 y, fundamentalmente el 944 C.C, es decir, que a falta de herederos testamentarios, y en defecto de ascendientes, descendientes y antes que los colaterales, sucede en todos los bienes del difunto el cónyuge superviviente. Es importante señalar en este punto lo previsto en el art.756.2º C.C, según el cual, es incapaz para suceder por causa de indignidad, el que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador. En este caso, María no ha sido todavía declarada culpable mediante sentencia firme, por lo que, de acuerdo con lo que desprende del art. 758 CC, no cabe calificarla de indigna, ya que es necesario que se dicte sentencia firme. En cualquier caso, no cabría la acción de reclamación de la herencia a María que prevé el art. 760 de restitución con rentas, accesiones y frutos, ya que, de acuerdo con el art.762 no puede alegarse la incapacidad transcurridos 5 años desde que el presunto incapaz estuviere en posesión de la herencia. De ello se deriva, en consecuencia, que María es la heredera universal de Manolo, subrogándose de este modo como propietaria de todos los bienes, derechos y obligaciones del mismo desde el momento de la firmeza del auto judicial de declaración de fallecimiento¹⁷⁶.

¹⁷³ Vid. STS 13 de mayo 1983 (RJ\1983\2819), en cuyos Cdos. 7º y 8º se solicita por el cónyuge del declarado fallecido la disolución de la sociedad de gananciales, estableciendo el Tribunal que el auto declarando el fallecimiento trae consigo la disolución del régimen económico, no entendiéndose que en el caso de que se declare nulo el matrimonio, también lo será la sociedad de gananciales.

¹⁷⁴ AA.VV LLOPIS GINER, J.M (Coord.) *Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones*, Valencia, 2003, Págs. 110 y ss.

¹⁷⁵ Vid. art. 1396 C.C

¹⁷⁶ Vid. art. 660 C.C.

Por lo expuesto, María, en su condición de heredera universal, adquirirá la parte que le correspondía a Manolo de la sociedad de gananciales y sus bienes privativos. Esto es, un 50% de la propiedad que ambos tenían en común así como el 50% del dinero del que ambos disponían en la cuenta corriente y el 100% de la propiedad privativa de Manolo.

2. Efectos patrimoniales de la reaparición del declarado fallecido.

Tal y como se ha reiterado, es posible la reaparición de la persona declarada fallecida. En este punto es imprescindible aplicar lo prescrito en el art.197 C.C. En dicho art. se establece que, si después de la declaración de fallecimiento, se presentase el ausente, o bien se probara su existencia, recobrará los 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 adquieran. Sin embargo, no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos o productos obtenidos con los bienes del caudal hereditario desde el día de su presencia o de la declaración de no haber fallecido¹⁷⁷.

2.1 Acción de recobro del reaparecido

En relación a la determinación de la naturaleza de esta acción de recobro de los bienes, la doctrina se ha planteado si se trata de una acción de petición de herencia, de una acción reivindicatoria, o de otro tipo distinto.

Para GUINEA FERNANDEZ¹⁷⁸, y CORRAL TALCIANI¹⁷⁹, la acción de recobro contenida en el art. 197 CC goza de una naturaleza *sui generis* distinta de la acción reivindicatoria y de la petición de herencia. Según estos autores, para que prospere la acción reivindicatoria, es necesario demostrar su mejor derecho sobre la cosa, por lo que si el actor no puede aportar el título en que funda su pretensión, la acción no prosperará. Además, es importante señalar que el hecho de que el patrimonio del declarado fallecido se haya convertido en herencia, no lo transforma en heredero de su propio patrimonio, sino que, únicamente, genera un derecho a recuperar lo que a uno le pertenece después de constatada su existencia¹⁸⁰.

Sin embargo, no se producirá de manera automática el cambio de titularidad registral sobre los bienes, ya que la recuperación automática, únicamente tendrá lugar en el caso de que los sucesores decidan devolver de manera voluntaria los bienes adquiridos a causa de la sucesión, así como que acepten entregar el precio de los enajenados o los bienes que hubieran adquirido. En caso contrario, se verá obligado el reaparecido a ejercitar algún tipo de acción encaminada a la recuperación de dichos bienes.

El reaparecido recuperará, por tanto, los bienes en el estado en que se encuentren, lo que supone que si dichos bienes han experimentado un incremento de valor no tendrá que abonar el cambio, pero también que si existen perjuicios o deterioros en los mismos, tampoco tendrá el reaparecido derecho a que se le compensen. En el caso de que los bienes y derechos experimentasen alguna carga bajo la titularidad del sucesor, el reaparecido tendrá que soportarla, debiendo de este modo asumir cualquier derecho real, subrogándose además en la posición del sucesor frente a terceros.

Sin embargo, no siempre es posible la recuperación física de los bienes, sino que en algunas ocasiones, el reaparecido únicamente podrá contar con la cantidad recibida por su venta. Al respecto

¹⁷⁷ Vid. SAP Asturias (5ª) 228/2003 de 6 de julio (JUR 2003\268479) FJ 1º

¹⁷⁸ GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, 2011, Primera edición Pág. 370 y ss.

¹⁷⁹ CORRAL TALCIANI, H.F *La declaración de fallecimiento*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991 Págs. 340 y ss.

¹⁸⁰ Vid. SAP Guadalajara (1ª) 169/2009 de 1 de julio (JUR 2009\376024) en cuyo FJ 2º, en la que se establece la posibilidad de admitir la aplicación analógica del art. 197 CC en el caso de una reclamación de un heredero nuevo una vez vendido un bien de la herencia.

cabe señalar que el legislador ha optado por favorecer la posición jurídica del comprador en detrimento de la del reaparecido, porque, si se ha formalizado el contrato de compraventa, el reaparecido tendrá derecho a la cantidad obtenida, pero, sin embargo, no tendrá derecho al bien objeto del negocio jurídico.

De este modo, como criterio general debe prevalecer la consideración de que el ausente reaparecido recuperará sus bienes en el estado en que se encuentren y sin poder impugnar una mala gestión o mala administración, pues el heredero obtuvo el pleno dominio así como la plena disponibilidad de los bienes. Son varias las posibilidades que desde el punto de vista práctico se pueden producir al respecto:

1. En primer lugar, cabe que los bienes no se hayan movido del patrimonio de los herederos, de modo, que el reaparecido podrá recuperar los mismos.
2. Puede suceder que los bienes hayan sido enajenados a terceros de buena fe, en cuyo caso se abonará al reaparecido el precio de venta.
3. Otra posibilidad es que se hubiera vulnerado la prohibición de disponer a título gratuito, en cuyo caso, se devolverán los bienes objeto de disposición, salvo que se hubieran entregado ya a terceros de buena fe, teniendo el reaparecido derecho a la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

3. El contrato de compraventa

La definición legal de la compraventa, establecida en el artículo 1445 C.C, expresa con claridad tres requisitos esenciales en el contrato: el consentimiento, la cosa y el precio. Por lo que se refiere a la capacidad de los sujetos, establece el art. 1457 CC que hay que remitirse a las capacidades generales para prestar consentimiento, estableciéndose las únicas limitaciones en el art. 1458 C.C. En cuanto al objeto, pueden ser todas las cosas *in commercium*, tanto corporales como incorporeales como derechos, estableciéndose una serie de caracteres necesarios: posibilidad, es decir que tenga existencia real, determinación y licitud, y que se encuentren dentro del comercio de los hombres. En último lugar es necesario el precio. En el precio también se exigen una serie de requisitos. En primer lugar, ha de ser un precio real y no ficticio. En segundo lugar, ha de ser un precio cierto, en el sentido de que se determine su cuantía. En tercer lugar, es necesario que este precio consista en dinero o en un signo que lo represente, pudiendo establecerse diferentes modos de pago. En este punto es importante hacer mención a si es necesario que el precio sea justo, es decir que guarde equivalencia con el valor de la cosa. Refleja el Código la idea de origen germánico de que “las cosas valen lo que en el mercado se da por ellas”. Por ello no se establece en el Código Civil la rescisión del contrato si no es por los casos del art. 1291.1º y 2º¹⁸¹. La jurisprudencia establece al respecto, que si el precio es inferior al normal para la cosa vendida, carece de relevancia, pues mientras exista un precio cierto, la venta será válida¹⁸².

3.1 La transmisión de la propiedad en la compraventa y la venta de cosa ajena

Se discute por la doctrina si el vendedor tiene la obligación de transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida. La compraventa se estructura en nuestro C.C como un contrato consensual que genera a cargo del vendedor la obligación de entrega de la posesión pacífica de la

¹⁸¹ Vid. art. 1293 C.C

¹⁸² Vid. la STS 19 de abril (RJ\1990\273) en cuyo F.J 9º señala que “el principio del enriquecimiento injusto no es aplicable al contrato de compraventa, por estar excluida de nuestro ordenamiento jurídico la regla del precio justo, al no estimarse indispensable la existencia de una exacta adecuación entre el precio pactado y el verdadero valor de la cosa enajenada”.

cosa vendida y el saneamiento en caso de evicción¹⁸³, no existiendo por el vendedor la obligación de transmitir la propiedad de la cosa¹⁸⁴.

En cuanto a la venta de cosa ajena, nuestro C.C no regula nada al respecto. La mayor parte de la doctrina se decanta en favor de la validez del contrato, por considerar que el vendedor sólo contrae la obligación de entrega de la cosa al comprador, sin que ningún precepto le obligue a que sea el propietario de la misma en el momento de la perfección del contrato, existiendo sin embargo matizaciones respecto a si concurre o no error o dolo. En el caso de la entrega por el vendedor de cosa ajena, si el verdadero dueño reclama y reivindica la cosa, el comprador podrá ejercitar la acción de saneamiento por evicción, y si el dueño no la reclama, el comprador podrá adquirir el dominio por usucapión.

Aunque nuestro ordenamiento no sanciona con la nulidad la venta de cosa ajena, se establece que el vendedor de la cosa ajena está obligado a adquirirla para cumplir el contrato, o bien conseguir que su propietario la transmita al comprador. En el caso de que no lo consiga, deberá indemnizar por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato¹⁸⁵. Cuando el vendedor entregue al comprador una cosa ajena habrá que tener en cuenta las reglas del saneamiento por evicción si la propiedad es reclamada con éxito por su propietario, art. 1475 C.C¹⁸⁶

La teoría del título y el modo es la que permite admitir la eficacia de la venta de cosa ajena sin necesidad de acudir a otros tipos contractuales, como el precontrato, o la compraventa condicional, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos en lo que se sigue el sistema de transmisión de la propiedad por consenso. En cualquier caso, no conviene, sin embargo, generalizar este planteamiento, ya que el TS ha desestimado recursos en razón de la existencia de dolo u ocultación maliciosa por parte de los vendedores de cosa ajena.¹⁸⁷

No obstante, resulta preciso destacar que en el ámbito jurisprudencial, el T.S no ha mantenido una posición uniforme en relación a esta cuestión a lo largo del tiempo. Así, en un primer momento se posicionó en contra de la validez de la venta ajena¹⁸⁸. Para, a partir del año 1954, afirman la validez del contrato, declarado que “*la venta de cosa ajena, ya admitida en el Derecho Romano, en el Fuero Juzgo y en las Partidas, lo es también en nuestro derecho vigente (...) sin que hoy ningún precepto de nuestro ordenamiento exige que sea propietario de la cosa vendida*”.

Por su parte, la STS núm. 372/2000 de 14 de abril de 2000¹⁸⁹ indica en su F.J primero que la jurisprudencia más reciente reconoce la validez de esta venta de cosa ajena, reiterando lo expuesto anteriormente, de que el C.C no indica en ningún precepto que el vendedor deba de ser el propietario de la cosa sin perjuicio de que el verdadero dueño pueda reivindicar la cosa frente a quien la vendió, y todo ello, teniendo el comprador a su favor el correspondiente derecho de indemnización o de

¹⁸³ Vid. arts. 1461, 1462, 1474 C.C

¹⁸⁴ Respecto a esta cuestión se ha pronunciado la jurisprudencia. Por ejemplo la sentencia de 28 de noviembre de 1986 (RJ\1986\6785) dice en su FJ 3º que la compraventa no constituye un modo de adquirir la propiedad y sólo impone al vendedor la obligación de entrega de la cosa. Sin embargo, algunos autores como DÍEZ-PICAZO o GULLÓN, señalan que en la compraventa la transmisión de la propiedad se establece como una de las obligaciones que integran este tipo de contrato fundado en los usos. Ob. Cit. **LETE DEL RÍO, J.M; LETE ACHIRICA, J**, *Derecho de Obligaciones, Contratos* Pamplona, 2006, Pág. 70

¹⁸⁵ Vid. arts. 1101, 1106 y 1124 C.C

¹⁸⁶ **BERCOVITZ RODRIGUEZ. CANO, R.** *Manual de Derecho Civil (contratos)*, Madrid, 2003 Págs. 100 y 101

¹⁸⁷ Vid. al respecto, **SEOANE SPIEGELBERG, J.L.**, “Tratamiento Jurisprudencial de la nulidad y anulabilidad del contrato de compraventa y análisis de su problemática procesal” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.19/2005, 2006 Pág. 8 y ss.

¹⁸⁸ Vid. SSTs de 1 de mayo de 1948 y de 23 de junio de 1951.

¹⁸⁹ STS núm. 372/2000 de 14 de abril (RJ\2000\3376) F.J 1º

saneamiento. Cabe hacer mención también a la STS núm. 89/2001 de 7 de febrero de 2001¹⁹⁰, que en su fundamento jurídico tercero reconoce el derecho del comprador a exigir el cumplimiento, salvo que opte por la anulación del negocio. Recoge esta sentencia además la reiterada doctrina del Tribunal al respecto, señalando nuevamente la admisión de esta figura por el ordenamiento, salvo en los casos que dan lugar a la anulabilidad por dolo, aludiendo a otras sentencias, como por ejemplo la STS de 5 de Julio de 1976, la de 11 de noviembre de 1997, o la de 31 de diciembre de ese mismo año, que sigue reconociendo el derecho del comprador a exigir el cumplimiento, salvo que se opte por la resolución fundada en el incumplimiento del vendedor o por la anulación del negocio por error o dolo.

En nuestro caso no puede hablarse de una venta de cosa ajena, puesto que, en realidad, en el momento de realizarse la venta por parte de María, ella tenía un justo título de venta, ya que disponía en la misma de los bienes vendidos como heredera universal de Manolo. De otra manera, todo lo expuesto en referencia a la apertura de la sucesión en caso de declaración de fallecimiento y sus consecuentes cautelas no tendría sentido alguno. No obstante, resulta necesario destacar que, en base a lo establecido en el CC, el declarado fallecido en caso de reaparición, tendrá derecho a los bienes en el estado en que se encuentren, así como que en caso de venta de los mismos, tendrá derecho a su precio, sin mayor limitación que la posible acción de recobro contra sus herederos en caso de que no quieran restituirle el precio, estableciendo así una gran garantía al comprador de buena fe, que, en ningún caso, vería perjudicado su derecho.

4. Conclusión de derechos sobre los bienes relativos a esta cuestión

a. Respecto de la casa que tenían en común.

Como se ha señalado, María era la titular del 50% de esta finca al ser parte de la sociedad de gananciales. En cambio, la otra mitad indivisa la adquiere por la herencia del presunto causante. De este modo, en atención a lo indicado anteriormente, si María vende a Eustaquio la casa por 240.000€, la mitad del importe sería de María, puesto que la adquirió una vez disuelta la comunidad ganancial. De este modo, una vez reaparecido Manolo, éste, al no poder recuperar el bien en el estado en el que se encontraba en el momento de su desaparición, tendrá derecho a la otra mitad del precio por el que se enajenó el bien. Es decir, deberá María abonar a Manolo 120.000€.

b. Respecto a la vivienda que Manolo poseía con carácter privativo.

En este caso, María adquiere el pleno dominio sobre la finca mediante su título de heredera de Manolo. Por tanto, y al igual que en supuesto anterior, al ser imposible la restitución del bien al reaparecido, le corresponderá al mismo, el importe total por el que se enajenó el bien, es decir los 175.000€

c. Respecto de la cuenta de la que ambos eran titulares

El dinero depositado en cuentas corrientes, ya sea a nombre de uno de los cónyuges o de ambos, se presume ganancial por aplicación del art. 1361 C.C, salvo prueba en contrario del carácter privativo de los fondos depositados. María, al disolver la sociedad de gananciales, de los 65.000€ que había en la cuenta, es dueña de 32.500€, mientras que la otra mitad la adquiere María por su condición de heredera universal. En este caso, Manolo, al recuperar sus bienes en el estado en el que se encuentren, únicamente tendrá derecho a la parte proporcional de lo que resulte de la cuenta, es decir a 7.500€, puesto que los herederos no responden de los posibles detrimentos de sus bienes.

¹⁹⁰ STS núm. 89/2001 de 7 de febrero (RJ\2001\1162) F.J 3º

Para concluir, señalar nuevamente, que, tanto Eustaquio como Miriam, se configuran como titulares del pleno dominio de los inmuebles, ya que los adquieren de buena fe, independientemente del precio, y de una persona que además poseía en aquel momento justo título para transmitir.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE LAS DISPOSICIONES CITADAS

- 1881

Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil

- 1882

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

- 1889

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

- 1957

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

- 1978

Constitución Española 27 de diciembre de 1978

- 1995

Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre

- 2003

Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros

- 2004

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

- 2015

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV GARCÍA MARTÍN, L; *Lecciones y consecuencias del delito* Quinta edición, Valencia 2016

AA.VV LLOPIS GINER, J.M (Coord.) *Curso Básico de Derecho de Familia y Sucesiones*, Valencia, 2003,

AA.VV VERA SÁNCHEZ, J (coord.) *Manual de Derecho Penal Parte Especial (Tomo I)* Valencia, 2015

AA.VV. SANCHEZ CALERO, F.J (Coord.) “*Curso de Derecho Civil I. Parte General y derecho de la persona*”. Valencia, 2015, Sexta edición.

AAVV. SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C (Coord.) *Manual de Derecho Penal (Tomo II) Parte especial* Valencia, 2008 Quinta edición

BERCOVITZ RODRIGUEZ. CANO, R. *Manual de Derecho Civil (contratos)*, Madrid, 2003

BERNING PRIETO, A.D, “*La intervención de las comunicaciones electrónicas*”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2012, 2012

CORRAL TALCIANI, H.F *La declaración de fallecimiento*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991

DE URBANO CASTRILLO, E. *Consentimiento y violencia familiar: consecuencias penales* (SP/DOCT/3297).

DE URBANO CASTRILLO, E., TORRES MORATO, M.A, *La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial*, Pamplona, 2010

DIAZ CABIALE, J. A., y MARTIN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Ed. Civitas, Madrid, 2001

ESCOBAR, R, La reforma penal de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, *SepinNET Revista Práctica Penal* n°18, 2005

FUENTES OSORIO, J.L, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 16

FUENTES SORIANO, O; *Las medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor* (SP/DOCT/3492).

- GARCIA RODRIGUEZ, M**, “La violencia de género: su tratamiento en la jurisdicción penal”, *SepinNET Revista Práctica Penal* núm.5, 2003
- GUINEA FERNÁNDEZ, D.R.**, “La declaración de fallecimiento en el Derecho español”, Madrid, 2011, Primera edición
- GUTIERREZ ROMERO, F.M**; *Cuestiones prácticas que suscita la aplicación de las medidas judiciales de protección de víctimas de violencia de género*. Enero 2011 (SP/DOCT/9885)
- LASARTE, C.** *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Ponds, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, Sexta edición.
- LASARTE, C.** *Parte General y Derecho de la Persona* Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007, Decimotercera edición.
- LETE DEL RÍO, J.M**; **LETE ACHIRICA, J**, *Derecho de Obligaciones, Contratos* Pamplona, 2006.
- LOPEZ FRAGOSO- ALVAREZ, T.** *Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*, Madrid, 1994
- MAGRO SERVET, V**; *La absorción de delitos en la violencia de género*. Diciembre 2009 (SP/DOCT/17306)
- MARTINEZ LANZAROTE, P.** *El incumplimiento de la pena o medida de alejamiento con el consentimiento de la víctima de un delito de violencia de género*. Enero de 2006 (SEP/DOCT/2757)
- MONTERO AROCA, J**; **GÓMEZ COLOMER, L**; **BARONA VILAR, S**; **ESPARZA LEIBAR, I**; **ETXEBERRÍA GURIDI J.F** “Derecho jurisdiccional III Proceso penal” 23 edición
- MORALES PRATS, F.** *Comentarios Código Penal (Tomo II)*, Diciembre de 2008
- MORENO CATENA, V.** y **CORTES DOMINGUEZ, V**; *Derecho Procesal Penal* Valencia, 2015 7ª edición
- MUÑOZ CONDE, F.** y **GARCIA ARAN, M**; *Derecho Penal Parte General* Séptima edición, Valencia 2007
- PRATS CANUT, J.M**; *Comentarios al Código Penal (Tomo I)*, Diciembre, 2008
- SEOANE SPIEGELBERG, J.L.**, “Tratamiento Jurisprudencial de la nulidad y anulabilidad del contrato de compraventa y análisis de su problemática procesal” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.19/2005, 2006

JURISPRUDENCIA

- AAP Barcelona de 23 de mayo 2000 (JUR\2000\213615)
- AAP de Lugo 767/2014 de 14 de octubre (SP/AUTRJ/787339)
- AAP Islas Baleares 17/2008 de 29 de enero (JUR\2008\124277)
- AAP Madrid 120/2004 de 13 de mayo (AC\2004\1203)
- AAP Madrid 365/2007 de 12 Abril (AC\2007\920)
- AAP Soria 14/2012 de 27 de marzo (JUR\2012\181919)
- AAP Soria 67/2010 de 15 de Diciembre (AC\2011\221)
- ATC 400/2004 de 27 de octubre (RTC\2004\400 AUTO)
- ATS 2068/2000 de 21 julio. (RJ 2000\7514)
- SAP ASTURIAS 228/2003 (JUR\2003\268479)
- SAP Asturias 228/2003 de 6 de julio (JUR 2003\268479)
- SAP Córdoba 25/1999 de 21 de abril. (ARP 1999\999)
- SAP de Almería 597/2015 de 22 de diciembre (JUR\2016\47875)
- SAP de Cantabria 111/2005 de 22 de julio de 2005 (JUR 2005\206877)
- SAP Guadalajara 169/2009 de 1 de julio (JUR 2009\376024)
- SAP islas baleares 66/13 de 27 de junio (JUR 2013\253356)
- SAP Palmas 7/2010 de 1 de febrero (JUR 2010\135791)
- SJP nº1 de Sevilla 568/1999 de 26 de noviembre (JUR 2001\102494)

SJP Sevilla 272/2005 de 29 de Julio (SP/SENT/73318)
STC 77/2010 de 19 de octubre (RTC 2010\77)
STS 10/2007 de 19 enero. (RJ 2007\675)
STS 100/2000, de 4 de febrero (RJ 2000/298)
STS 1015/1997 de 9 de Julio de 1997 (RJ 1997\5749)
STS 1031/2003 de 8 de septiembre (RJ 2003\6352)
STS 1156/2005 de 26 septiembre. (RJ 2005\7380)
STS 1161/2000 de 26 junio. (RJ 2000\5801)
STS 1266/1998 de 31 de diciembre (RJ\1998\9987)
STS 13 de mayo 1983 (RJ\1983\2819)
STS 1309/2005 de 11 de noviembre (RJ\2006\46)
STS 1311/2000, de 21 de julio (RJ 2000/6917)
STS 137/08 de 18 de febrero (RJ 2008\2696)
STS 1474/1999, de 18 de octubre (RJ 1999/7575)
STS 15 febrero de 1988 (RJ 1988\1060)
STS 1537/2000 9 octubre de 2000 (RJ 2000\8267)
STS 16 de octubre de 1985 (RJ 1985\4996)
STS 1617/2003 de 2 de diciembre núm. (RJ 2003\9397)
STS 169/2003 de 10 de febrero (RJ 2003\2438)
STS 1762/1994 de 11 de octubre (RJ\2994\8170)
STS 178/2001 de 13 de febrero (RJ 2001\1256)
STS 1866/2002 de 7 de noviembre (RJ 2002\10074)
STS 19 de abril (RJ\1990\273)
STS 1990/2001 de 24 de octubre (RJ 2001/10318)
STS 207/2010 de 18 de Julio (RJ\2010\4890)
STS 209/1996 de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996\1955)
STS 2129/2007 de 29 de noviembre (JUR\2008\11255)
STS 22 de febrero de 1989 (RJ 1989\1635)
STS 23 de abril de 1988 (RJ 1988\2853)
STS 25 de junio de 1993 (RJ 1993\4746)
STS 322/1999 de 5 marzo de 1999 (RJ 1999\1295)
STS 362/2011 de 6 de mayo (SP/SENT/632548)
STS 372/2000 de 14 de abril (RJ\2000\3376)
STS 382/2001 de 13 de marzo (RJ 2001\1353)
STS 390/2013 de 29 de abril (RJ\2013\4343)
STS 440/2006 de 7 de abril (RJ\2006\2247)
STS 492/2007 de 7 junio. (RJ 2007\4745)
STS 525/2009 de 26 mayo. (RJ 2009\4196)
STS 545/1998 de 13 de enero (RJ\1999\392)
STS 592/2005 de 10 de julio (RJ\2005\8891)
STS 613/06 de 1 de junio (RJ 2006\4764)
STS 628/2008 de 15 octubre. (RJ 2008\7734)
STS 681/2007 de 10 julio. (RJ 2007\5160)
STS 683/2007 de 17 de julio (RJ\2007\3798)
STS 69/2006 de 20 enero. (RJ 2006\4317)
STS 775/2007 de 28 septiembre. (RJ 2007\5323)
STS 792/1997 de 30 de mayo (RJ\1997\4444)
STS 815/2005 de 15 de junio de 2005 (RJ 2005\5361)
STS 826/2002 de 10 de mayo (RJ 2002\6909)
STS 836/07 de 24 de octubre (RJ 2007\6848)

STS 864/2005 de 22 de junio (RJ 2005\5516)

STS 875/1993 de 28 septiembre (RJ\1993\6657)

STS 89/2001 de 7 de febrero (RJ\2001\1162)

STS 913/08 de 20 de noviembre (RJ 2008\7740)

STS 993/1995 de 6 de octubre (RJ 1995\7595)

STS de 3 de junio de 1991 (RJ 1991\4483)

STSJ Castilla la Mancha 7/2009 de 6 de noviembre (SP/SENT/492081)

STSJ de Murcia 3/2015 de 19 de junio (SP/SENT/817983)

STSJ País Vasco 2/2008 de 17 de marzo (SP/SENT/166552)

SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO, EN EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

(Nota: En la declaración de fallecimiento, será competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio de la persona de cuya declaración de fallecimiento se trate, o, en su defecto, el de su última residencia. No obstante lo anterior, si se tratara de la declaración de fallecimiento en los supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 194 del Código Civil, será competente, en relación con todos los afectados, 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.)

D./D.^a, _____, procurador/a de los Tribunales (Nota: Se comparece asistido por Letrado y representado por Procurador, pero téngase en cuenta que conforme a la previsión general del art. 3.2 y concretamente para declaración de fallecimiento, el art. 68.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, señalan que no será preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador.) , en nombre y representación de D./D.^a, _____ (Nota: Datos del interesado en función de la legitimación que atribuyen los arts. 68.2 y el 74.2 de la LJV (Ministerio fiscal y/o cónyuge no separado legalmente, la persona que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y cualquier persona que fundadamente pueda tener sobre los bienes, algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte)) , según se acredita por medio de escritura de poder que se acompaña a la presente (Nota: O solicitud de señalamiento de día y hora para apoderamiento apud acta o apoderamiento a través de comparecencia electrónica.) , bajo la dirección técnica del letrado D./D.^a _____, colegiado n.º _____, del Ilustre Colegio de Abogados de _____ ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en derecho, **DIGO:**

Que al amparo de lo dispuesto en los artículos 68 y 74 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en relación con los artículos 193 y ss. del Código Civil, modificados por la Ley 15/2015, de 2 de julio, por medio del presente escrito, venimos a promover la **DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO** de D./D.^a, _____, mediante el correspondiente expediente de Jurisdicción Voluntaria en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO. Que D./D.^a, _____, con DNI _____, tuvo su último domicilio en esta localidad, en la C/ _____.

Se acompaña como documento n.º 1 y 2 fotocopia del DNI y certificado de empadronamiento.

SEGUNDO. Que el pasado día _____ emprendió viaje aéreo a _____ en el vuelo n.º _____ de la compañía aérea _____ .

Dicho vuelo nunca llegó a su destino al desaparecer sobre el océano _____ sin que hasta el día de hoy se hayan tenido noticias del mismo ni de supervivientes.

Se acompaña como documento n.º 3, 4, 5 recorte de periódicos, certificados de la compañía aérea de la condición de viajero de D./D.ª, _____ y de Aviación Civil.

Por tanto desde su desaparición han transcurrido mas de un mes contado desde las últimas noticias de las personas o de la aeronave y, en su defecto, desde la fecha de inicio del viaje, tal y como exige el art. 194.5º del Código Civil que se expondrá.

TERCERO. Que mi patrocinado está legitimado para iniciar esta declaración por ser cónyuge (Nota: Téngase en cuenta para la legitimación que los art. 68.2 y 74.2 LJV atribuyen legitimaciones distintas en función del supuesto en que nos encontremos.) de la persona cuya declaración de fallecimiento se insta.

Se acompaña como documento n.º 6 certificado de matrimonio.

A los anteriores hechos, les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

CAPACIDAD. Mi patrocinado es mayor de edad y ostentan la capacidad procesal necesaria conforme a lo establecido en los arts. 6 y ss. de la LEC de aplicación supletoria a la Ley de Jurisdicción Voluntaria (Nota: Téngase en cuenta que a tenor del art. 8 de la LJV "Las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado por la presente Ley".)

II

REPRESENTACIÓN. Se comparece asistido por Letrado y representado por Procurador, pero téngase en cuenta que conforme a la previsión general del art. 3.2 y concretamente para la declaración de fallecimiento, el art. 68.4 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, señalan que no será preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador.

III

LEGITIMACIÓN. El artículo 68.2 y 74.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria dispone que tienen legitimación los cónyuges entre otros (Nota: Se parte de un supuesto de declaración de fallecimiento por accidente de aeronave no verificado del art. 194.5º CC, pero téngase en cuenta la diferente legitimación que señalan los art. 68.2 y 74.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en relación con el art. 194 del Código Civil en función del supuesto. Dispone el arts. 68.2 que "están legitimados para presentar la solicitud de los expedientes de declaración de ausencia y fallecimiento el Ministerio Fiscal, de oficio o

en virtud de denuncia, el cónyuge del ausente no separado legalmente, la persona que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y cualquier persona que fundadamente pueda tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte. No obstante, 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" y añade el art. 74.2 que "La declaración de fallecimiento a que se refieren el artículo 193 y los apartados 1, 4 y 5 del artículo 194 del Código Civil podrá instarse por los interesados o por el Ministerio Fiscal, y se tramitará conforme a lo establecido en este capítulo.") para instar la declaración de fallecimiento.

IV

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. Es competente el Juzgado al que nos dirigimos al corresponder con el domicilio de la persona cuya declaración de fallecimiento se instala y como dispone el art. 68.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (Nota: Se parte de un supuesto de declaración de fallecimiento por accidente de aeronave no verificado del art. 194.5° CC pero téngase en cuenta los diferentes foros de competencia que señala el art. 68.1 de la LJV en función del supuesto de que se trate al disponer: "En la declaración de ausencia y fallecimiento, será competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio de la persona de cuya declaración de ausencia o fallecimiento se trate, o, en su defecto, el de su última residencia. No obstante lo anterior, si se tratara de la declaración de fallecimiento en los supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 194 del Código Civil, será competente, en relación con todos los afectados, 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.")

V

PROCEDIMIENTO. Que el procedimiento a seguir es el de Jurisdicción Voluntaria (art. 68 y 74LJV).

VI

INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL. De conformidad con los artículos 4, y 78 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, el art. 277 del Reglamento del Registro Civil, el art. 77 de la LJV y 198 del CC.

VII

ASUNTO DE FONDO. Los artículos 193 y ss. del Código Civil, en su redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria establecen:

Artículo 193

"Procede la declaración de fallecimiento:

1º) Transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición.

2º) Pasados cinco años desde las últimas noticias o, en defecto de éstas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años.

Los plazos expresados se computarán desde la expiración del año natural en que se tuvieron las últimas noticias, o, en su defecto, en que ocurriera la desaparición.

3º) Cumplido un año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses.

Se presume la violencia si en una subversión de orden político o social hubiese desaparecido una persona sin volverse a tener noticias suyas durante el tiempo expresado, siempre que hayan pasado seis meses desde la cesación de la subversión."

Artículo 194

"Procede también la declaración de fallecimiento:

1º .De los que perteneciendo a un contingente armado o unidos a él en calidad de funcionarios auxiliares voluntarios, o en funciones informativas, hayan tomado parte en operaciones de campaña y desaparecido en ellas luego que hayan transcurrido dos años, contados desde la fecha del tratado de paz, y en caso de no haberse concertado, desde la declaración oficial del fin de la guerra.

2.º 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.

3.º De los que no se tuvieron 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.

4.º De los que se encuentren a bordo de una nave que se presuma naufragada o desaparecida por inmersión en el mar, por no llegar a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes, luego que en cualquiera de los casos haya transcurrido un mes contado desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje.

5.º De los que se encuentren a bordo de una aeronave que se presume siniestrada al realizar el viaje sobre mares, zonas desérticas o inhabitadas, por no llegar a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes, luego que en cualquiera de los casos haya transcurrido un mes contado desde las últimas noticias de las personas o de la aeronave y, en su defecto, desde la fecha de inicio del viaje. Si éste se hiciera por etapas, el plazo indicado se computará desde el punto de despegue del que se recibieron las últimas noticias."

Artículo 195

"Por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo investigaciones en contrario.

Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario."

Artículo 196

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

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

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

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

Artículo 197

"Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probara su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto. En su virtud, invocando los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,"

En el presente supuesto se dan las circunstancias del art. 194.5º CC al tratarse de un accidente aéreo sin constancia de restos ni de supervivientes y habiendo transcurrido sobradamente los plazos señalados en la Ley.

Por todo ello,

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por presentado este escrito, se admita a trámite y en su virtud, se tenga por solicitado expediente de Jurisdicción Voluntaria sobre declaración de fallecimiento y tras los trámites legales previstos, se dicte decreto declarando el fallecimiento de D./ Dña. _____, fijando el día _____ como fecha a partir de la cual se entiende el fallecimiento y remita testimonio para su inscripción en el Registro Civil de _____.

Por ser Justicia que pido en _____ (Nota: Lugar y fecha de solicitud)

Firma electrónica Abogado _____ Firma electrónica Procurador _____

(Téngase en cuenta que la firma electrónica no será exigible a particulares hasta enero de 2017)

PERSONACIÓN DEL DECLARADO FALLECIDO

Autos n.º ___/____

Jurisdicción Voluntaria n.º ___/____

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

(Nota: Juzgado que está o ha estado tramitando la declaración de fallecimiento.)

D./D.^a, _____, procurador/a de los Tribunales (Nota: Para estas actuaciones no es preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador.) , en nombre y representación de D./D.^a, _____ (Nota: Datos del declarado fallecido.) , según se acredita por medio de escritura de poder que se acompaña a la presente (Nota: O solicitud de señalamiento de día y hora para apoderamiento apud acta o apoderamiento a través de comparecencia electrónica.) , bajo la dirección técnica del letrado D./D.^a _____, colegiado n.º _____, del Ilustre Colegio de Abogados de _____ ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en derecho, **DIGO:**

Que se ha tenido constancia de la existencia del procedimiento de jurisdicción voluntaria supra referenciado que finalizó por decreto de fecha _____ por el que se declara fallecido a mi patrocinado D./D.^a, _____, con efectos desde la fecha_____.

Que mi patrocinado que se identifica con el documento de identidad n.º _____ que se aporta como documento n.º 1 no falleció en el accidente aéreo ya que nunca tomó el avión sino que se encontraba en el extranjero, por lo que al amparo de lo dispuesto en los artículos 75 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, por medio del presente escrito, tras los trámites legales y celebración de la comparecencia venimos a instar **SE DEJE SIN EFECTO LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO** de D./D.^a, _____, mediante el correspondiente expediente de Jurisdicción Voluntaria.

Por todo ello,

SUPLICO AL JUZGADO que tenga por presentado este escrito, se admita a trámite y en su virtud, se tenga por presentada la presente solicitud y tras la celebración de la comparecencia, se dicte decreto dejando sin efecto el decreto de fecha _____ que contenía la declaración de fallecimiento de D./ Dña. _____ y remita testimonio para dejar sin efecto la inscripción practicada en su día en el Registro Civil de _____.

Por ser Justicia que pido en _____ (Nota: Lugar y fecha de solicitud)

Firma electrónica Abogado _____ Firma electrónica Procurador _____

(Téngase en cuenta que la firma electrónica no será exigible a particulares hasta enero de 2017)

DEMANDA SOBRE EFICACIA CIVIL DE NULIDAD DICTADA POR TRIBUNAL ECLESIAÍSTICO

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

DON/DOÑA ____, Procurador/a de los Tribunales, colegiado/a n°____, en nombre y representación de **DON/DOÑA** ____, mayor de edad, con D.N.I. _____ y domicilio en _____ calle _____ n° _____, piso _____, C.P. _____, según escritura de poder que acompaño (Nota: O solicitud de señalamiento de día y hora para apoderamiento apud acta o apoderamiento a través de comparecencia electrónica) , asistido/a por el Letrado don/doña _____, colegiado/a n° _____ del Colegio de Abogados de _____, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que, mediante el presente escrito, formulo **DEMANDA EN SOLICITUD DE EFICACIA CIVIL DE LA SENTENCIA DE NULIDAD DE MATRIMONIO** dictada por el Tribunal Eclesiástico de la Archidiócesis de _____, Notaría n° _____, en fecha ____, en la causa canónica seguida entre los cónyuges, don/doña _____, mi representado/a, y don/doña _____, con domicilio en _____, calle _____, n° _____, piso _____, C.P. _____, donde debe ser citado/a y emplazado/a.

Y con intervención del **MINISTERIO FISCAL**.

Se basa la presente petición en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO. Mi representado/a, don/doña _____, contrajo matrimonio canónico con el/la demandado/a, don/doña _____, el día _____. Matrimonio que figura inscrito en el Registro Civil de _____, Sección 2ª, Tomo _____, Folio _____. Acompaño, como Documento n° __, certificación literal de la inscripción de dicho matrimonio en el Registro Civil.

SEGUNDO. De dicho matrimonio existen dos hijos/as: _____, nacido/a el día _____, y _____, nacido/a el día _____, ambos menores de edad. Sus nacimientos figuran inscritos en el Registro Civil de _____, Sección 1ª, Libro _____, Folio _____; y Libro _____, Folio _____, respectivamente.

Se acompañan, como **Documentos n° _ y _**, certificados literales de la inscripción de sus respectivos nacimientos.

TERCERO. Mi representado/a, don/doña _____, mediante demanda de fecha _____, interpuesta ante el Tribunal Eclesiástico de la Archidiócesis de _____, promovió causa de nulidad de matrimonio canónico contra su cónyuge don/doña _____, de la cual conoció la Notaría número ____ de dicho Tribunal, recayendo en este proceso la Sentencia de fecha _____, ratificada por el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica, en virtud de Decreto de fecha _____.

Tanto la Sentencia del Tribunal Eclesiástico como el Decreto del Tribunal de la Rota, son auténticas, firmes, ejecutivas y no han sido dictadas en rebeldía, así consta en los testimonios literales e íntegros que de las citadas resoluciones canónicas se acompañan como Documentos n° _ y _.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:**I**

CAPACIDAD: Mi mandante está capacitado/a para el presente procedimiento, a tenor de los artículos 6 y 7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por ser persona física y hallarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles, sin que concurra causa alguna que le inhabilite para ello.

II

LEGITIMACIÓN: Conforme al artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tienen legitimación activa y pasiva, respectivamente, mi representado/a y el demandado/a, por ser los contrayentes del matrimonio cuya nulidad canónica ha sido decretada por la sentencia del Tribunal Eclesiástico cuya eficacia en el orden civil se solicita.

III

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL: Deberá ser oído el Ministerio Fiscal por establecerlo así el artículo 778.1 de la citada norma procesal.

IV

REPRESENTACIÓN PROCESAL Y DEFENSA LETRADA: El/la demandante litiga representado por Procurador y asistido de abogado, conforme exige el artículo 750.1 (Nota: La redacción del artículo 750 LEC ha sido modificada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma procesal para la implantación de la oficina judicial.) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

V

JURISDICCIÓN: Corresponde al órgano al que me dirijo en virtud del artículo 4 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 36 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

VI

COMPETENCIA OBJETIVA: Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia conforme al artículo 769.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

COMPETENCIA TERRITORIAL: Es competente el Juzgado al que me dirijo, en virtud del precepto anteriormente citado, por ser el del último domicilio del matrimonio.

VII

PROCEDIMIENTO: No solicitando mi representado/a la adopción o modificación de medidas, corresponde tramitar el presente procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 778.1 de la norma procesal civil.

VIII**ASUNTO DE FONDO:**

Art. VI. 2 del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 dediciembre de 1979: *"Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho canónico, podrán acudir a los Tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión*

pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente".

Artículo 80 del Código Civil: *"Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al Derecho del estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a que se refiere el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento civil".*

Artículo 778.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: *"En las demandas en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, si no se pidiera la adopción o modificación de medidas, el tribunal dará audiencia por plazo de diez días al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal y resolverá por medio de auto lo que resulte procedente sobre la eficacia en el orden civil de la resolución o decisión eclesiástica".*

Artículo 76 de la Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil: *"Las sentencias y resoluciones sobre validez, nulidad o separación del matrimonio y cuantos actos pongan término a éste se inscribirán al margen de la inscripción de matrimonio".*

Artículo 265, párrafo 1º del Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958: *"La inscripción de las resoluciones sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato requieren que previamente su ejecución haya sido acordada por Juez civil competente".*

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que, por presentado este escrito, con los documentos acompañados y copia de todo ello, se sirva tener por formulada por DON/DOÑA _____ **DEMANDA EN SOLICITUD DE LA EFICACIA CIVIL DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL ECLESIASTICO** de la Archidiócesis de _____, Notaría número _____, de fecha _____, de nulidad del matrimonio canónico entre mi representado/a don/doña _____ y don/doña _____, ratificada y declarada firme por Decreto del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de fecha _____, y una vez oídos el otro cónyuge y el Ministerio Fiscal, previos los trámites legales pertinentes, dicte Auto declarando dicha resolución eclesiástica ajustada al Derecho del Estado y acordando su eficacia en el orden civil; remitiendo directamente dicha resolución al Registro Civil de _____, para su debida inscripción.

OTROSÍ DIGO: Que siendo general el poder para pleitos que se acompaña,

SUPLICO AL JUZGADO: Acuerde su devolución a esta parte, previo desglose y una vez tomada nota bastante en los presentes autos.

Es Justicia que pido en ____ (Nota: Lugar y fecha).

Firma electrónica Abogado _____ Firma electrónica Procurador _____

Col. n.º: _____ Col. n.º: _____

AUTO DE INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN DE _____

Diligencias Previas ____/____

AUTO

En _____, (Nota: Lugar y fecha en que se dicta el Auto)

HECHOS

PRIMERO. En las presentes diligencias, incoadas en virtud de atestado núm. ____ de la Brigada de Delitos _____, de la Dirección General de la Policía (o de la Guardia Civil), se investigan delitos de _____, cometidos por un grupo o banda organizada formada, entre otros, por _____, (Nota: Citar los nombres de los componentes de la banda conocidos y cuyos teléfonos o comunicaciones telefónicas vayan a intervenir)

SEGUNDO. Para avanzar con las investigaciones, así como para el buen éxito de las mismas, dicha Brigada interesó de este Juzgado, en funciones de guardia, el secreto de las actuaciones y la grabación de las conversaciones telefónicas que se produzcan a través de los números _____, (Nota: Indicar con exactitud los números de teléfono y a quién de los investigados corresponde su titularidad)

TERCERO. Por auto de este Juzgado, de esta misma fecha, se ha acordado el secreto de las presentes diligencias por plazo de un mes.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. El art. 18.3 CE garantiza el secreto de las comunicaciones telefónicas, salvo resolución judicial. Resolución judicial que, desde luego, ha de estar motivada.

SEGUNDO. En las presentes diligencias se investigan graves delitos de _____, cometidos por un grupo o banda organizada, existiendo indicios racionales de criminalidad contra D/D^a _____, cuyos números de teléfono son _____, contra D/D^a _____, que conversa a través de los números de teléfono _____, y contra D/D^a _____, que utiliza los teléfonos móviles _____,

Dichos indicios racionales de criminalidad consisten en _____,

TERCERO. Se estima que es necesario para que avancen y para el buen éxito de las investigaciones de los delitos que aquí se persiguen, la intervención de los citados teléfonos.

Visto el art. 579 LECrim.

DISPONGO

Se autoriza la intervención de los teléfonos _____, durante el plazo máximo de un mes a contar desde la fecha del presente auto, y la grabación de las conversaciones que se realicen o reciban a través de los mismos, para lo cual se faculta a los funcionarios de la Brigada de Delitos _____, (de la D.G. de la Policía o de la Guardia Civil), y a tal efecto remítase mandamiento al Presidente (Director General o Gerente) de las compañías Movistar, Vodafone, Orange, _____, para que, en la parte que les incumba, colaboren y lleven a cabo lo acordado. Y dese cuenta semanalmente del resultado de las comunicaciones intervenidas a este Juzgado, al que deberán remitirse finalmente las cintas de las grabaciones originales para que queden bajo la custodia del Sr. Letrado de la Administración de Justicia.

Notifíquese esta Resolución solamente al Ministerio Fiscal con indicación de los recursos que caben contra la misma, al estar declaradas secretas las presentes diligencias, y expídase testimonio de este Auto para el Jefe de la Brigada que está a cargo de las investigaciones, y mandamientos con acuse de recibo para los responsables de las citadas compañías telefónicas.

Así lo acuerda, manda y firma Su Señoría. Doy FE.

El Magistrado Juez Ante mí, El Letrado de la Administración de Justicia

Fdo: Fdo:

DILIGENCIA: Seguidamente se cumple lo acordado, doy fe.

El Letrado de la Administración de Justicia

Fdo:

**RECURSO DE REFORMA Y SUBSIDIARIO DE APELACIÓN
PIDIENDO LA NULIDAD DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS**

Diligencias Previas ____/____

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN DE _____

_____, Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de _____, con despacho profesional en _____, tfno _____, fax _____, email _____, actuando en defensa y representación del investigado D./D^a _____, ante el Juzgado comparezco y **DIGO:**

Que en la citada representación y mediante el presente escrito, dentro del plazo legal de tres días desde que he tenido conocimiento del Auto que autoriza la intervención de las conversaciones telefónicas de los números de teléfono _____, (fijo y/o móvil), de los que resulta titular mi defendido, interpongo o formulo **RECURSO DE REFORMA Y SUBSIDIARIO DE APELACIÓN** interesando la nulidad del referido Auto y de todas las grabaciones de las conversaciones efectuadas a su amparo, de acuerdo con las siguientes:

ALEGACIONES

PRIMERA. Dispone el art. 240.1 LOPJ, que la nulidad de pleno derecho de los actos procesales, ya sea por defectos de forma insubsanables, o ya porque causen efectiva indefensión, se hará valer "por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate".

SEGUNDA. En primer lugar, la norma habilitante o que da cobertura a la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), no es otra que el art. 579 LECrim, en la redacción vigente dada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre.

Pues bien, dicha norma, a juicio de esta parte, vulnera el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos en tanto que no garantiza que se eviten abusos en las intervenciones acordadas por la autoridad judicial. Así, no precisa las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas telefónicas, ni el límite temporal de las mismas, ni las condiciones de la consignación en el acta de las conversaciones interceptadas, ni las precauciones a adoptar para que las grabaciones sean sometidas "intactas y completas" al control judicial y de la defensa.

TERCERA. Y en segundo lugar, la motivación de la resolución es demasiado parca y escueta en relación con el derecho fundamental que se ve mermado o restringido, pues apenas se indican los indicios racionales de criminalidad que pesan contra mi representado, ni se alude a las razones de necesidad para el curso de las investigaciones, ni a la proporcionalidad de la medida, etc. (confróntese STS, 2^a, de 18 de junio de 1992).

En su virtud,

AL JUZGADO SUPPLICO: Que tenga por formulado **RECURSO DE REFORMA Y SUBSIDIARIO DE APELACIÓN** contra el Auto de fecha _____, y estimando el primero, declare nulo el mismo, y sin valor ni efecto alguno las conversaciones telefónicas grabadas a su amparo. Y en caso de desestimación, dé impulso al Recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.

En _____, (Nota: Lugar y fecha)

Firma electrónica del Letrado

AUTO DESESTIMANDO RECURSO DE REFORMA POR EL QUE SE INTERESA LA NULIDAD DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN DE _____

Diligencias Previas ____/____

AUTO

En _____, (Nota: Lugar y fecha en que se dicta el Auto)

HECHOS

PRIMERO. Por la representación y defensa del investigado/a D./D^a _____, se interpone Recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el Auto de este Juzgado de fecha _____, por el que se acordó intervenir las comunicaciones a través de determinados números de teléfono por plazo de un mes, postulando que se declare la nulidad radical, absoluta o de pleno derecho de dicha resolución, así como las grabaciones de todas las conversaciones efectuadas a su amparo.

SEGUNDO. Dado traslado del Recurso al Ministerio Fiscal, el mismo se opone por las razones que constan en su escrito de fecha _____.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Se estima interpuesto el Recurso dentro de plazo al no haberse notificado el Auto impugnado a la defensa, por estar declaradas las actuaciones formalmente secretas.

SEGUNDO. En cuanto a las alegaciones realizadas por la representación y defensa del investigado/a D./D^a _____, no es el momento procesal oportuno para tomarlas en consideración, toda vez que se trata simplemente de material de instrucción apto para la investigación que se lleva a cabo mediante las presentes diligencias, y cuya depuración o filtro deberá llevarse a cabo al inicio de las sesiones de la vista oral, dentro de las denominadas cuestiones previas donde tienen encaje las posibles vulneraciones de derechos fundamentales producidas durante el proceso.

Por lo cual,

DISPONGO

Se desestima el Recurso de reforma interpuesto por la defensa de D./D^a _____, y no ha lugar a la nulidad interesada en el mismo. Se admite a trámite el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto y se concede a la parte recurrente un plazo de cinco días para que realice nuevas alegaciones, designe testimonio de particulares para remitir a la Audiencia y aporte, en su caso, otros documentos en que apoyar su recurso.

Notifíquese esta Resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

Así lo acuerda, manda y firma Su Señoría. Doy Fe.

El Magistrado Juez Ante mí, El Letrado de la Administración de Justicia

Fdo: Fdo:

DILIGENCIA: Seguidamente se cumple lo acordado, doy fe.

El Letrado de la Administración de Justicia

Fdo:

RELACIONES ESPECIALES DE PARENTESCO Y CONVIVENCIA. Requisitos. Tipo específico aplicable. Coincidencia con el art. 23 CP						
	PARENTESCO EN SENTIDO ESTRICTO	RELACIÓN ACTUAL	CONVIVENCIA FAMILIAR	CONVIVENCIA CENTRO DE CUSTODIA O GUARDIA	TIPO ESPECÍFICO APLICABLE (Lesiones)	¿RELACION RECOGIDA EN EL ART.23 CP?
PERSONAS CON UNA RELACION DE PAREJA	Sí	No (presente o pasada)	No	No	153.1 148.4 CP agresión hombre a mujer	Sí
					153.2 CP resto de casos	
ASCENDIENTES DESCENDIENTES HERMANOS	SÍ (Por naturaleza o adopción)	Sí	Sí (discutido)	No	153.2 CP	Sí
RELACIONES DE AFINIDAD	SÍ (Hermanos, ascendientes, descendientes del cónyuge o conviviente fáctico)	Sí	Sí (discutido)	No	153.2 CP	Sí
MENORES O INCAPACES	SÍ (sometidos a la patria potestad, tutela etc. del cónyuge o el conviviente)	Sí	Sí (discutido)	No	153.2 CP	Sí
	No	Sí	Sí	No	153.2 CP	No
	No (menores de 12 años)	Sí	Sí (discutido)	No	153.1 (sujeto especialmente vulnerable) 148.3 CP	No
PERSONA AMPARADA	No (por cualquier relación incluida en el núcleo de la convivencia familiar)	Sí	Sí	No	153.2 CP	No

Fuente: **FUENTES OSORIO, J.L.**, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm.16

MODELO OFICIAL DE SOLICITUD DEL DERECHO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA PARA LA DEFENSA Y REPRESENTACIÓN LETRADA A LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Legislación relacionada

Formulario establecido por el Real Decreto 1455/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio

(BOE de 17 de diciembre de 2005)

APELLIDOS Y NOMBRE

.....

.....

N.I.F, N.I.E. (o en defecto de N.I.E., número de pasaporte).....

NACIONALIDAD.....

FECHA DE NACIMIENTO

LUGAR DE NACIMIENTO

DOMICILIO (calle, número y piso)

.....

MUNICIPIO.....

PROVINCIA.....

CODIGO POSTAL

ESTADO CIVIL

PROFESIÓN U OFICIO

SOLICITO formalmente que me sea reconocido el derecho a la asistencia jurídica establecida en la Ley 1/1996, de 10 de enero para las siguientes diligencias:

Defensa y representación en:

PROCEDIMIENTO JUDICIAL/ADMINISTRATIVO
ORGANO JUDICIAL / ORGANISMO O ENTIDAD PUBLICA

A tal fin, manifiesto expresamente que:

Mi relación con el agresor es:

PARENTESCO /SITUACIÓN LEGAL/ MEDIDAS JUDICIALES

Mi situación familiar es (familiares que conviven con el solicitante):

APELLIDOS Y NOMBRE/ PARENTESCO/ EDAD

Mi situación económica es (ingresos anuales de la unidad familiar):

MIEMBRO - IMPORTE BRUTO - CONCEPTO (salario, subsidio, pensión)

Declarante €

Cónyuge €

Hijos €

Otros €

TOTAL INGRESOS €

Uso del domicilio familiar:

Propiedad

Alquiler

Otros

OTROS BIENES:

Propiedades muebles

Propiedades inmuebles

Cuentas corrientes y de ahorro

Otros productos financieros

Manifiesto que son ciertos los datos indicados y me comprometo a presentar la documentación necesaria en el plazo máximo de 5 días a contar desde el de la presentación de la solicitud.

En el caso de no estar obligada a presentar declaración por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la presentación de esta solicitud implica que AUTORIZO a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita a que obtenga de forma directa de la Administración tributaria la acreditación de dicha ausencia de obligación.

La declaración errónea, falsa o con ocultación de datos relevantes supondrá la revocación del reconocimiento del derecho; en tal caso vendré obligada a pagar las prestaciones que haya obtenido, además de quedar sujeta a las responsabilidades que se me puedan exigir.

Solicito que me sean asignados abogado y procurador del turno de oficio, comprometiéndome a abonar la minuta del abogado y procurador que me asistan de oficio en el caso de que me fuere reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Firma de la solicitante Lugar y Fecha

DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR POR LA SOLICITANTE:

DOCUMENTACIÓN GENERAL:

Fotocopia del NIF, los españoles y ciudadanos de la Unión Europea; fotocopia de la Tarjeta de Identidad de Extranjero en vigor o , en su defecto, del Pasaporte en vigor, los extranjeros no nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea.

Declaración impositiva de la unidad familiar (última declaración de IRPF, y, en su caso, del Impuesto sobre el Patrimonio).

Certificado de la **Administración tributaria** de no haber presentado declaración (en el caso de que la unidad familiar no esté obligada a presentar declaración del IRPF) (**la solicitante deberá aportar este certificado si deniega expresamente el consentimiento antes mencionado a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita (1)**).

Certificación catastral (bienes inmuebles).

Nota simple del Registro de la Propiedad (si se alegan cargas sobre el inmueble).

Certificado de los centros de trabajo y de las altas y bajas de la Seguridad Social.

Certificado de empresa que acredite los ingresos brutos anuales.

Certificado del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) en el que conste la percepción de ayuda por desempleo y período al que se extiende.

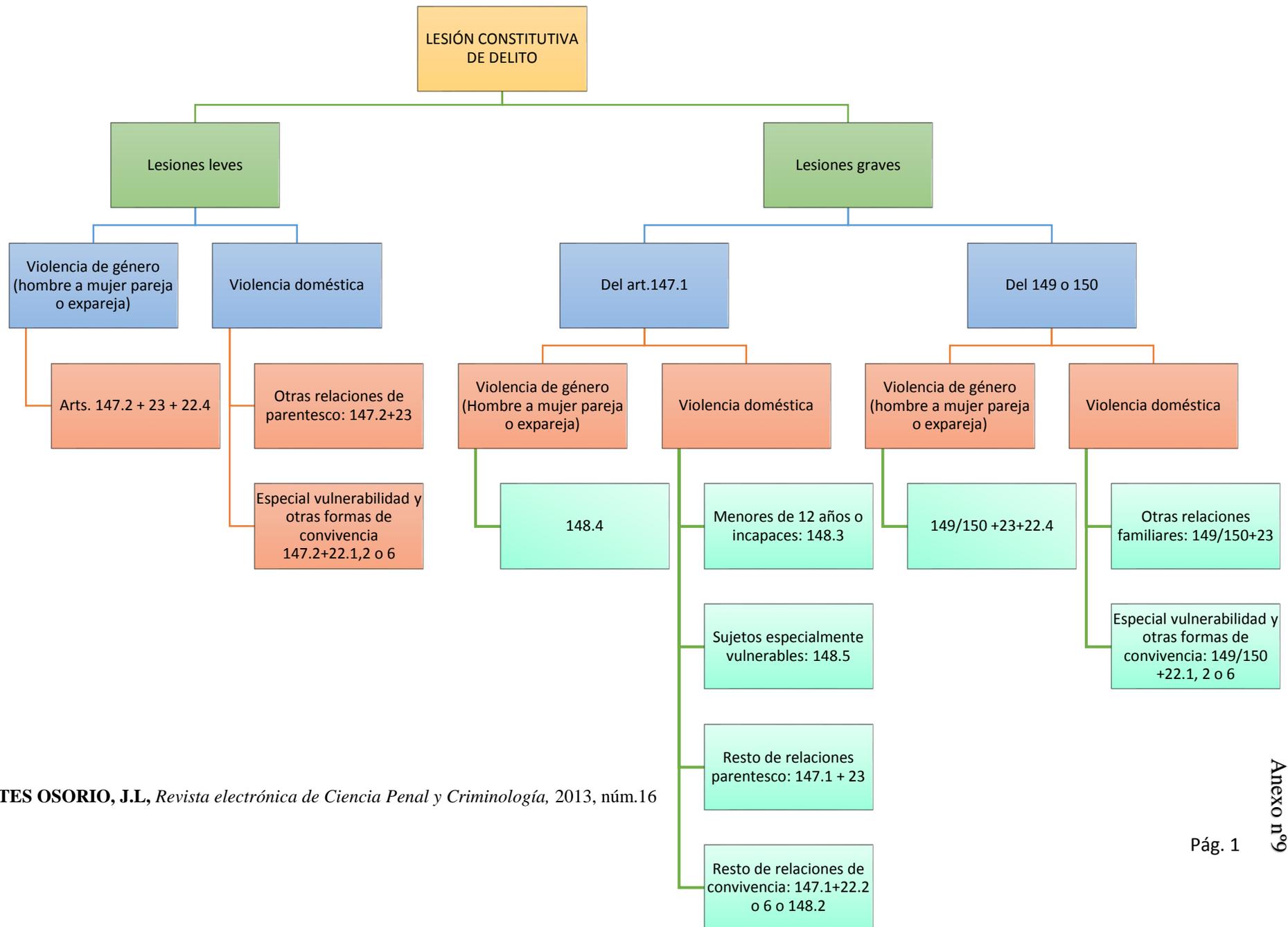
Certificado de cobro de pensiones públicas.

OTRA DOCUMENTACIÓN

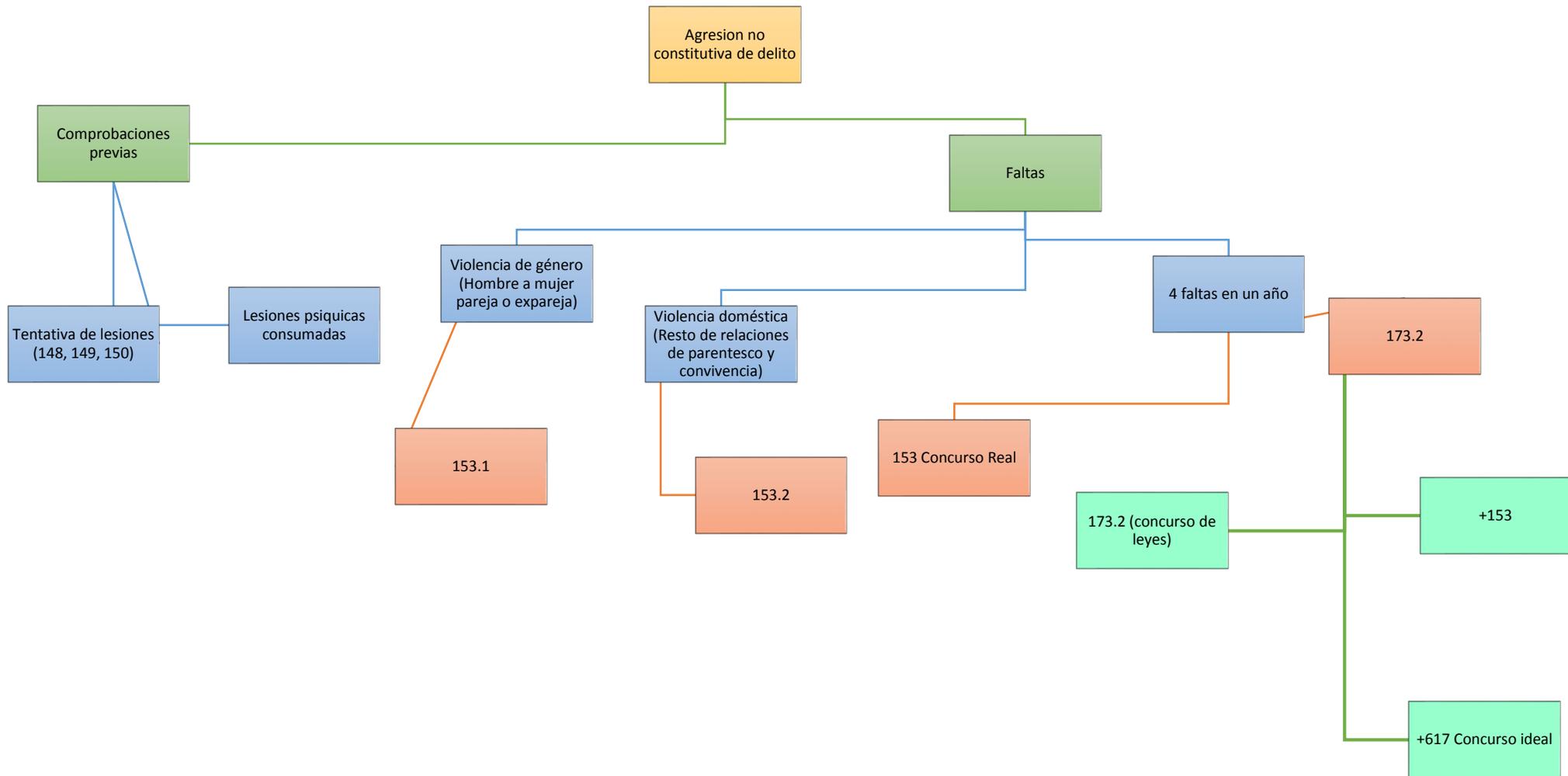
(1) DENIEGO expresamente mi consentimiento para que la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita obtenga de forma directa de la Administración tributaria la acreditación, en su caso, de que no estoy obligada a presentar declaración por el Impuesto sobre la Renta de las Persona Físicas.

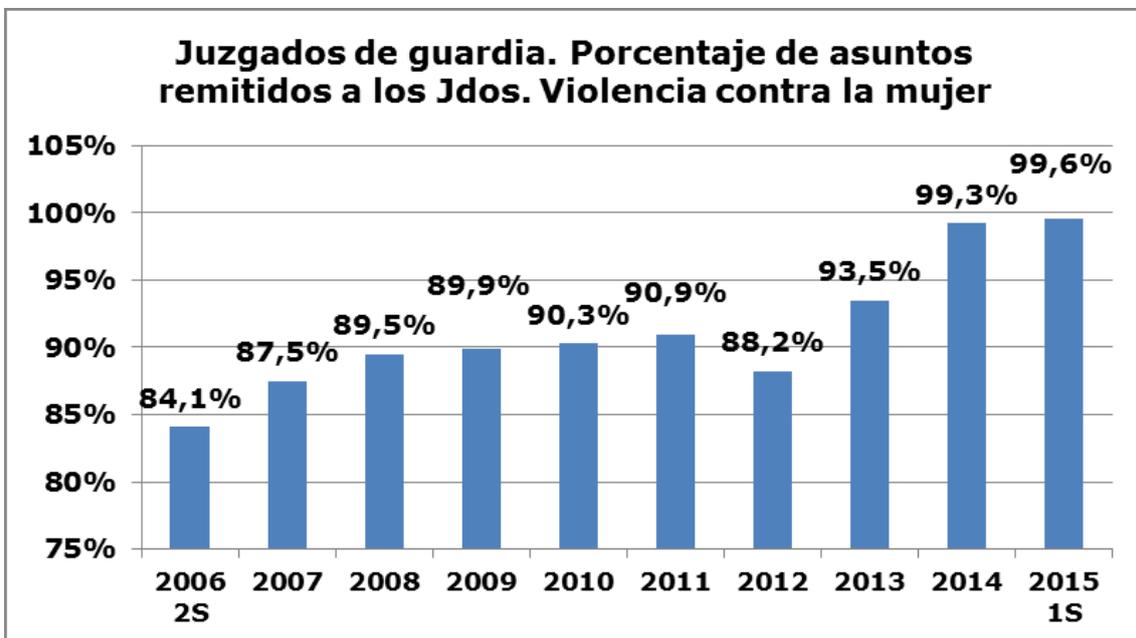
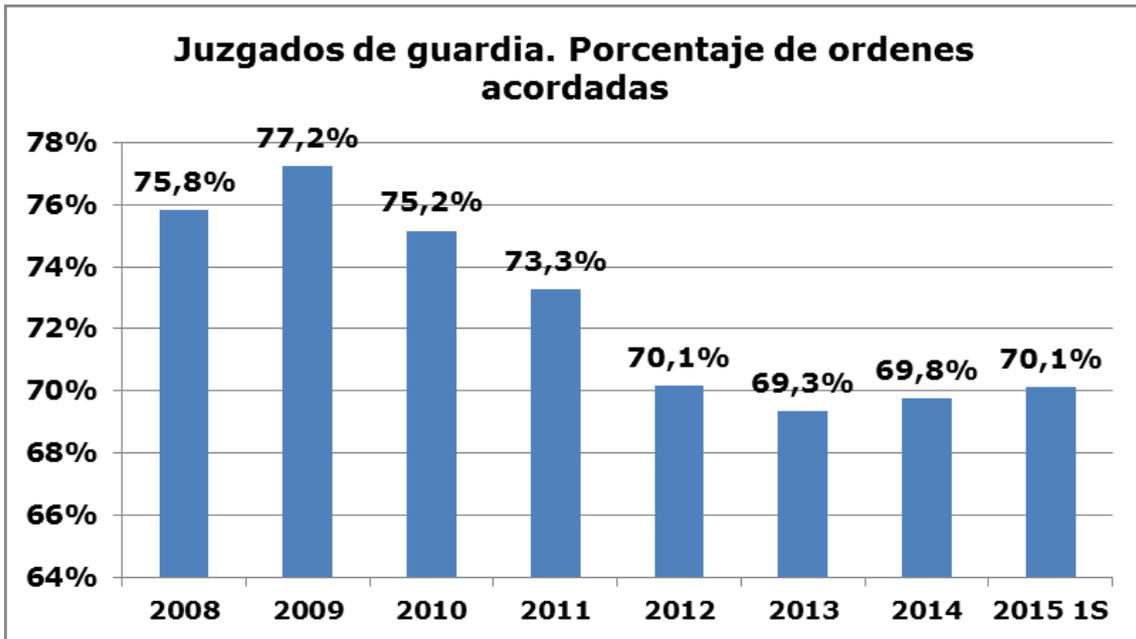
Firma de la solicitante

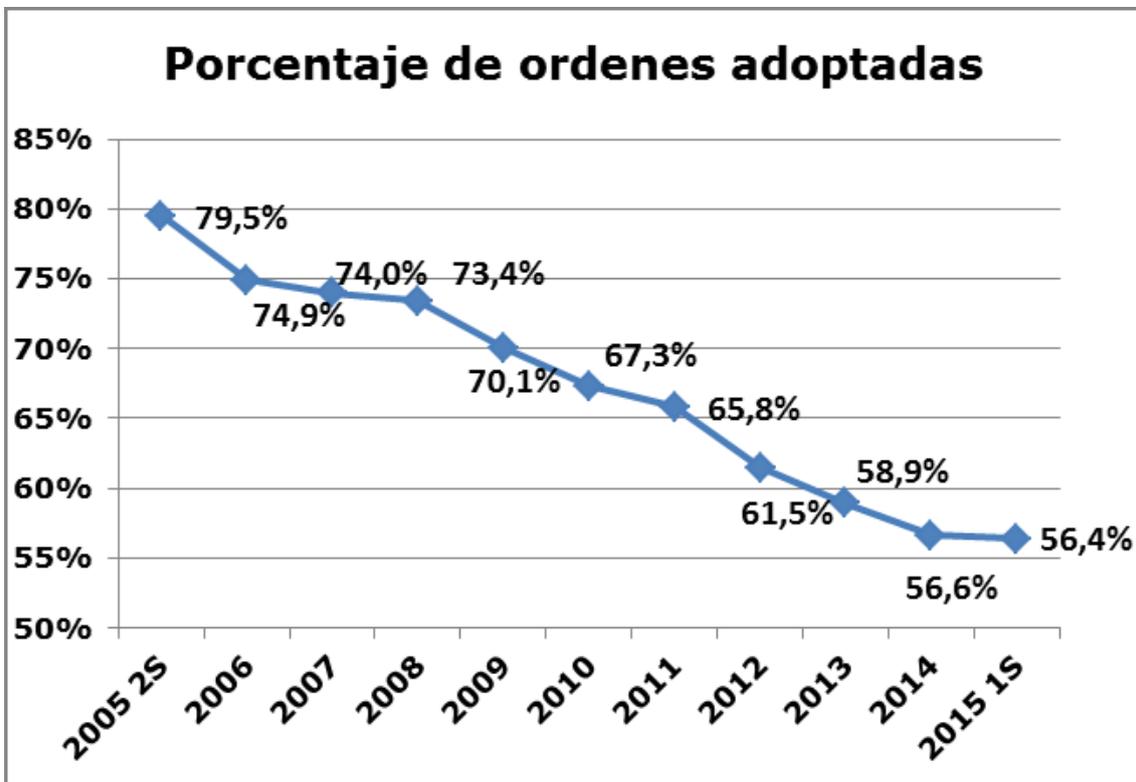
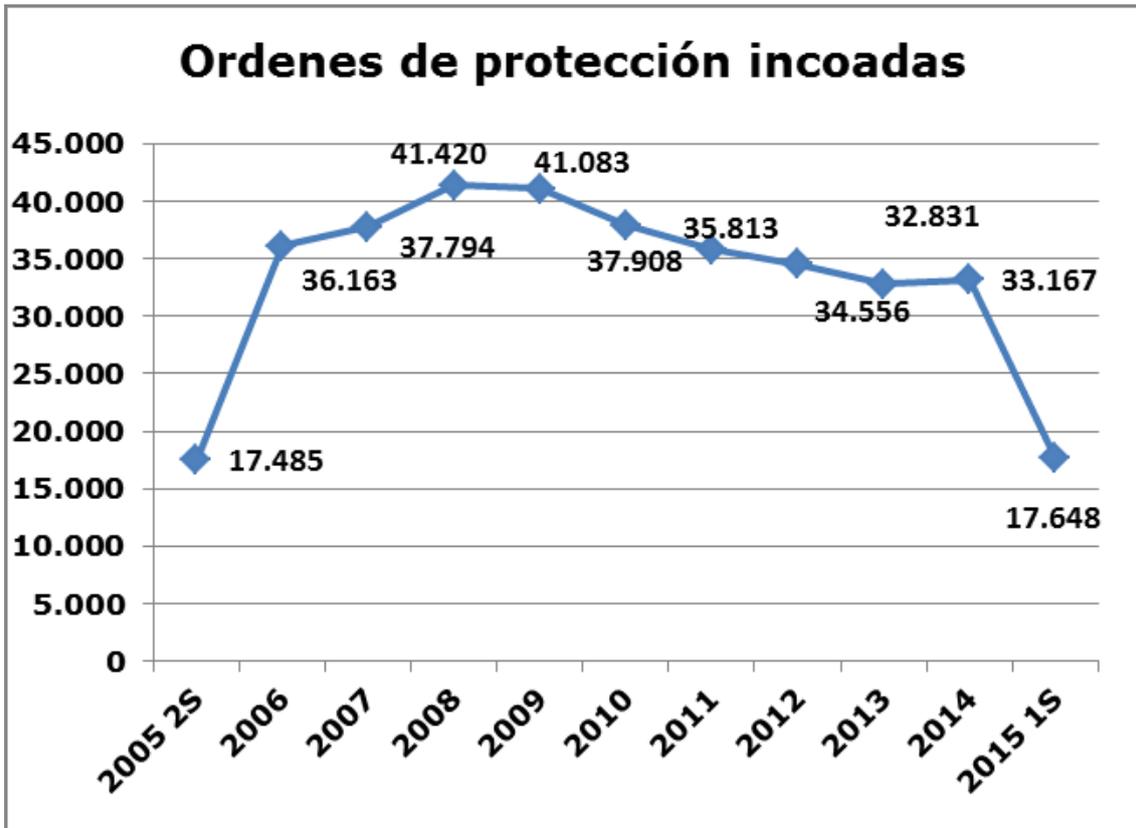
Lugar y Fecha



Fuente: **FUENTES OSORIO, J.L.**, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm.16







SOLICITUD DE LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

Autos ____ / ____

**AL JUZGADO DECANO DE _____ PARA SU REMISIÓN AL
JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE _____**

(Nota: Juzgado de primera instancia ante quien se haya solicitado la formación de inventario que será el que conozca o hubiera conocido la separación, la nulidad o el divorcio, o la liquidación del régimen económico matrimonial por otro motivo)

D./D.^a _____, Procurador de los Tribunales, colegiado n.º _____, en nombre y representación de D./D.^a _____ (Nota: Datos y demás circunstancias identificativas del actor), cuya representación tengo debidamente acreditada en los autos de referencia, bajo la dirección del Abogado/a D./D.^a _____, colegiado n.º _____, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho, **DIGO:**

Que con fecha _____ se procedió a la aprobación de inventario de la comunidad matrimonial y por medio del presente escrito, y siguiendo las instrucciones de mi mandante, formulo al amparo de lo dispuesto en el art. 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, **SOLICITUD DE LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SOCIEDAD DE GANANCIALES.**

Se basa esta solicitud en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO. En fecha _____, mi mandante solicitó la formación de inventario, conforme a lo dispuesto en el artículo 808.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Previamente había sido dictada Sentencia en fecha _____, que es firme, en la que se determinó la disolución del régimen económico matrimonial (Nota: Debe recordarse que también ha podido producirse la disolución del régimen económico matrimonial en el supuesto del art. 774.5 de la LEC, siempre que la impugnación afecte únicamente a los pronunciamientos sobre medidas).

SEGUNDO. Citados ambos cónyuges a la formación de inventario prevenido en el artículo 809.1, se llegó al acuerdo que figura en el acta correspondiente (Nota: O en su caso la Sentencia que haya dilucidado las controversias que hayan podido surgir, ya que de no haber existido acuerdo en el inventario sobre la inclusión o exclusión de algún concepto, o sobre el importe de cualquiera de las partidas, se acudiría al Juicio Verbal, resolviéndose por medio de Sentencia las cuestiones suscitadas), conforme el cual, el patrimonio ganancial está formado por:

ACTIVO

Los bienes y derechos que constituyen el activo de la sociedad son los siguientes:

(Nota: Se parte del supuesto de que los documentos justificantes de la naturaleza de los bienes así como de su valor, se aportaron al solicitar la formación del inventario y por lo tanto ya constan en Autos)

1º. La vivienda que ha sido el domicilio conyugal del matrimonio, adquirida para la sociedad mediante escritura pública, otorgada el día _____ Esta vivienda figura inscrita en el Registro de la Propiedad número ____ de esta capital, al libro ____, tomo ____ folio ____.
Su valor es de _____ €.

2º. Una cuenta de ahorros a plazo fijo, depositada en el Banco _____, bajo el número _____,
El saldo, en la actualidad, a fecha _____ es de _____ €.

3º. Dos mil acciones de la sociedad _____, con números de serie correlativos del ____ al _____, por un valor nominal cada una de ellas de _____ €.
Su valor de cotización global al tiempo de la disolución de la sociedad es de: _____ €.

4º. Una cuenta corriente domiciliada en la sucursal _____ del Banco _____ registrada bajo el número _____.
El saldo, en la actualidad, a fecha _____ es de _____ €.

No existen en el activo créditos de la sociedad de gananciales contra ninguno de los dos cónyuges.

EL IMPORTE TOTAL DEL ACTIVO DE LA SOCIEDAD ASCIENDE A UN TOTAL DE _____ EUROS.

PASIVO

El pasivo de la sociedad está constituido por las siguientes partidas:

(Nota: Se parte del supuesto de que los documentos justificativos de la naturaleza e importe de los créditos que constituyen el pasivo se aportaron al solicitar la formación del inventario y por lo tanto ya constan en Autos)

1º. Una hipoteca constituida sobre la vivienda del apartado a. 1º del activo, como garantía de un préstamo, del cual quedan por pagar todavía _____ €.

2º. Un préstamo personal concedido por la entidad bancaria _____, documentada en la póliza número _____, del que quedan por pagar todavía _____ €.

No existen en el pasivo créditos de ninguno de los dos cónyuges contra la sociedad.

EL IMPORTE TOTAL DEL PASIVO DE LA SOCIEDAD ASCIENDE A UN TOTAL DE _____ EUROS.

TERCERO. Conforme a lo establecido en el artículo 810.1 y 2 de la LEC, se ha concluido el inventario y es firme la resolución que declara disuelto el régimen económico matrimonial por

Sentencia de fecha _____, por lo que procede solicitar la liquidación de éste.

CUARTO. PROPUESTA DE ADJUDICACIÓN DEL CAUDAL GANANCIAL

(Nota: En el presente modelo se parte de un supuesto sencillo de adjudicación por mitad de los bienes que constituyen el haber de la sociedad. En los demás casos será necesario justificar legalmente las atribuciones que se propongan con base fundamentalmente en lo dispuesto en los arts. 1406, 1407 y 1408 del Código Civil.)

Por esta parte, se propone la siguiente división de los bienes restantes:

1°.Atribuir a cada cónyuge, en pleno dominio, una mitad indivisa de la vivienda a la que se refiere la partida a.1ª del activo, por su valor de _____€, con el descuento correspondiente a la mitad del crédito hipotecario que resta por abonar.

2°.Atribuir a cada cónyuge mil acciones de la sociedad _____ A D./Dª.
_____ las acciones con números de serie correlativos del ___ al _____, por un valor nominal cada una de ellas de _____€; y D./Dª. _____ las acciones con números de serie correlativos del _____ al _____, por igual valor nominal.

3°.Atribuir a cada cónyuge la mitad de la cuenta corriente domiciliada en la sucursal _____ del Banco _____ registrada bajo el número _____, cuyo saldo actual es de _____€. De la mitad que corresponde a D./Dª. _____ se deduce la de _____€, por la mitad más lo intereses correspondientes, del préstamo personal que consta en el n°. 2 del Pasivo, que será satisfecho por D./Dª. _____ .

A los hechos reseñados le son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

CAPACIDAD. Mi mandante ostenta la capacidad procesal necesaria, conforme al artículo 6.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II

REPRESENTACIÓN. Comparece representada por Procurador legalmente habilitado para actuar en el territorio de este Juzgado, y asistido por Abogado, según establece el artículo 750.1 de la Ley de enjuiciamiento Civil.

III

LEGITIMACIÓN. Cualquiera de los cónyuges está legitimado frente al otro para instar la liquidación de la sociedad conyugal, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 808.1 y 810.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV

JURISDICCIÓN. Es competente la jurisdicción civil, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 9.2 y 21.1 de la LOPJ.

V

COMPETENCIA. Según el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia para conocer procedimientos de liquidación corresponde al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo el proceso de separación.

VI

PROCEDIMIENTO. El procedimiento es el previsto en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la liquidación de los regímenes económico matrimoniales.

VII

ASUNTO DE FONDO. Son de aplicación las normas del Código Civil relativas a la formación de inventario, disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, comprendidas en los artículos 1.392 a 1.410 del código sustantivo. (Nota: Y, en general, cualesquiera otros que vengan al caso, con el apoyo doctrinal y jurisprudencial que sea de aplicación)

Por lo expuesto

SUPlico AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito, con el justificante de entrega al Procurador de la parte contraria, se sirva admitirlo, tener por formulada **SOLICITUD DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES**, y, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalar fecha y hora para la comparecencia de los cónyuges, a los efectos legales pertinentes.

(Nota: Conforme a lo dispuesto en el art. 810.5 de la LEC, de no lograrse acuerdo entre los cónyuges sobre la liquidación del régimen económico matrimonial, se procederá, mediante Diligencia, al nombramiento de contador y, en su caso, peritos, conforme a lo establecido en el art. 784 de la Ley, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 785 y ss.)

Por ser de justicia, que pido en _____ (Nota: Lugar y fecha de la presentación de la solicitud)

Firma electrónica Abogado _____ Firma electrónica Procurador _____

Col. n.º: _____ Col. n.º: _____

SOLICITUD DE FORMACIÓN DE INVENTARIO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

AL JUZGADO DECANO DE _____ PARA SU REMISIÓN AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º _____

(Nota: Juzgado de primera instancia que conozca o hubiera conocido la separación, la nulidad o el divorcio, o la liquidación del régimen económico matrimonial por otro motivo)

D./D.^a _____, Procurador de los Tribunales, colegiado n.º _____, en nombre y representación de D./D.^a _____ (Nota: Datos y demás circunstancias identificativas del actor) , cuya representación tengo debidamente acreditada en los autos de referencia, bajo la dirección del Abogado/a D./D.^a _____, colegiado n.º _____, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho, **DIGO:**

Que por medio del presente escrito, y siguiendo las instrucciones de mi mandante, formulo **SOLICITUD DE FORMACIÓN DE INVENTARIO PARA LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SOCIEDAD DE GANANCIALES** vigente durante el matrimonio de mi representada/o y su cónyuge, y que fue disuelto en su momento por Sentencia de separación matrimonial de fecha _____ de _____ de _____, dictada por este mismo Juzgado.

Se basa esta solicitud en los siguientes:

HECHOS

PRIMERO. En fecha _____, mi mandante formuló demanda de separación conyugal, que bajo el número de Autos epigrafiado, se ha seguido en este mismo Juzgado; recayendo Sentencia de fecha _____, que es firme, en la que se determina la disolución del régimen económico matrimonial. (Nota: Reiteramos que en el presente modelo se parte de un supuesto en el que el régimen económico matrimonial ya ha quedado disuelto por Sentencia firme; no obstante podrá solicitarse también la formación de inventario; en el supuesto del art. 808.1.º, es decir, una vez admitida la demanda o iniciado el procedimiento.)

SEGUNDO. Conforme a lo dispuesto en el artículo 808.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se solicita la formación de inventario, a cuyo fin se acompaña la siguiente propuesta:

ACTIVO

Los bienes y derechos que constituyen el activo de la sociedad son los siguientes (Nota: Vid., para los bienes que constituyen el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales, los artículos 1.397 y 1.398 del Código Civil.):

1º.La vivienda que ha sido el domicilio conyugal del matrimonio, valorada en _____ €, adquirida para la sociedad mediante escritura pública, otorgada el día _____. Esta vivienda figura inscrita en el Registro de la Propiedad número _____ de esta capital, al libro _____, tomo

_____ folio _____. Se acompaña como documento núms.º. _ y __, copia de la referida escritura, acreditativa del carácter ganancial del bien y tasación efectuada por la entidad _____.

2º. Una cuenta de ahorros a plazo fijo, depositada en el Banco _____, bajo el número _____, y cuyo saldo es, en la actualidad, de _____ €. Se acompaña como documento n.º. _ certificación de la entidad bancaria acreditativo de dicho extremo.

3º. Dos mil acciones de la sociedad _____, con números de serie correlativos del _____ al _____, por un valor nominal cada una de ellas de _____ €, y un valor de cotización global al tiempo de la disolución de la sociedad de _____ €. Se acompaña como documento n.º. _ certificación de la citada entidad acreditativo de dicho extremo.

4º. Una cuenta corriente domiciliada en la sucursal _____ del Banco _____ registrada bajo el número _____, cuyo saldo actual es de _____ €. Se acompaña como documento n.º. _ certificación de la entidad bancaria acreditativo de dicho extremo.

No existen en el activo créditos de la sociedad de gananciales contra ninguno de los dos cónyuges.

EL IMPORTE TOTAL DEL ACTIVO DE LA SOCIEDAD ASCIENDE A UN TOTAL DE _____ EUROS.

PASIVO El pasivo de la sociedad está constituido por las siguientes partidas:

1º. Una hipoteca constituida sobre la vivienda del apartado a. 1º del activo, como garantía de un préstamo por importe de _____ €, del cual quedan por pagar todavía _____ €. Se acompaña como documentos núms. _ y _ copia de la escritura pública del préstamo hipotecario así como nota simple acreditativa de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

2º. Un préstamo personal concedido por la entidad bancaria _____, documentada en la póliza número _____, del que quedan por pagar todavía _____ €. Se acompaña como documento n.º. _ a __ la referida póliza, así como los justificantes de las cantidades satisfechas hasta la fecha.

No existen en el pasivo créditos de ninguno de los dos cónyuges contra la sociedad.

EL IMPORTE TOTAL DEL PASIVO DE LA SOCIEDAD ASCIENDE A UN TOTAL DE _____ EUROS.

TERCERO. Con fecha _____ se requirió fehacientemente a D./D.^a _____ a fin de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal ya disuelta, sin que hasta la fecha haya accedido a ello. Se acompaña como documento n.º. _ el citado requerimiento notarial.

A los hechos reseñados le son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

CAPACIDAD. Mi mandante ostenta la capacidad procesal necesaria, conforme al artículo 6.1° de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II

REPRESENTACIÓN. Comparece representada por Procurador legalmente habilitado para actuar en el territorio de este Juzgado, y asistido por Abogado, según establece el artículo 750.1 de la Ley de enjuiciamiento Civil.

III

LEGITIMACIÓN. Cualquiera de los cónyuges está legitimado frente al otro para instar la liquidación de la sociedad conyugal, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 808.1 y 810.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV

JURISDICCIÓN. Es competente la jurisdicción civil, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 9.2 y 21.1 de la LOPJ.

V

COMPETENCIA. Según el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia para conocer procedimientos de liquidación corresponde al Juzgado de Primera Instancia que haya conocido el proceso de separación.

VI

PROCEDIMIENTO. El procedimiento es el previsto en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la liquidación de los regímenes matrimoniales.

VII

ASUNTO DE FONDO. Son de aplicación las normas del Código Civil relativas a la formación de inventario, disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, comprendidas en los artículos 1.392 a 1.410 del código sustantivo. (Nota: Y, en general, cualesquiera otros que vengan al caso, con el apoyo doctrinal y jurisprudencial que sea de aplicación.)

VIII

COSTAS. Es de aplicación el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto

SUPLICO AL JUZGADO, que teniendo por presentado este escrito, con sus documentos, así como justificante de entrega al Procurador de la parte contraria, se sirva admitirlo, tener por formulada **SOLICITUD DE FORMACIÓN DE INVENTARIO PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES**, y, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalar fecha y hora para la comparecencia de los cónyuges, a los efectos legales pertinentes.

Por ser de justicia, que pido en _____ (Nota: Lugar y fecha de la presentación de la solicitud)

Firma electrónica Abogado _____ Firma electrónica Procurador _____

Col. n.º: _____ Col. n.º: _____