



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**TRABAJO DE FIN DE GRADO
VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VENTA DE COSA AJENA**

**Autora: M^a Inés Cabirta Touzón
Titulación: Grado en Derecho
Año académico: 2015-2016
Tutor: Alfonso Ballesteros Soriano**

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
BLOQUE I	4
I. Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre Marcial y María	4
1. Posible infracción en la declaración de fallecimiento	4
2. Derecho civil matrimonial	5
A. Sistema matrimonial español	5
B. Aplicación según la forma	7
a. Forma civil	7
b. Forma religiosa	8
II. Acciones para ponerle fin al matrimonio entre Manolo y María	10
BLOQUE II	11
I. Actos ilícitos de María.....	11
1. Calificación de los hechos	11
A. Asesinato u homicidio.....	11
B. Eximentes, atenuantes y agravantes	13
II. Escuchas	16
1. Prueba ilícita	19
2. Prueba lícita	20
3. Incidencia de otras pruebas.....	22
BLOQUE III	23
I. Consecuencias jurídicas del comportamiento de Marcial	23
1. Conceptos introductorios	23
2. Violencia sobre María.....	24
A. Fuerte golpe en la cara que le produce un derrame en el ojo.....	24
B. Dos puñetazos en la barriga	25
C. Intervención quirúrgica y cicatrices faciales	27
D. Tres golpes en el estómago e infarto.....	28
E. Delito del maltrato habitual	30
3. Violencia sobre Elisa	31
4. Circunstancias modificativas	31
II. Quebrantamiento de medida de seguridad	34
III. Penas en conjunto	37
BLOQUE IV	39
I. Validez jurídica	39
II. Acciones Manolo	42
III. Derechos Miriam y Eustaquio	43
CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFÍA	47
JURISPRUDENCIA	49
ANEXOS	51
Anexo I	52
Anexo II	54
Anexo III.....	55

ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

CC: Código Civil

CP: Código Penal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LH: Ley Hipotecaria

LO: Ley Orgánica

OMS: Organización Mundial de la Salud

ONU: Organización de Naciones Unidas

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

STJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

RDL: Real Decreto Legislativo

BLOQUE I**I. Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre Marcial y María****1. Posible infracción en la declaración de fallecimiento**

Manolo y María, unidos en matrimonio, deciden realizar un viaje en barco, en el cual se produce un accidente del que sólo consigue regresar María, como consecuencia se declara fallecido a su marido. Dos años después la susodicha contrae matrimonio con Marcial.

En el caso que se nos presenta, antes de analizar el vínculo matrimonial existente entre Marcial y María, así como las acciones que Manolo debe llevar a cabo para poner fin a su matrimonio con la susodicha, es importante dilucidar si la declaración de fallecimiento fue efectuada correctamente, entendiendo que esta circunstancia va a incidir notablemente en el conflicto planteado. Para ello delimitaré una serie de conceptos que resultan indispensables para resolver la cuestión planteada.

La capacidad jurídica y la capacidad de obrar se adquieren con el reconocimiento de la personalidad del individuo, que de acuerdo con los artículos 29 y 32 CC, se alcanza en el momento del nacimiento y se extingue en el de la muerte. En este caso no se tiene constancia física del fallecimiento de Manolo, desconociéndose su suerte. No obstante en base al transcurso del tiempo y a las circunstancias que rodean su desaparición, se presume su muerte.

La declaración de fallecimiento es una decisión judicial en forma de Auto, mediante la cual se presume muerta a una persona desaparecida, se inicia mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria instado por el Ministerio Fiscal o por cualquier persona que acredite interés. Las situaciones de hecho que dan lugar a la misma se contienen en los artículos 193 CC (dos supuestos generales y uno especial) y 194 CC (tres supuestos especiales). Hay una gran diferencia temporal entre las diferentes causas que dan lugar a la declaración, de tal manera el plazo fijado en los supuestos especiales es más reducido que el fijado para los artículos 193.1 y 193.2 CC.

Antes de aplicar la teoría al caso, es preceptivo analizar cuidadosamente el supuesto. En primer lugar, entiendo que en el barco viajaban únicamente Manolo y María, porque se indica expresamente que sólo consigue regresar ella. En segundo, lugar se menciona que hubo un accidente del cual María también es víctima, sin embargo el siniestro no lo sufre el barco, sino que se produce en él. En este sentido entiendo que la susodicha para librarse de toda la responsabilidad originada por su conducta, ha calificado de “accidente” lo acontecido en el buque, pudiendo haber alegado, por ejemplo, que debido a la meteorología el barco zozobró y su marido al no aguantar el equilibrio se cayó por la borda. En tercer y último lugar, considero que María regresa en el buque, porque sin él difícilmente podrá retornar por si misma en el medio en el que se encuentra. No obstante, si fuera al contrario se diría que desapareció el barco entero y no solo Manolo, y que María no regresó, sino que la salvaron.

Para resolver este caso lo primero que se debe hacer es diferenciar la resolución del conflicto atendiendo a si las circunstancias que condujeron a la declaración de fallecimiento de Manolo fueron ordinarias o especiales.

Por un lado, si la desaparición del susodicho estuviera enmarcada en los supuestos generales, se tendría que descartar la aplicación del art.193.2 CC, pues el plazo para la declaración de fallecimiento disminuye en función de la edad, siendo superior en el caso de Manolo porque en el momento de su desaparición no tenía 75 años, sino 55 años.

Tras efectuar el paso anterior, se debe determinar si es posible aplicar el primer apartado del art.193 CC. Según el mencionado precepto, para declarar fallecido a Manolo, debe permanecer diez años desaparecido desde su última noticia, es decir, desde el viaje que realizó en barco con su esposa. Entiendo que si fuera este el caso, la presunción de muerte estaría realizada incorrectamente, debido a que no se esperaron los diez años pertinentes para emprender la decisión judicial mencionada, sino que se aguardó como máximo dos.

Más bien considero que el motivo que justifica la desaparición de Manolo no es general, sino especial. El art. 194.2 CC establece que se considerarán fallecidos, por un lado, a aquellos que se encontraran a bordo de una nave naufragada cuando hubieran pasado tres meses desde la comprobación

del naufragio y, por otro lado, a aquellos desaparecidos por inmersión en el mar si hubieran transcurrido tres meses desde su desaparición sin haber tenido noticias de ellos.

A continuación descartaré el primer supuesto, en base a que regula aquellos casos en los cuales no se tienen noticias de la nave porque sufrió un accidente, habiéndose indicado anteriormente que no se puede aplicar porque María consigue regresar a tierra en el buque. En conclusión, el barco no sufrió un siniestro, sino que el accidente se originó en él. En segundo lugar, considero aplicable el supuesto de la inmersión, definido por la RAE como la acción de introducir algo en un fluido. En este sentido GUINEA FERNÁNDEZ establece que “la norma se circunscribe a las desapariciones en el mar olvidándose de otros entornos quizás más peligrosos en los que es fácil que se pierda un cuerpo (un río, un lago, un canal...). Parece oportuno defender la aplicación analógica de la norma para estos casos siempre que se produzca la desaparición de una persona a consecuencia de su inmersión en el agua, si dadas las circunstancias es posible que haya muerto”.¹

En conclusión, entiendo que se declaró fallecido a Manolo por inmersión, debiéndose contar tres meses desde la comprobación de la desaparición para el cómputo del plazo. Por lo tanto, la declaración de fallecimiento del susodicho se efectuó correctamente, al transcurrir entre la misma y el viaje en barco, a lo sumo, dos años.²

2. Derecho civil matrimonial

A. Sistema matrimonial español

A continuación se nos plantea si el matrimonio entre Marcial y María es válido, teniendo en ello gran incidencia la declaración de fallecimiento de Manolo analizada anteriormente. Sin embargo, no podemos simplemente resolver el caso presumiendo que María y su primer marido contrajeron matrimonio de forma civil, pues nada nos lo confirma ni nos lo desmiente, de tal manera que, ante la falta de especificación se deben contemplar todas las posibles variantes; por ejemplo, que el vínculo matrimonial se hubiera originado de forma religiosa. Esta diferenciación no es una cuestión baladí, el caso tiene tintes totalmente diferentes si se sigue uno u otro cauce.

Por lo tanto considero preceptivo explicar la diferencia entre la elección de un camino u otro de los mencionados y, para ello, es necesario analizar en profundidad el sistema matrimonial español. Después de este estudio procederé a resolver el caso planteado según las diversas hipótesis.

El matrimonio se puede definir como la unión estable entre dos personas de acuerdo con determinadas formalidades previstas por la ley, con ánimo de compartir la vida y la existencia³. Sin embargo, para contraerlo es necesario poseer capacidad matrimonial, contar con el consentimiento de ambas partes y prestarlo en la forma establecida legalmente. En este caso nos vamos a centrar en uno de los requisitos preceptivos para la efectiva unión matrimonial, la forma, y a través de la misma nos adentraremos en las diferentes modalidades de celebración matrimonial.

Por forma se entiende el cauce seguido para la presentación del consentimiento nupcial, en este sentido cada Estado determina su propio sistema matrimonial, incluyendo en su ordenamiento las formas a través de las cuales se puede formar este vínculo de manera civilmente eficaz. El sistema matrimonial español, tal y como entiende JORDANO BAREA, es facultativo de tipo anglosajón. Se

¹ GUINEA FERNÁNDEZ, DAVID RAFAEL, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, La Ley, Madrid, 2011 p. 177.

² La declaración de fallecimiento fue realizada en su día mediante el procedimiento regulado en la LEC de 1881, pues la LEC que por entonces era actual derivaba a la misma mientras no se dictara la Ley de Jurisdicción civil promulgada en 2015. Sin embargo, para la impugnación de esta situación Manolo si se deberá regir por la última ley mencionada, al ser la actual.

³ AA.VV. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO.A. (coord.). *Manual de derecho de civil, derecho de familia*, Bercal, Madrid, 201, p.39.

caracteriza por la existencia de un único matrimonio que se puede contraer mediante una pluralidad de formas⁴.

En otras palabras, en el ordenamiento español no hay diversas clases o tipos de matrimonio (matrimonio civil, matrimonio canónico, matrimonio islámico...), sino que, en virtud del principio de unidad del ordenamiento jurídico, se reconoce un matrimonio (civil) que se puede celebrar a través de diversas formas (civiles o religiosas). De manera contraria se desecha la aplicación del sistema latino o acatólico en el cual se admite la diversidad de matrimonios (civil, religioso o de otro tipo).

Para alcanzar esta conclusión sobre la naturaleza de nuestro sistema matrimonial me baso en algunos preceptos de la Constitución y del Código Civil.

Por un lado me apoyo constitucionalmente tanto en el art. 16.2 como en el art. 32. El primero de estos preceptos admite la existencia de una pluralidad de confesiones y se compromete a cooperar con ellas, esto incluye la cooperación en sus formas matrimoniales. El segundo realiza un mandato al legislador para que regule los requisitos para contraer matrimonio, entre los cuales se encuentra la forma. En este sentido, LÓPEZ ALARCÓN Y NAVARRO-VALLS señalan que “el problema de compatibilizar la doble exigencia que nace del derecho del Estado de regular la eficacia civil del matrimonio y el deber de respetar las convicciones religiosas de sus ciudadanos encuentra hoy diversas soluciones, que dependen de la previa postura estatal ante el hecho religioso y la relevancia de orden jurídico que le asigne. Esta disposición ideológica puede oscilar desde la actitud de respeto a la hostilidad, pasando por otras de estrecha vinculación con una determinada religión. Cada una de ellas encuentra su correspondiente traducción en los varios sistemas matrimoniales que conoce hoy el derecho comparado”⁵.

Por otro lado, este conflicto se soluciona a través del Código Civil, cumpliendo el legislador el mandato constitucional. En este sentido la rúbrica “De la forma de celebración del matrimonio”, contenida en el capítulo III del Título IV del Libro I, da a entender que solo hay un matrimonio y una pluralidad de formas de contraerlo, debido a que en el art. 49 CC se ofrecen varias posibilidades de prestar el consentimiento matrimonial.

Recapitulando, hasta ahora se ha explicado porque tenemos un sistema matrimonial anglosajón y lo que ello supone, ahora procederé a aclarar cuales son las formas mediante las cuales se puede contraer matrimonio.

En este sentido, se puede celebrar esta unión tanto en forma civil, como en la forma religiosa legalmente prevista. En cuanto a la expresión “en la forma religiosa legalmente prevista”, los artículos 59 y 60CC explican más detalladamente qué se entiende por esto⁶. Sin embargo, tal y como indica BERCOVITZ⁷, el Código Civil no establece expresamente qué formas religiosas de celebración de matrimonio producen efectos civiles, a excepción del canónico, incluido en el art. 60 CC. No obstante, el art. 59 CC especifica que para lograr el mencionado efecto, la confesión religiosa debe estar inscrita en el Registro de Entidades religiosas y el Estado debe haber celebrado un acuerdo o convenio con esa confesión en el cual se admitiera como válida la fórmula ritual utilizada para prestar el consentimiento.

En este sentido, el Estado español ha firmado acuerdos con la Iglesia Católica, con la Federación de Comunidades Israelitas de España, con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, y con la Comisión Islámica de España⁸.

⁴ JORDANO BAREA, JUAN B, *El nuevo sistema matrimonial español*, Anuario de derecho civil. Vol. 34, N°4, 1981. pp. 903-926; AA.VV. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO.A. (coord.). *Manual de derecho de civil, derecho de familia... op. cit.* p. 58.

⁵ LÓPEZ ALARCÓN, MARIANO & NAVARRO-VALLS, RAFAEL, *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*. Tecnos, Madrid, 2010 p.32

⁶ Aunque el artículo 60 CC ha sido modificado por la Ley 15/2015, de dos de julio, de Jurisdicción Voluntaria, no tendré en cuenta la mencionada modificación, debido a que los hechos que debo resolver son anteriores a dicha fecha. Fundamento esta decisión en el artículo 2.3 del CC, el cual establece que las leyes no tendrán efecto retroactivo salvo que dispusiesen lo contrario.

⁷ AA.VV. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO.A. (coord.). *Manual de derecho de civil, derecho de familia... op. cit.* p. 60.

⁸ Acuerdo entre España y la Santa Sede, de 24 de septiembre de 1979; Ley 25/1992, de 10 de noviembre, aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España; Ley 24/1992, de 10 de

En resumen, hay un único matrimonio que se puede celebrar de forma civil o de forma religiosa, siendo en esta última incluidas en el momento del caso que nos ocupa, (aunque ahora hay mas variantes), el matrimonio canónico, el evangélico, el judío y el islámico.

B. Aplicación según la forma

a. Forma civil

Anteriormente mencioné que la resolución del conflicto variaba en función de la forma seleccionada por María y Marcial para contraer matrimonio. A continuación procederé a resolver la cuestión planteada suponiendo que la relación matrimonial entre ambos se originara de forma civil.

Una vez celebrado el matrimonio de María con su primer esposo, este solo puede romperse por separación, nulidad matrimonial y disolución. La última de las causas mencionadas se regula en el art.85 CC, el cual consagra la disolución del matrimonio y establece las causas de la misma, entendiendo como tal la desunión de varios elementos que estaban anteriormente unidos. En este sentido el art. 85 CC establece tres motivos para la disolución del vínculo matrimonial: el divorcio, el fallecimiento o la declaración de fallecimiento, nos centraremos en este último.

En esta línea argumental, la declaración de fallecimiento como causa de disolución es introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que suprime el párrafo 3º del art. 195 CC⁹. Con esta modificación la declaración de fallecimiento se equipara a la muerte, extinguiendo por si sola el vínculo matrimonial una vez sea firme, siendo preciso señalar que no constituye una presunción *iuris tantum* sino una verdadera disolución del matrimonio. En este sentido la declaración de fallecimiento tiene como resultado la extinción sobrevenida de las consecuencias del matrimonio, constituyendo efectos *ex nunc*. En otras palabras, la disolución de este vínculo no implica que fuera irregular, ni niega los efectos que se produjeron en sus años de vigencia, solo hace desaparecer los efectos futuros del matrimonio.¹⁰

Por lo expuesto anteriormente considero que al determinar en el apartado anterior que la declaración de fallecimiento de Manolo fue realizada válidamente, deberíamos entender que el vínculo que tenía con María se disolvió en virtud del art. 80 CC.

Siguiendo esta línea cabe determinarse que el segundo matrimonio es perfectamente válido y eficaz, pues entiendo, apoyándome en la doctrina de diversos autores¹¹, que una vez alcanza firmeza el auto del juez competente, que declara fallecido a Manolo, se disolverá automáticamente el vínculo matrimonial, permitiendo a María contraer matrimonio con terceras personas. En este sentido, no se puede aplicar el impedimento contemplado en el art. 46.2 CC porque ya no estaba ligado en vínculo matrimonial.

Ahora bien cabría preguntarse el destino del matrimonio entre Marcial y María una vez que Manolo reaparezca. Según lo expuesto anteriormente entiendo que su regreso no revive el primer matrimonio, el cual se extinguió por fijación judicial de la fecha de fallecimiento de un desaparecido, y que, por lo tanto, el ulterior matrimonio conserva su validez y eficacia.

noviembre, aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; Ley 26/1992, de 10 de noviembre, aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España; GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, FJ. *Tratados y Manuales*, Aranzadi, Madrid, 2014 pp. 2-4.

⁹ “La declaración de fallecimiento no bastará por si sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio”.

¹⁰ VV.AA, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO.A. (coord.). *Manual de derecho de civil, derecho de familia...* op. cit. pp. 92-93; BARONA VILAR, SILVIA, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial. Tomo I*, Tirant LO Blanch, Valencia, 2003 p.508.

¹¹ VV.AA, SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, (coord.), *Comentario del Código Civil Tomo I*. Boch, Barcelona, 2006. pp. 849-850; VV.AA, LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS, (coord.). *Matrimonio y divorcios comentarios al título IV del libro I del Código civil*, Aranzadi, Madrid, 1994. pp. 882-887; BARONA VILAR, SILVIA, *Separación, divorcio...* op. cit. pp. 514-516.

b. Forma religiosa

Como mencionamos con anterioridad, el art. 49.2 CC establece que cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España en la forma religiosa legalmente prevista. Cuando ocurrieron los hechos, Manolo y María pudieron contraer matrimonio en forma religiosa, en particular por la canónica, islámica, evangélica o judía.

Por un lado, si ambos se hubieran casado según la forma religiosa establecida por la Ley Islámica, se le atribuiría al matrimonio efectos civiles siempre y cuando tanto Manolo como María cumplieran los requisitos exigidos por la legislación civil para contraer matrimonio. Lo mismo ocurriría si hubieran contraído matrimonio por la forma evangélica, judía o canónica.¹²

Por lo que se refiere al art. 85 CC, este indica de que: el matrimonio se disuelve sea cual fuere el modo de su celebración. Entiendo que la forma por la que se produjo la unión matrimonial es irrelevante jurídicamente, por razón de que la declaración de fallecimiento de Manolo disuelve la misma¹³. Sin embargo hay que hacer una gran precisión, la reaparición de Manolo por regla general, no afectaría al matrimonio entre Marcial y María, pero la legislación canónica establece una excepción que veremos a continuación.

b.1 Forma canónica:

Por lo que se refiere a las consecuencias de la reaparición de Manolo, el canon 1085.2 establece claramente que estar ligada por el vínculo de un matrimonio anterior constituye un impedimento, aún cuando este hubiera sido disuelto por cualquier causa, ya que no por ello es lícito contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza la disolución del precedente. Por lo tanto, si Manolo y María se casaron mediante la forma canónica, la susodicha solo podrá contraer segundas nupcias cuando se acredite con certeza la muerte de su primer marido. Para ello deberá probarse el fallecimiento por documento auténtico, eclesiástico o civil. El primero es expedido por el párroco y, el segundo, lo constituye la partida de defunción extendida por el encargado del Registro Civil. En el caso de no poder ser probada por documento la muerte de Manolo, si el Obispo diocesano emite la declaración de muerte presunta, María podría considerarse libre del vínculo matrimonial. Del canon se entiende, como bien explican LÓPEZ ALARCÓN Y NAVARRO-VALLS, que en ningún momento el Obispo declara disuelto el matrimonio por muerte presunta¹⁴. En este sentido, no se autoriza a María a contraer segundas nupcias, sino que ella es quien se considera libre para ello.¹⁵

A modo de recapitulación: entiendo que no se probó la muerte del cónyuge, ya que de ser así no cabría la posibilidad de que el susodicho reapareciera. En tal caso se debe tener en cuenta que el matrimonio en ningún momento se disolvió por la declaración de muerte presunta, porque era necesario certificar la muerte de Manolo y no se logró, de tal manera si Manolo retorna, el segundo matrimonio de María sería nulo, pues el primero sigue siendo válido en virtud del canon 1141¹⁶, debido a que no hubo ninguna muerte.

Ahora bien, en teoría la nulidad del matrimonio entre María y Marcial efectuada por los Tribunales eclesiásticos debería ser reconocida por los Tribunales civiles. Esta afirmación se sustenta en dos preceptos. En primer lugar, el art. 80 CC establece que “las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre la nulidad del matrimonio canónico tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al derecho del estado en resolución dictada por el Juez civil”. En segundo lugar, también me apoyo en el art. VI del Acuerdo de 1979 con la Santa sede.¹⁷

¹² Ley 24/1992, Ley 25/1992, Acuerdo Santa Sede y Estado español sobre asuntos jurídicos de 1979, Ley 26/1992. Art. 7.

¹³ VV.AA. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO.A. (coord.). *Manual de derecho de civil, derecho de familia...* op. cit. p. 92.

¹⁴ ALARCÓN LÓPEZ, MARIANO & NAVARRO-VALLS, RAFAEL, *Curso de derecho...* op. cit. p. 92.

¹⁵ Canon 1707 del Código de Derecho Canónico.

¹⁶ “El matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa fuera de la muerte”.

¹⁷ Art. VI: “1. El estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas de Derecho Canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la

Cabe hacer una aclaración: lo que se está produciendo es una regulación privilegiada del matrimonio católico frente a otras formas religiosas de celebrar la unión matrimonial. Si bien es cierto que el Código Civil admite en el art. 49 “la posibilidad de contraer matrimonio en la forma religiosa legalmente prevista” (lo que supone que el consentimiento matrimonial pueda prestarse en la forma establecida por una confesión religiosa inscrita y que el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o de cualquiera de las otras formas religiosas produzca efectos civiles)¹⁸. También es cierto que el Código Civil atribuye efectos civiles a la declaración de nulidad de un matrimonio celebrado por el rito católico mediante el art. 80, lo cual es un privilegio que no se le reconoce a ninguna otra forma religiosa de contraer matrimonio. Este beneficio tiene una base objetiva razonable, tal y como se desprende del art. 16CE, debido a que los poderes públicos deben tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, de tal manera no se puede dejar contemplar que el sentido católico de la vida forma parte de la cultura de nuestro país, y que los valores de esa religión determinan buena parte de la concepción de la vida propia de la sociedad española. Negar esa realidad sería un ejercicio de desigualdad al pretender tratar igual a lo desigual.¹⁹

Se ha mencionado en este mismo epígrafe que, en teoría, la nulidad del matrimonio entre María y Marcial debería ser reconocida por los Tribunales civiles, sin embargo no será así cuando la declaración no se ajuste al Derecho del Estado²⁰. Como consecuencia de tal afirmación, la doctrina se divide al interpretar este precepto jurídico indeterminado. Una línea doctrinal establece que la mencionada expresión se refiere a un trámite para comprobar que la resolución eclesiástica se dictó siguiendo los requisitos formales establecidos²¹. Otra línea doctrinal de la cual es parte JORDANO BAREA establece que este concepto jurídico indeterminado se refiere a un control de legalidad, en el cual el juez civil comprobará la coincidencia de las normas religiosas o canónicas reguladoras del matrimonio con las normas contenidas en el Código Civil²².

Adoptando la última línea mencionada entiendo que la nulidad del matrimonio dictada por los tribunales eclesiásticos no sería homologada por los tribunales civiles, pues no se ajusta a los preceptos del Código Civil, el cual equipara la muerte a la declaración de fallecimiento en términos de disolución de matrimonio, sin que quepa la desautorización de la resolución pontificia²³. Dicho de otra manera,

existencia del matrimonio 2. 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”.

¹⁸ BARONA VILAR, SILVIA, *Separación, divorcio...op. cit.* p. 304.

¹⁹ MONTERO AROCA, JUAN, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 306.

²⁰ TSJ Aragón 573/1998 de 13 de octubre “El artículo 80 CC subordina la declaración por el Juez Civil de eficacia de las sentencias canónicas o decisiones administrativas pontificias, a que éstas resulten ajustadas al derecho del Estado. Por lo tanto, la función del Juez no se reduce al mero automatismo en la concesión de tales efectos. Se trata de una función de constatación y control de que en la resolución eclesiástica se dan los presupuestos procesales y materiales que derivan del artículo 954 de la Ley Procesal Civil (hoy derogado y sustituido por la Ley de Cooperación Jurídica Internacional) y que excluyen toda posible contradicción de la misma con el orden público español”; AP Soria 126/2004, de 8 noviembre: “que el Estado reconozca a la Iglesia Católica atribuciones propias de una jurisdicción en materia matrimonial, no supone el reconocimiento automático e incuestionable de la eficacia en el orden civil de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre la nulidad del matrimonio canónico”.

²¹ GARCÍA ABURUZA, M^ªPAZ, *Problemática entorno a la eficacia civil de los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o de decisiones pontificias sobre el matrimonio rato y no consumado, Sentencias de TSJ Y AP y otros Tribunales num. 2/2004*, Aranzadi, Madrid, 2004 pp. 9-12.

²² STS 665/1994 de 1 julio: “La eficacia en el orden civil de las sentencias canónicas depende exclusivamente de la superación de un juicio de homologación que se ciñe a dos extremos concretos: La autenticidad de la sentencia firme, es decir, que el documento sea veraz y no falso, y la adecuación de la sentencia en su contenido al Derecho del Estado, lo cual comporta un examen de fondo que sólo se extiende al constatar si las declaraciones de la sentencia no está en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del derecho estatal, de manera que no se vea perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas u derechos fundamentales del ciudadano español”.

²³ Auto de AP Castellón 51/2009, de 15 julio: “No cabe desautorizar la resolución pontificia, solo estimarla ajustada o no a la legalidad estatal, lo cual no implica que concurra una precisa identidad entre las causas de disolución del matrimonio canónico y del matrimonio civil. Ya que al decidir contraer matrimonio canónico se hace en todos sus efectos y

una vez que se declara fallecido a Manolo se deshace el vínculo matrimonial que le unía a María, y aunque el susodicho vuelva, el matrimonio ya no existe. Sin embargo, según las normas canónicas en este caso nunca se declaró fallecido a Manolo porque no se logró probar su muerte, de tal manera que al reaparecer sigue vigente su matrimonio, procediéndose a declarar la nulidad de la segunda unión conyugal de María. Por lo expuesto anteriormente los Tribunales civiles nunca podrán homologar esa sentencia porque para el derecho civil ya no hay una unión matrimonial entre María y Manolo.

En resumen, el matrimonio entre Marcial y María sigue produciendo efectos civiles pero en el ámbito canónico solo produciría efectos de matrimonio putativo²⁴. El matrimonio putativo es aquel matrimonio inválido que fue celebrado de buena fe hasta que los contrayentes adquieran certeza de la nulidad. Es decir, por el hecho de contraerse de buena fe se mantienen determinados efectos jurídicos, aún después de la declaración de nulidad. Por ejemplo, en este caso, como María contrajo matrimonio de buena fe con Manolo, la hija de ambos seguirá siendo legítima, aún cuando su matrimonio sea nulo.

II. Acciones para ponerle fin al matrimonio entre Manolo y María

Por una parte, si el matrimonio ha sido celebrado de forma civil, considero que Manolo no debe ejercitar ninguna acción legal para finalizar el mismo, al no haber un matrimonio al cual poner fin. El art. 85 CC analizado previamente, establece que después de la declaración de fallecimiento de Manolo ha sido disuelto el vínculo entre ambos, pudiendo tanto María como él contraer nuevos matrimonios con terceras personas o entre ellos mismos.

Por otra parte, en el ámbito religioso nos centraremos en el matrimonio canónico, debido a que contiene una especialidad que las demás formas religiosas de contraer matrimonio no poseen. De tal manera que al igual que en el cauce civil, la unión marital entre María y Manolo en los demás matrimonios religiosos, sería disuelta por la declaración de fallecimiento del primero, por lo que al reaparecer no tendría que ejercitar ninguna acción para ponerle fin.

En los apartados anteriores se establece que de acuerdo con la regulación del matrimonio canónico el vínculo matrimonial entre Manolo y María sigue siendo válido, pero es tremendamente importante precisar, que este sigue siendo eficaz en el ámbito canónico pero no en el civil, en el que cual se configura como disuelto. Por lo tanto, Manolo podría contraer matrimonio con otra persona de forma civil, no así religiosa, para la cual continúa casado.

Sin embargo, si así lo quisiera Manolo, podría ejercer la acción de nulidad de su matrimonio ante los Tribunales Eclesiásticos, para no figurar casado con María en el orden católico, teniendo en cuenta que la misma significa que el matrimonio entre ambos nunca existió. A tal efecto podría intentar probar que hubo un defecto en el consentimiento, un impedimento o una incapacidad, aportando las pruebas pertinentes, pues sin ellas prevalece la presunción de validez del matrimonio, en virtud del principio *favior matrimonii*. Por ejemplo, en este caso, si Manolo quisiera ejercitar la acción de nulidad de su matrimonio, podría intentar probar la existencia de un impedimento de conyugicidio, es decir, podría defender que su matrimonio es inválido porque María quiso matarle para casarse con Marcial, lo cual en el caso a tratar no se corresponde con la realidad, pero podría desvirtuar los hechos para lograrlo. También podría demostrar que el matrimonio es nulo porque se contrajo entre un católico y una persona no bautizada, lo cual está sujeto al impedimento de disparidad de cultos y requiere de dispensa. O, para finalizar, puede ir por la vía del impedimento por impotencia de su persona, ya que está demostrado que María no es impotente.²⁵

consecuencias. En el momento de su extinción la voluntad del legislador no debe imponerse para anular la de los contrayentes, a no ser que haya una incidencia contrastada en el orden público interno o choquen con los principios generales del ordenamiento jurídico”; Auto de AP Teruel 21/2004: “El reconocimiento por el Estado de las resoluciones dictadas por los órganos competentes de la Iglesia Católica ha de respetar la autonomía normativa de la Santa Sede como Estado propio para regular el matrimonio y la disolución del mismo, debiéndose controlar que no contradice el derecho del Estado y que es ajustada a él”.

²⁴ VV.AA. GARCÍA HERVÍAS, DOLORES (directora), *Manual de Derecho Matrimonial Canónico*, Colex, Madrid, 2002, pp. 100-102.

²⁵ VV.AA. GARCÍA HERVÍAS, DOLORES (directora), *Manual de Derecho Matrimonial... op. cit.* pp. 95-118.

BLOQUE II

I. Actos ilícitos de María

A continuación procederé a explicar las características del delito llevado a cabo por María en el barco, quien en un estado de ira y obcecación golpea fuertemente en la cabeza a Manolo y lo tira por la borda. Es importante mencionar que en el caso expuesto hay una serie de omisiones que provocan un amplio marco de posibilidades que mostraré a continuación.

Por un lado respecto a los aspectos objetivos, no se especifica si María realizó la acción de forma sorpresiva, además de no aclarar si creyó muerto a Manolo como consecuencia de una sola acción o de dos acciones. El primer caso nace por golpear al susodicho en la cabeza produciéndole un desequilibrio o desmayo por el cual se cae al agua, o también a causa de tirarle cuando ya lo consideraba muerto con el fin de ocultar su crimen. El segundo caso, al contrario, se produce como consecuencia de una segunda acción mediante la cual María, después de asestar un golpe en la cabeza a Manolo, sabiéndole vivo, lo tira.

Por otro lado respecto a los aspectos subjetivos, no se especifica si la susodicha lo atacó con *animus laedendi* o con *animus necandi*, en este sentido puede ser que María solo quisiera lesionar a Manolo y que sin ser su intención acabe matándolo, o puede ser que desde el primer momento quisiera darle muerte.

Para finalizar cabe señalar que no resolveré el caso atendiendo al Código Penal vigente, en base al principio de irretroactividad de la norma penal en lo que sea desfavorable al reo, siendo la nueva reforma más dura que la anterior.

1. Calificación de los hechos

A. Asesinato u homicidio

Después de contemplar las posibles variantes es preceptivo que clasifiquemos los hechos según las mismas.

En primer, lugar si María atacara a Manolo por la espalda, o bien de frente pero de forma tan inesperada que impidiera su defensa, estaríamos ante un acto alevoso²⁶. En este caso hay que diferenciar dos supuestos. Por un lado, si le hubiera golpeado fuertemente en la cabeza, provocado su caída, y además actuara con *animus necandi*, estaríamos ante un asesinato en grado de tentativa, pero si actuara con *animus laedendi* nos encontraríamos con un delito de lesiones agravadas por alevosía.

Es importante precisar que, en este último caso, si realmente hubiera fallecido Manolo tendríamos que haber apreciado un concurso ideal de homicidio imprudente con el delito anteriormente citado, ya que la intención de María no sería matarle. Sin embargo como Manolo sigue vivo no cabría apreciar este concurso, debido a que no existen los homicidios imprudentes en grado de tentativa, pues la misma conllevaría el hecho de haber intentado matarle y, además, en la imprudencia no hay *animus necandi*.

En segundo lugar cabría considerarse la opción de que María atacara a Manolo de frente y sin eliminar su defensa, en este caso hay que hacer frente a varias opciones.

Por un lado, Manolo podría haber caído como consecuencia del golpe propinado por María, en este supuesto, si concurriera *animus necandi* estaríamos ante un homicidio en grado de tentativa, pero si concurriera *animus laedendi* estaríamos ante un delito de lesiones, no cabiendo contemplar el concurso ideal con el homicidio imprudente por lo señalado con anterioridad.

Por otro lado, también podría haber golpeado al individuo sin eliminar su defensa, para posteriormente tirarlo en un momento de desfallecimiento y así sí le estaría impidiendo defenderse.

²⁶ Más adelante explicaré las circunstancias necesarias para que concurra alevosía y sus consecuencias.

Aquí cabría contemplarse un delito de asesinato en grado de tentativa, porque al tirarlo posteriormente aprovechándose de su situación de indefensión ya habría alevosía y *animus necandi*.

En tercer y último lugar también se debe plantear la posibilidad de que María creyera muerto a Manolo como consecuencia del golpe y, posteriormente, tirara el cadáver al mar.

Por un lado, si le hubiera atacado de manera sorpresiva eliminando su posibilidad de defensa, estaríamos ante un asesinato en grado de tentativa cuando existiera ánimo de matar, pero si la autora solo quería lesionarle y acabó provocándole la muerte sin intención, estaríamos ante un homicidio imprudente en concurso ideal con un delito de lesiones agravadas por alevosía, sin embargo, como realmente Manolo no murió habría que calificar el acto como un delito de lesiones agravadas por alevosía.

Por otro lado, si no le atacara de forma sorpresiva y hubiera actuado con *animus laedendi* estaríamos ante un delito de lesiones, pero si actuara con *animus necandi* nos encontraríamos ante un delito de homicidio en grado de tentativa.

Tras exponer las posibles variantes procederé a indicar mi parecer justificándolo adecuadamente, así como explicando el rechazo de las otras opciones. En este sentido entiendo que María cometió un delito de asesinato en grado de tentativa.

En primer lugar, respecto a los posibles aspectos objetivos, me inclino a considerar que María llevó a cabo el crimen mediante dos acciones delictivas. La primera de ellas se produce al golpear a Manolo, y la segunda al tirarlo por la borda, como deduzco del enunciado del texto que establece literalmente “golpea fuertemente a Manolo en la cabeza y lo tira por la borda del barco”. Es decir, lo tira, no se cae. Por otra parte, considero que hay alevosía: no es necesario para contemplarla que María haya asestado el golpe a Manolo por la espalda, ni de forma sorpresiva. Considero que al golpearle fuertemente en la cabeza le dejó en una situación de indefensión, por la desorientación que producen los golpes en esa zona, prevaleciéndose de ese estado para tirarle.

En segundo lugar respecto a los posibles aspectos subjetivos, me inclino a considerar que medió en el acto delictivo *animus necandi*. La jurisprudencia ha establecido en multitud de sentencias que a la hora de establecer si en una acción media el dolo de matar se debe tener en cuenta el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante. Se debe tener en cuenta el arma o los instrumentos empleados, la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque, la intensidad del golpe en que consiste la agresión, la repetición o reiteración del mismo, la forma en que finaliza la secuencia agresiva y cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto²⁷.

Teniendo en cuenta estas consideraciones entiendo que a través del comportamiento de María durante y después de los hechos se deduce que concurre ánimo de matar. En este sentido, la susodicha llevó a cabo no una sino dos acciones para causar la muerte de Manolo. En la primera le asestó un fuerte golpe en la cabeza siendo esta una zona, junto al cuello, especialmente delicada: si hubiera querido lesionarle y no matarle le podía haber golpeado en una zona más fácil y menos letal. Por otra parte, entiendo que lleva a cabo la segunda acción al no poder perpetrar su crimen en la primera, de tal manera le empuja fuera de la borda cuando no puede defenderse, sabiendo que lo más probable es que fallezca por la temperatura del agua, por lo difícil que podría ser que un tercero le encontrara a tiempo y porque está noqueado y probablemente caiga desmayado lo cual favorecerá su ahogamiento. Para finalizar mencionar que podría haberle salvado mediante algún kit de salvamento con los que obligatoriamente debe contar un barco.

Es importante hacer una precisión, con lo mencionado hemos conseguido eliminar varias de las suposiciones expuestas al principio, menos una: no hemos resuelto el supuesto de que María creyera muerto a Manolo a causa del golpe y, posteriormente, para borrar su crimen, le tirara por la borda. Es importante descartar este supuesto porque al no poder determinar que el primer acto fuera sorpresivo, podríamos encontrarnos ante un homicidio en grado de tentativa, cuando ya mencioné que considero que media asesinato en tentativa. Personalmente descartaría esta opción en base a que todo parece

²⁷ SAP de Madrid 331/2015 de 4 de mayo.

indicar que ambas acciones son consecutivas, y entre que María levantara el cuerpo de Manolo y lo tirara por la borda transcurriría demasiado tiempo, en el cual al susodicho podría haber recuperado la consciencia.

B. Eximentes, atenuantes y agravantes

A la hora de determinar la pena correspondiente de un delito hay que tener en cuenta una variedad de posibilidades: hay una serie de circunstancias que eliminan la responsabilidad de un acto delictivo, la atenúan o la agravan.

A continuación en primer lugar procederé a explicar la posible concurrencia de la eximente completa o incompleta por enajenación mental transitoria y de la atenuante por arrebató, obcecación u otro estado pasional, descartando en el transcurso de la explicación cada una de estas ellas. Y en segundo lugar voy a tratar la agravante por parentesco y la agravante por alevosía, esta última se recoge en el art. 139CP como una agravante específica impropia y no como agravante genérica. Sin embargo, he considerado preceptivo analizarla en este punto para su mayor comprensión y facilidad lectora.

El trastorno mental transitorio se recoge en el art. 20.1º CP. Se trata de una alteración de la mente o de los frenos inhibitorios de carácter temporal, que apareciendo de forma repentina supone la anulación momentánea de la capacidad de autodeterminación del sujeto, que no puede comprender la ilicitud del hecho realizado o actuar conforme esa comprensión, pudiendo tener un origen patológico o no patológico.

Para apreciar esta eximente el mencionado estado debe aparecer de manera inesperada, con tanta intensidad que anule la inteligencia o la voluntad del individuo (o ambas), que su duración sea breve y su curación no conlleve secuelas y por último, que el sujeto no haya buscado a propósito este estado para delinquir de forma dolosa o imprudente. Es decir, no debe mediar *actio libera in causa*. MIR PUIG establece al respecto que “si la perturbación no llega a ser plena, pero es notable, debe apreciarse la eximente incompleta, pero si su intensidad es menor hay que acudir a la atenuante del art. 21.2 CP, a la atenuante analógica del art. 21.7 CP, o a la de arrebató y obcecación”²⁸, es decir, las mismas se aplican cuando no se cumplan todos los requisitos.²⁹

En este caso no considero que María estuviera inmersa en un estado de enajenación mental transitoria, debido a que la misma supone que el individuo padezca una pérdida de consciencia tan intensa que le impida conocer el alcance jurídico de su conducta, despojándole del libre arbitrio que debe presidir cualquier proceder humano. En este caso María en ningún momento pierde sus facultades intelectivas ni volitivas, sabía perfectamente lo que estaba haciendo y quería hacerlo, tal y como se desprende de su conversación con Sara.

A continuación procederé a explicar la posible concurrencia de las atenuantes del art. 21.3 CP, explicando cada una de las variantes para luego ir motivando mi rechazo sobre las mismas.

El mencionado precepto contempla la atenuante pasional mediante la cual se reduce la responsabilidad penal del delincuente debido a la afectación de sus facultades intelectivas por determinadas causas o estímulos. Esta circunstancia modificativa, como bien establecen diversas sentencias, no se ha establecido para premiar reacciones coléricas, sino para valorar la importancia que tienen ciertos estímulos en los sujetos, provocándoles una disminución de las facultades volitivas e

²⁸ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal parte general*, Reppertor, Madrid, 2015 pp. 599-609; AA.VV. RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO (coord.), *Código Penal*, Aranzadi, Madrid, 2004 pp. 171-173; MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA & LAURENZO, COPELLO, PATRICIA, *El derecho penal en casos, parte general teoría y práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011 pp. 187-194.

²⁹ ORTS BERENGUER, ENRIQUE & GONZÁLEZ CHUSCA, JOSÉ L. *Compendio de derecho penal parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010 pp.188-189: “Para su estimación, corresponde al juez desarrollar una tarea valorativa sobre los informes técnicos y médicos emitidos por los peritos. Se debe comprobar que existe una enfermedad en su sentido biológico-psicológico y con relación a su afectación a las capacidades intelectivas y volitivas de sujeto”.

intelectivas³⁰. Es decir, sería contrario a la igualdad darle el mismo tratamiento a conductas conscientes que a aquellas que se cometen cuando se haya mermado la consciencia.

Es importante diferenciar esta atenuante del trastorno mental transitorio y del acaloramiento, pues la primera está constituida por su límite superior y entraña una eximente, y la segunda por su límite inferior, diferenciándose de la atenuante del art. 21.3º CP en que no reúne la intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios.³¹

Para apreciar esta atenuante es preciso cumplir una serie de requisitos, tal y como se ha establecido jurisprudencialmente a lo largo de los años. En primer lugar es necesario que el estado pasional esté precedido por un estímulo exógeno de intensidad suficiente para limitar (que no eliminar) las facultades cognoscitivas o volitivas de María, y con ello la imputabilidad. En segundo lugar, esta relación de causalidad debe ser proporcional, es decir, el motivo que originó esta alteración psíquica debe de ser proporcional al acto delictivo del sujeto, permitiendo explicar, que no justificar, la reacción que se produjo. En tercer lugar, estos estímulos no deben de ser reprochados por las normas socio-culturales que rigen la convivencia social. En cuarto lugar, entre la causa y el efecto no puede haber transcurrido demasiado tiempo y, en quinto lugar, los estímulos han de proceder de la persona que posteriormente será víctima (es decir Manolo).³²

En el mencionado artículo se reconoce implícitamente dos tipos de estados pasionales (el arrebató y la obcecación), y se establece un cajón de sastre para el resto de comportamientos con la misma calificación que disminuyen la imputabilidad de los delincuentes.

En primer lugar, la obcecación es un estado crónico o duradero de apetencia profunda hacia un objeto, íntimamente unido a la pasión, que produce un estado de ceguera u ofuscación de la mente a través de una persistente y prolongada explosión emocional. Cuando se produce este estado no se extingue la imputabilidad porque el sujeto sí conoce la repercusión de sus actos, pero la modifica pues limita su capacidad de raciocinio o disminuye su capacidad de autocontrol³³.

En este caso, no considero que María padeciera un estado pasional de obcecación cuando intentó matar a Manolo, ya que sus actos no fueron precedidos por la ofuscación de la mente producida a través de un largo pero no excesivo lapso de tiempo, sino que la reacción de la susodicha fue instantánea.

En segundo lugar, el arrebató es una conmoción psíquica de furor de súbita y corta duración, caracterizada por la repentina transmutación psíquica del agente³⁴. Este es el estado emocional que más se ajusta a la reacción colérica de María, pero rechazo su aplicación por no recogerse los requisitos precisos para el mismo.

Por un lado, no considero que el estímulo fuera proporcional, (anteriormente hemos mencionado que tendría que ser de tal intensidad que limitara las capacidades volitivas y cognoscitivas del sujeto permitiendo explicar, que no justificar, una conducta). En este caso la reacción de María fue desproporcional, debido a que el estímulo no fue tan poderoso para explicar su reacción, es decir, que Manolo quisiera dejarla no es proporcional a que ella quisiera quitarle la vida. Además, en este sentido, en multitud de sentencias se ha recogido que el despecho, el desafecto o el deseo de poner fin a una relación de pareja están excluidos de esta atenuante, ya que es insuficiente³⁵. Por otro lado, no considero que esta conducta sea acorde con las normas socio-culturales de convivencia.

³⁰ STS 59/2002 de 25 enero; SAP de Vizcaya 92/2003 de 30 diciembre; SAP de Huesca 1/2004 de 2 enero; STS 381/2006 de 31 marzo.

³¹ ESCRIBIELLA CHUMILLA, F. JAVIER, *Todo Penal*, Madrid, La Ley 2011, p. 204: “La atenuante será incompatible con aquellas situaciones en las que el acaloramiento y la perturbación anímica que produce dicho estado son consustanciales al desarrollo de la comisión delictiva, como sucede en las riñas mutuamente aceptadas, en donde tras crisparse los ánimos las palabras se convierten en ardientes arietes que desencadenan una tensión tan fuerte que los sujetos continúan por acometerse mutuamente agrediendo con intensidad. Y en ese estado de ofuscación no puede apreciarse la atenuante de arrebató, al no poderse privilegiar el dar rienda suelta a las pasiones”.

³² SAP Asturias 6/2003, de 4 febrero.

³³ STS 1233/2006, de 12 diciembre.

³⁴ STS 390/2013, de 29 abril; STS 381/2006, de 31 marzo; STS 59/2002, de 25 enero; SAP de Vizcaya 92/2003, de 30 diciembre; TSJ Madrid 4/2008 de 4 febrero.

³⁵ MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA & LAURENZO, COPELLO, PATRICIA, *El derecho penal...op. cit.* p.219: “La intensidad de sus efectos sobre la conciencia de quien actúa bajo la influencia de un estado pasional es un criterio

En tercer lugar se establece un concepto jurídico indeterminado para englobar todos los demás supuestos que siendo considerados un estado pasional, no encajen en la definición de arrebató u obcecación. En este sentido, según el caso examinado nos interesa el estudio de la celotipia, la cual hay que diferenciar de manera clara de la celopatía.

Por un lado, la celopatía es un síndrome paranoico o un delirio que puede dar lugar a un trastorno mental transitorio completo o incompleto según su intensidad. Se trata de celos infundados no acordes con la realidad. Por otro lado, la celotipia es una reacción vivencial desproporcionada que puede dar lugar a una atenuante pasional, provocada por celos justificados³⁶. Considero que María tampoco padeció celotipia ni celopatía.

En primer lugar, cabe señalar que la celopatía no corresponde al ámbito de estados recogidos por esta atenuante, aún así el sujeto no la sufría porque tenía motivos para pensar que su marido estaba con otra, no fue una paranoia ni un delirio lo que se lo provocó, él se lo dijo directamente.

En segundo lugar, tampoco considero que padeciera celotipia (celos normales), debido a que desde mi punto de vista la reacción fue causada por la ira que sentía al verse dejada por Manolo, por lo que no actuó movida por los celos. De todas maneras aún después de haber descartado este estado emocional, es importante precisar que aún considerando que podría concurrir, no se aplicaría la atenuante recogida en el art. 21.3º CP. En este sentido, uno de los requisitos mencionados anteriormente para poder apreciar un estado pasional es que la acción no debe estar reprochada por normas socio culturales, y en multitud de sentencias se ha recogido que la celotipia está excluida de esta atenuante en base a que “en una sociedad moderna como la actual es difícil concluir que sea aceptado por el ciudadano medio que los celos justifiquen una conducta como la desplegada por el acusado”.³⁷

Para terminar el análisis de las atenuantes y proceder a estudiar las agravantes, he de mencionar que, después de haber rechazado cada uno de los posible estados pasionales, considero que la actitud de María se debe a un simple acaloramiento, no siendo suficiente el mismo para atenuar pena o eximirle de la misma.

A continuación, con respecto a las circunstancias agravantes, entiendo que la alevosía se produce 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 asegurarla³⁸.

Para que concurra se exige un elemento normativo (la alevosía solo puede proyectarse en los delitos contra las personas), un elemento objetivo (el autor debe utilizar en la ejecución los medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa), un elemento subjetivo (el dolo del autor se debe proyectar no solo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquel), y un elemento teleológico (impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación total de indefensión)³⁹.

En este caso la alevosía se proyecta sobre Manolo, aprovechándose de su estado de aturdimiento para eliminar su defensa, estando perfectamente comprobado que, en un estado de tal calibre, es difícil (si no imposible) defenderse. En este sentido cabe mencionar la SAP Huesca 1/2004 de 2 de enero, en la cual el marido golpea a su pareja fuertemente la cabeza contra el suelo, para tirarla por la terraza aprovechándose de su aturdimiento y de la situación de su absoluta indefensión.

Hay diversas clases de alevosía: en primer lugar, existe la alevosía proditoria, que se ampara en la trampa, emboscada o celada; en segundo lugar, la alevosía súbita o inopinada, en la cual el sujeto activo se aprovecha de la confianza de la víctima actuando sorpresivamente; y en tercer lugar el

determinante para la excusión del ámbito de la atenuante ciertos sentimientos que se consideran irrelevantes (resentimiento, despecho, amor propio)”.

³⁶ STS 357/2005, de 22 marzo.

³⁷ TSJ Madrid 4/2008, de 4 febrero.

³⁸ Art. 22 CP; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. JAVIER, *Todo Penal...op. cit.* pp. 222-225.

³⁹ SAP Palencia 5/2004, de 29 abril.

desvalimiento, mediante el cual existe un aprovechamiento de la situación de desamparo de la víctima, que no está en situación de defenderse, lo que acontece por ejemplo con las personas de tercera edad, los niños, o los privados de conocimiento. No se debe olvidar, tal y como establece la STS 357/2005 de 22 de marzo, que “la delimitación conceptual realizada no supone un encasillamiento impermeable entre las diversas modalidades comitivas que impida hallar elementos configurativos de un tipo de alevosía en otro”⁴⁰.

Asimismo hay que diferenciar si la alevosía es inicial, que sería el caso si María hubiera atacado a Manolo por la espalda, de si la alevosía es sobrevenida, la cual se produce al no hallarse presente la mencionada agravante en el comienzo de la agresión, sino cuando el sujeto activo en un momento posterior de la actuación agresiva se aprovecha de la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para producir una nueva y diferente agresión.

Teniendo en consideración que en su momento entendí que el delito estaba configurado por dos acciones, y que no contemplé la existencia de alevosía en el primer golpe de María por no poderse demostrar en el caso, estaríamos ante una alevosía sobrevenida de desvalimiento⁴¹.

En segundo lugar, después de haber analizado la alevosía, explicaré la agravante por circunstancia mixta de parentesco. Recibe este nombre porque “puede atenuar como agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor de su cónyuge o conviviente”⁴². La jurisprudencia en este sentido ha apreciado el parentesco como agravante en los delitos contra la integridad física y libertad sexual, y como atenuante en los delitos contra el patrimonio⁴³. Se entiende que esta agravante es apreciable cuando la acción merezca más reproche del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate. En los delitos contra las personas su carácter agravante no está basado en la existencia de afectividad entre agresor y ofendido, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la ley dirigido a evitar esas conductas en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales.

En este caso hay una relación matrimonial entre Manolo y María, en la cual María atenta contra la persona de su marido, movida por ira y no por cariño. Por lo tanto, y en atención a la mayor protección dada a las agresiones en el ámbito familiar, considero que concurre la circunstancia mixta del art. 23 CP en su modalidad agravada.

En definitiva, nos encontramos ante un delito de asesinato en grado de tentativa agravado en su mitad superior por la circunstancia mixta de parentesco, en el que no concurre ninguna circunstancia atenuante ni ninguna eximente. Al no haberse consumado el delito por causas independientes a la voluntad del autor, el art. 62 CP establece que se le impondrá en tentativa la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado, según el peligro inherente en el intento y el grado de ejecución alcanzado. En virtud de este precepto considero que se ha de imponer la pena inferior en un grado a la contemplada en el asesinato consumado, porque María llevó a cabo todas las acciones posibles para causar la muerte de Manolo, de tal manera aplicando la pena inferior en grado en su mitad superior entiendo que María debería hacer frente a una condena de 11 años y 3 meses a 15 años de prisión.

II. Escuchas

Con posterioridad a los hechos acontecidos en el barco, María decide confesarle telefónicamente a Sara su crimen, pensando que la conversación se mantendría en secreto. Sin embargo, esta suposición

⁴⁰ TSJ Madrid 4/2008, de 4 febrero; SAP Alicante 1/2002, de 14 febrero: ejemplo de alevosía proditoria.

⁴¹ AA.VV. CÓRDOBA RODA, JUAN & GARCÍA ARÁN MERCEDES (directores), *Comentarios al Código Penal, Parte especial*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 22-25.

⁴² Art. 23 CP.

⁴³ MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA & LAURENZO, COPELLO, PATRICIA, *El derecho penal...op. cit.* pp. 233-234.

era errónea. De hecho el teléfono por el que hablaba estaba siendo intervenido en el curso de una investigación por tráfico de drogas, de la cual Marcial era sospechoso.

A continuación analizaré el derecho que se podría ver vulnerado por las escuchas efectuadas, e indicaré sus límites teniendo como base la inexistencia de derechos absolutos. Posteriormente, en el primero y segundo epígrafe trataré las consecuencias de la inobservancia de los requisitos necesarios para la limitación del derecho en cuestión. En este sentido, acometeré la pregunta atendiendo por una parte, a la posibilidad de que las intervenciones telefónicas efectuadas sobre Marcial constituyeran una prueba ilícita, (con las consecuencias que ello supondría en la conversación entre María y Sara) y, por otra parte, consideraré la eventualidad de que las intervenciones telefónicas mencionadas con anterioridad constituyan una prueba lícita, en cuyo caso analizaré la controversia sobre los descubrimientos casuales. Para finalizar y de forma breve trataré en el tercer epígrafe la posibilidad de introducir en el proceso otras pruebas.

Es preciso señalar que para llevar a cabo lo anterior emplearé la LECrim actual, pues en el tercer apartado del Preámbulo se establece que las causas por delitos cometidos con anterioridad se sustanciarán de acuerdo con las disposiciones actuales, y porque sería un caos burocrático que en cada caso se aplicara una norma procesal diferente.

El art. 18.3 CE garantiza el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, reconociendo a todos, nacionales y extranjeros, la facultad de comunicarse libremente. En este sentido, las intervenciones telefónicas realizadas sobre Marcial podrían vulnerar el derecho a la libre comunicación, es decir, a recibir y transmitir un mensaje por cualquier medio de comunicación sin interferencias de ningún tercero. Técnicamente el alcance de este derecho engloba la transmisión de mensajes a través de cualquier soporte y lenguaje, conteniendo una clasificación *numerus apertus* en base a los grandes y continuos avances tecnológicos.⁴⁴

Estamos tratando un derecho de gran importancia en las sociedades democráticas, regulado con especial delicadeza mediante normas de alcance nacional e internacional, y precisadas tanto jurisprudencialmente como doctrinalmente⁴⁵.

En el caso planteado se pretende mantener el carácter reservado de la conversación privada realizada a través de medios telefónicos. Sin embargo, el derecho que asiste a Marcial de mantener en secreto sus comunicaciones se encuentra limitado en virtud de la seguridad nacional y los derechos de terceras personas. Atendiendo a esa limitación se le interviene el teléfono. Sin embargo, es diferente realizar esta acción cumpliendo los requisitos establecidos legalmente que incumpléndolos. A continuación trataré de sintetizar el contenido de las directrices que se deben respetar para que la intervención telefónica realizada sobre Marcial sea válida.

Por un lado, constitucionalmente se atribuye al poder judicial la facultad de restringir los derechos fundamentales. Son varios los pronunciamientos judiciales que defienden esta concesión, por ejemplo la STS 1200/2009 de 25 de noviembre establece que “La Constitución atribuye al Juez la responsabilidad de protección de los derechos fundamentales y, por lo tanto le autoriza a acordar su restricción, afectando a un ciudadano concreto solo cuando sea estrictamente necesario”.

Centrándonos en la controversia a la que debemos enfrentarnos y tomando en consideración lo expuesto anteriormente, el derecho reconocido en el art. 18.3 CE debe ser limitado a través de una resolución judicial, tal y como establece el título VII de la LECrim. Sin embargo, excepcionalmente en caso de urgencia y para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, la autorización de intervenir las comunicaciones las puede otorgar el Ministerio del Interior, o en su defecto el Secretario de Estado de Seguridad, si bien no es el caso.

En un Estado democrático como España, para que la intervención telefónica efectuada sobre Marcial sea válida, es preciso que la resolución judicial cumpla una serie de requisitos y se dicte ante una situación de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad, y proporcionalidad. Veamos estos

⁴⁴ Fiscalía General del Estado Circular 1/2013 de 11 de enero pp. 5-7.

⁴⁵ CE (Art.18); LECrim (Art.559 y ss); CP (Art.197 y ss, 536); Declaración Universal De Derechos Humanos (Art.12); Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea (Art. 7); Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Art.17); Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (Art.8).

principios: en primer lugar, la autorización judicial debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, en este caso, el tráfico de drogas. En segundo lugar, la intervención telefónica debe ser adecuada al caso, no habiendo sido posible en aras del principio de excepcionalidad realizar averiguaciones a través de medios más respetuosos con los derechos fundamentales de Marcial, como el interrogatorio. En tercer lugar, para adoptar esta medida debe ser muy difícil descubrir o comprobar el tráfico de drogas sin intervenir las comunicaciones de Marcial. En cuarto lugar, la medida empleada debe ser proporcional, reportando la limitación del derecho fundamental reconocido en el art. 18.3 CE mayores beneficios que perjuicios. En este último sentido es necesario aportar datos que se consideren imprescindibles para constatar la necesidad e idoneidad de la medida restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones⁴⁶.

Si se da cumplimiento a estos principios se puede dictar un auto autorizando la restricción del mencionado derecho, pero es preciso que se acuerden en un procedimiento penal en curso, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, estando correctamente motivado. Después de la recepción de la solicitud, el Juez de Instrucción deberá analizarla y emitir una resolución judicial que deberá contener los requisitos establecidos en el art. 588 bis c LECrim⁴⁷.

Lo más importante es que el auto esté motivado, siendo inválidas las resoluciones judiciales que no lo estén. Marcial tiene derecho a conocer las razones de las decisiones judiciales que le afecten. Esto no significa que el juez deba describir exhaustivamente las causas que le llevaron a dictar la intervención telefónica, pero sí debe aportar razones suficientes que le permitan conocer los motivos que lo justifiquen.

La motivación de las resoluciones judiciales es absolutamente indispensable a la hora de justificar el presupuesto legal que habilita la intervención y hacer posible su control posterior, pudiéndose remitir al oficio policial⁴⁸. De tal manera que “la absoluta falta de motivación de la resolución judicial habilitante en la invasión del espacio protegido de la intimidad personal, supone una vulneración del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones telefónicas proclamado en el art. 18.3 CE”⁴⁹. En este sentido se entenderá motivada la resolución que establezca el número de personas afectadas, el hecho punible investigado, las razones que determinaron la adopción de tal medida, y la finalidad perseguida con el mandamiento.⁵⁰

⁴⁶ STS 513/2010, de 2 junio: Por el principio de proporcionalidad las intervenciones telefónicas están limitadas a supuestos excepcionales, por delitos graves, en los que concurren indicios claros de la existencia del delito y de las personas criminalmente responsable, no siendo suficiente las meras sospechas o conjeturas.

⁴⁷ “Art.588 bis c. La resolución judicial que autorice la medida concretará al menos los siguientes extremos a) El hecho punible que se investiga y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que se funde la medida (Tráfico de drogas). b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida (Marcial). c) La extensión de la medida, especificando su alcance y la motivación respecto al cumplimiento de los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad, y proporcionalidad. d) La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la investigación. e) La duración de la medida. f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida. g) La finalidad perseguida con la medida. h) El sujeto que llevará a cabo la medida, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto”.

⁴⁸ STC 197/2009, 28 de septiembre: La resolución judicial que acuerde la intervención debe justificar los presupuestos materiales que habilitan la intervención, es decir, los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la comisión de un delito grave y la conexión con las personas afectadas por la intervención. Se entiende que los indicios son más que meras sospechas, pero menos que los indicios racionales exigidos para el procesamiento. La jurisprudencia admite la motivación incluyendo la solicitud policial, si contiene los elementos necesarios para llevar a cabo un juicio de proporcionalidad. En el caso de esta sentencia, se estaría lesionando el artículo 18 CE al no contener el auto elementos imprescindibles para la legitimidad constitucional, ya que no establece que datos objetivos sustentan las afirmaciones de la comisión de un delito de tráfico de drogas por el condenado.

⁴⁹ STS 2141/1994, de 12 diciembre: Se recurre por considerarse que la intervención telefónica y sus prórrogas no estaba fundada, alegando que el juzgado de instrucción solo rellenaba espacios en blanco y concedía prórrogas sin justificación, finalmente el TS estima el recurso motivando que la intervención debe sucederse en el curso de una investigación judicial mediante una decisión judicial y proporcionalmente adecuada.

⁵⁰ RIVES SEVIA, PABLO, *La prueba en el proceso penal, doctrina de la sala segunda del TS*, Madrid, Aranzadi, 2012 pp. 1166-1173.

Cambiando de hilo argumental, respecto al control judicial, es responsabilidad del juez controlar de manera permanente la ejecución de la medida restrictiva de derechos fundamentales que autorizó, así como sus resultados. De tal manera que no llevarlo a cabo podría acarrear la nulidad de lo obtenido.

En pocas palabras, la no observancia de los requisitos mencionados con anterioridad conllevaría la ilicitud de las pruebas obtenidas mediante la intervención telefónica efectuada sobre Marcial, así como lo que de ella se derive. Como no se nos menciona que se haya vulnerado ningún requisito ni tampoco se nos menciona que se hayan respetado, resolveremos el conflicto a partir de ambas variantes.

1. Prueba ilícita

La prueba ilícita es la obtenida mediante la violación de un derecho fundamental, teniendo como consecuencia la invalidez en el proceso de la misma y su no apreciación por los Tribunales. Este supuesto se podría producir por ejemplo si el juez autorizara la realización de una serie de intervenciones telefónicas sobre Marcial durante el plazo de tres meses, sin motivar correctamente las razones de esa medida. En tal caso las conversaciones que podrían perjudicar a Marcial y a su negocio no podrían ser utilizadas, pero cabría preguntarse si podría emplearse lo averiguado sobre su mujer a través de las intervenciones telefónicas.

Con base a la teoría del fruto prohibido que expondré a continuación, considero que en el supuesto expuesto, las escuchas no podrían ser utilizadas en contra de María. En su día los tribunales españoles decidieron acoger la teoría directa en contra de la teoría refleja, para determinar el alcance de la prohibición probatoria. Esta teoría sostiene que los efectos del acto de prueba que causaron la violación de derechos fundamentales no impiden que se dicte sentencia condenatoria en base a otra actividad probatoria⁵¹. Sin embargo, precisaron este posicionamiento mediante la exposición del concepto de la conexión de antijuridicidad.

Según el posicionamiento de nuestros tribunales, las pruebas obtenidas directamente de manera ilícita son inválidas, sin embargo las obtenidas de forma derivada solo serían inválidas si entre ellas concurría una conexión de antijuridicidad, es decir, si la prueba practicada tuviera una derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida. La presencia de la mencionada conexión se delimita a partir del examen conjunto del acto lesivo del derecho y su resultado, tanto desde una perspectiva interna (en atención a la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones), como desde una perspectiva externa (en atención a las necesidades esenciales de tutela exigidas por la realidad y efectividad del derecho del art. 18.3 CE)⁵².

En tal sentido, la sentencia 81/1998 del TC de 2 de abril establece que para que la prohibición de la valoración de las pruebas ilícitas se puedan extender también a las pruebas derivadas o reflejas, estas se deben hallar vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental de modo directo, estableciéndose un nexo entre unas y otras. La lesión del derecho al secreto de las comunicaciones no supone de forma automática la prohibición de valorar de todas las pruebas derivadas de las intervenciones, siendo preciso para ello la existencia de una conexión causal entre ambos resultados probatorios. En este sentido serán válidas las pruebas que siendo derivadas de la información obtenida con la vulneración de un derecho fundamental, puedan considerarse jurídicamente independientes.

A partir de la teoría expuesta con anterioridad, considero que de haberse vulnerado el derecho fundamental recogido en el art. 18.3 CE en base a la obtención de pruebas inculpatórias sobre Marcial, también se estaría vulnerando la obtención de pruebas sobre el hecho delictivo efectuado por María frente a Manolo. Hemos visto que las pruebas derivadas de una prueba ilícita tendrán el mismo carácter

⁵¹ PÉREZ-CRUZ MARTÍN AGUSTÍN, JESUS, *Derecho procesal penal*, Aranzadi, Madrid, 2014, pp. 555-564.

⁵² TC 167/2002, de 18 septiembre: Se estaría vulnerando el artículo 24 CE si se utilizaran pruebas que derivasen directa o indirectamente de las intervenciones telefónicas ilícitamente practicadas, no pudiéndose condenar a los acusados si no hubieran otras pruebas independientes que fundamentasen la condena. Para determinar la conexión de antijuridicidad entre las pruebas de origen y las derivadas, es necesario llevar a cabo un juicio de experiencia que determine pertinencia o impertinencia de las pruebas cuestionadas; STS 84/2010 de 18 febrero: No basta con que el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión, debe existir conexión de antijuridicidad, debe realmente haberse transmitido de una a otra ese carácter de inconstitucional; DE URBANO CATILLO EDUARDO, *El derecho al secreto de las comunicaciones*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 222-223.

por la doctrina del fruto prohibido, salvo que entre ambas no exista una relación natural, o no se produzca una conexión de antijuridicidad. Personalmente considero que no se dan ninguna de las dos circunstancias, y por ello las escuchas de María serían inválidas.

2. Prueba lícita

Si las intervenciones telefónicas efectuadas sobre Marcial han sido correctamente realizadas, cabe preguntarse si podría extenderse su validez a la conversación de María con Sara.

A. Objeto intervenido

Primeramente, antes de analizar los hallazgos causales, considero importante a título informativo hacer una precisión en cuanto al objeto intervenido. En este caso no se precisa si se intervino el teléfono fijo o el teléfono móvil de Marcial, pero entiendo que en ambos supuestos, según el principio de especialidad, solo se permite la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones en lo relativo al tráfico de drogas. Sin embargo, es normal que al intervenir el teléfono fijo escuchen las conversaciones de las demás personas que convivan con el investigado, no siendo el caso del móvil.

Si se interviniera el teléfono portátil de Marcial, haber escuchado telefónicamente a María puede deberse a dos circunstancias, por un lado a que la titularidad y el usuario del teléfono no coincidan⁵³ o, por otro lado, a que estuvieran armonizados pero que el susodicho se lo prestara a su mujer el día de los hechos.

El primer supuesto puede acontecer porque al solicitar la intervención de los teléfonos móviles, se produce la comprobación de la titularidad del contrato por parte de la persona considerada sospechosa. Entiendo que cuando la policía investigó a Marcial debió de haber constatado que el móvil estaba a su nombre, lo cual les condujo a considerar que lo utilizaba él, pues tener conocimiento de lo contrario significaría haber llevado a cabo una escucha ilegal previa⁵⁴. Sin embargo estas intervenciones serían válidas siempre y cuando se refieran al tráfico de drogas.

En el segundo caso no se vulneraría el secreto de las comunicaciones, pues la jurisprudencia señala que el uso esporádico del móvil por otra persona diferente al titular no requeriría una nueva autorización, de lo contrario se tendrían que estar emitiendo resoluciones judiciales en virtud de quien utilizase el teléfono en cada momento⁵⁵. Sin embargo, como ya mencioné con anterioridad los hechos que se tengan en cuenta deben ser aquellos sobre los que se pronuncia el auto.

El hecho de haber intervenido el móvil de María podría fundamentarse en dos circunstancias: por un lado, a su utilización por parte de Marcial y, por otro, a raíz de que María también esté siendo investigada por un delito de tráfico de drogas. En el primer caso, la jurisprudencia mayoritaria apoya que se puede acordar la intervención de las comunicaciones de una persona no sospechosa al tener indicios de que a través de su móvil, se pueden tener conversaciones de interés en el curso de la investigación. En el segundo supuesto, considero que en el caso se deja bien claro que al que se está investigando es a Marcial, pero si fuera también objeto de esta investigación María, solo lo sería respecto al tráfico de drogas, no a otros delitos, debiendo estar correctamente autorizada la intervención.

B) Hallazgos causales o fortuitos

Los hallazgos causales regulados en el art. 579 bis LECrim, también conocidos por el derecho alemán como *Zufallfunden*, son aquellos hechos delictivos descubiertos en la investigación de un ilícito penal, logrados mediante la limitación de derechos fundamentales autorizada por el órgano judicial competente en relación a la investigación de un ilícito distinto al descubierto.

⁵³ Marcial es el titular del móvil, y María es el usuario.

⁵⁴ STS 1319/2009, de 29 diciembre.

⁵⁵ STS 905/2003, de 18 junio: “Lo relevante es que conste la identidad del titular del móvil para que la intervención sea correcta junto con los demás requisitos de uso constitucional de suerte que la utilización esporádica de tal móvil por otra u otras personas del grupo de personas implicado en la actividad delictiva enjuiciada no exige una nueva autorización de la intervención en función de quien utilizase en cada momento el móvil, que estaría en contra de la lógica de la naturaleza de las cosas porque tal utilización indistinta no supone corte o censura relevante ni en la autorización judicial concedida ni en el hecho que se investiga”.

En este sentido es realmente importante hacer una diferenciación entre la función investigadora y la función probatoria del hallazgo causal. La primera de ellas niega la utilización del hecho delictivo descubierto durante la investigación de un ilícito distinto, como fuente de prueba en un proceso diferente del que es obtenido. La segunda permite que los hechos averiguados actúen como *notitia criminis*, iniciándose un nuevo procedimiento para investigar el hecho delictivo descubierto, pero claro está que para ello han de cumplirse una serie de requisitos. Esta diferenciación es recogida en la STS 25/2008 de 29 enero, cuyo contenido es tan importante que ha sido posteriormente reproducido en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales de similar categoría⁵⁶. En la mencionada sentencia se recoge la solución jurídica relativa a los descubrimientos ocasionales diferenciando dos situaciones, que los hallazgos sean conexos o que no sean conexos.

Por un lado, si los hechos descubiertos tienen conexión con los investigados en el proceso, surtirán efectos de investigación y prueba. Es importante precisar que por delitos conexos se entienden los recogidos en el art. 17 LECrim. En este caso no considero que el asesinato de Manolo por parte de María y el tráfico de drogas perpetrado por Marcial sean conexos; en base a que no se producen en ellos las circunstancias recogidas en el artículo anteriormente citado. De tal manera ambos delitos no se cometieron por dos o más personas reunidas, ni situadas en lugares y tiempos distintos pero en concierto. Tampoco fue el asesinato a Manolo un medio para perpetrar o facilitar el tráfico de drogas, al igual que el tráfico de drogas no fue cometido para procurar la impunidad del otros delito, ni viceversa. Para finalizar, no considero que, a pesar de que ambos delitos se cometieran por diversas personas (María y Marcial), se ocasionaran lesiones recíprocas.

Por otro lado, si los hechos conocidos no guardasen la mencionada conexión con los causantes de la intervención telefónica, pero aparentasen una gravedad penal suficiente para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como *notitia criminis* y se deducirá testimonio para que se inicie un nuevo proceso.

En este caso considero, como ya expuse con anterioridad, que no hay conexión entre ambos delitos, pero a la vista está que el hecho delictivo cometido presuntamente por María es lo suficientemente grave para iniciar un nuevo proceso en base al principio de proporcionalidad⁵⁷. No por el inicio de este nuevo curso se estaría vulnerando el principio de especialidad, pues solo se estaría interviniendo en relación con el delito autorizado, por lo que ante el nuevo descubrimiento se debería iniciar un nuevo procedimiento pero siempre en base a los requisitos que posteriormente expondré. Esta conclusión se sustenta tanto en preceptos legales, como en la jurisprudencia, pues no se puede renunciar a investigar la *notitia criminis*, en base al art. 284 LECrim⁵⁸.

A continuación expondré el requisito que debe de cumplirse para que se pueda iniciar un nuevo proceso o ampliar el mismo. A raíz del hallazgo causal es indispensable que se solicite una nueva autorización judicial al juez de instrucción para ejecutar dentro de una misma causa una línea de investigación (lo que es conocido como ampliación), o para iniciar una investigación diferente e independiente a la del tráfico de drogas, de la cual conocerá el tribunal que se estime competente. A mi juicio considero que se debe solicitar un nuevo proceso, pues nada tiene que ver lo acontecido en el barco con el tráfico de drogas.

No han sido pocas las pruebas anuladas por no cumplir el mencionado requisito, un caso de gran repercusión fue el de Naseiro, en el cual anularon las escuchas grabadas argumentando la distinción entre el delito autorizado para la intervención telefónica y el delito por el cual se le acusaba, en base a

⁵⁶ STS 372/2010, de 29 abril.

⁵⁷ STS 1313/2000, de 21 julio: “Es imprescindible el acatamiento al principio de proporcionalidad en los procesos en que surja la cuestión de los hallazgos causales, solamente puede ser utilizado como prueba aquello que se refiera a delitos que puedan ser objeto de una intervención telefónica independiente”.

⁵⁸ Art. 284 LECrim: “Inmediatamente que los funcionarios de la Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso, lo harán así que las hubieren terminado”.

que cuando se empezó a dilucidar la existencia de un delito distinto al investigado, se debió de poner el mismo en conocimiento del juez para que decidiera lo que estimase conveniente.⁵⁹

En definitiva, lo que se nos plantea es la validez de las escuchas telefónicas efectuadas sobre María y no si a través de ellas se le puede acusar de asesinato. A partir de lo expuesto anteriormente considero que la validez de las escuchas depende de si la intervención era lícita y de si se ha solicitado inmediatamente al juez de instrucción abrir un nuevo proceso por la novación del delito. Si no se ha efectuado dicha acción las escuchas no serán válidas, por el contrario sí serán válidas si el juez lo autoriza, habida cuenta de que el tráfico de drogas y el asesinato a Manolo no son delitos conexos.

3. Incidencia de otras pruebas

Es importante precisar que si se declarase la nulidad de la prueba interceptada telefónicamente, no significaría que procediera a decretarse el sobreseimiento de las actuaciones, es posible que existiera otra prueba lícita que demostrara el asesinato de Manolo⁶⁰, por ejemplo si Sara voluntariamente decidiera contar lo que María le confesó, constituiría una forma de información legítima.

⁵⁹ Auto de TS 18 junio de 1992.

⁶⁰ STS 84/2010, 18 de febrero: “La nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una conexión causal entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación”.

BLOQUE III

I. Consecuencias jurídicas del comportamiento de Marcial

1. Conceptos introductorios

Durante el matrimonio formado entre María y Marcial, la susodicha se ve sometida a diversos actos violentos por parte de su marido, quien llega incluso a golpear a la hija de ambos, teniéndose constancia de la producción de cuatro escenarios con resultados lesivos desde el año 2010 hasta el año 2013.

Para resolver el caso aplicaré el Código Penal antiguo, en base al principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable, entendiendo que la nueva reforma es perjudicial para el reo.

En primer lugar, antes de proceder a analizar individualmente cada uno de los delitos en los que incurrió Marcial, considero preceptivo detallar la diferencia entre la violencia de género y la violencia doméstica, entendiendo que del resultado de tal investigación se derivará la calificación jurídica de los hechos.

A lo largo de la historia los distintos países han adoptado diversas políticas sobre este tema, contando en la actualidad con dos teorías al respecto. Por un lado, la tesis etiológica defiende que la violencia sobre la mujer es un subtipo de violencia doméstica, pudiendo explicarse ambas bajo un mismo fundamento. En cambio, la tesis estructuralista pretende dar una mayor protección a la mujer por la desigualdad de género que ha regido el mundo durante años, pues al ser un problema cultural no tiene la misma causa que violencia doméstica.

En lo que se refiere a la violencia de género, la perspectiva adoptada por España es estructuralista, la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, introduce en el art. 1.3 el concepto de violencia sobre la mujer⁶¹. Se entiende al respecto que la violencia de género es todo acto de agresión realizado sobre la compañera sentimental, que tiene como resultado posible o real un daño físico, psicológico o sexual. Nuestro Código Penal castiga severamente esta conducta por constituir un ejemplo de violencia cultural y no de violencia sexual como viene siendo considerado popularmente. En este sentido la ONU en la IV Conferencia Mundial de 1995 sobre la mujer, definió la violencia de género como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el sexo masculino y el femenino.

A pesar de que nuestro Código Penal adoptara esta tesis, no se tipificaron nuevos comportamientos penales derivados de ella, sino que se agravaron ciertas conductas por ser el sujeto activo un varón ligado amorosamente a su mujer o pareja. A pesar de ello algunos tipos penales sí que se refieren específicamente al hecho de que el agresor sea un hombre y la víctima una mujer ligada a él, constituyendo este caso los artículos 153.2, 171.4, 172.2 y 148.4 CP.

Respecto a la violencia doméstica, se puede definir como aquella que es producida sobre los integrantes de una unidad familiar, provocando un daño físico, sexual, patrimonial y psicológico que contraviniera la paz o la armonía del hogar. A diferencia de la violencia de género, su fundamento no se basa en la cultura, sino en la especialidad del marco relacional en el cual se produce, siendo irrelevante el género de las personas envueltas.

En todo caso es importante aclarar una posibilidad, en el ámbito de una relación amorosa puede darse la situación de que el marido pegue a su mujer y no por ello constituya violencia de género. En tal caso, son requisitos necesarios para que exista una agresión de violencia de género que el autor sea varón y la víctima mujer, que estén casados o ligados por análoga relación de afectividad, y que el acto de violencia se manifieste como la discriminación de la mujer por pertenecer al género femenino, sometiéndola a su dominio.⁶²

⁶¹ “La violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones, o la privación arbitraria de libertad”.

⁶² AA.VV. RAMÓN RIBAS, EDUARDO, *La protección frente la violencia de género, tutela penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 14-26.

Art.1 LO 1/2004 de 28 de diciembre: “La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las

En pocas palabras, desde la introducción de la perspectiva de género por parte de LO 1/2004, conviven en nuestro ordenamiento jurídico dos realidades delictivas: la violencia doméstica habitual y la violencia de género. La primera de ellas grava los ataques contra la integridad moral y física a través de la violencia física sin que quepa distinción por razón de sexo de las víctimas, y la segunda es una violencia individual ejercida por parte del hombre sobre la mujer mediando discriminación.

2. Violencia sobre María

A. Fuerte golpe en la cara que le produce un derrame en el ojo

En 2010 Marcial, fruto de los celos, golpea a María en la cara, provocándole un derrame en el ojo derecho.

En primer lugar, procederé a clasificar la acción dilucidando si concurre la agravante de domicilio común y la atenuante de celotipia. Por la magnitud de la lesión entiendo que la misma sana con una primera asistencia facultativa, no siendo preciso tratamiento médico o quirúrgico. Por lo tanto estamos ante una lesión leve elevada a delito, tipificada en el art. 153.1 CP⁶³.

En particular, estoy incluyendo el acto de Marcial en un delito de violencia de género. Sin embargo, tal y como se ha establecido en el apartado anterior, no se puede aplicar automáticamente esta modalidad por el simple hecho de pertenecer María al sexo femenino, porque se estarían vulnerando los principios de inocencia e igualdad. En este sentido, si no se prueba la dominación estaríamos estableciendo una presunción *iure et de iure* en contra del reo y, por otro lado, se estaría discriminando al hombre por el simple hecho de serlo y a la mujer por presumir que siempre está dominada por el varón. Se entiende que existe prevalencia cuando el hombre considera que su compañera está a su disposición, careciendo de libertad, respeto y capacidad de decisión, provocando una situación de discriminación, desigualdad y superioridad hacia la mujer⁶⁴.

Aunque se está haciendo una distinción en la protección de la integridad física, moral y psíquica de las mujeres en el ámbito de la pareja, esta diferenciación no vulnera el art. 14 CE, pues se permite cuando tenga una justificación objetiva y razonable y no depare consecuencias desproporcionadas en atención a la finalidad perseguida. En este caso la justificación radica en la pretensión de proteger a las mujeres en virtud de la mayor gravedad de las conductas definidas por su significado social y por constituir una mayor lesividad a la libertad, seguridad y dignidad de las mujeres.

En este supuesto, por lo tanto, considero que existe violencia de género, debiéndose elevar la falta a delito, a causa de que entre el sujeto pasivo, María, y el sujeto activo, Marcial, hay una relación conyugal, en cuyo seno se produce el acto de violencia representando una situación de dominación del género masculino sobre el femenino. En este último caso considero que existe tal sometimiento porque María está hablando por teléfono con un amigo y Marcial le propina una bofetada claramente dominado por un sentimiento de propiedad, lo cual no solo vulnera la integridad física de la víctima, sino que también ataca a su dignidad.

Asimismo resulta preceptivo señalar la concurrencia de la agravante por domicilio común, entendiéndolo como tal el espacio constituido por la residencia habitual donde se desarrollen las actividades privadas. De tal manera, como establece OREJÓN SANCHEZ DE LAS HERAS, la jurisprudencia aplica esta agravante de forma automática⁶⁵, sin embargo, no está claro que la aplicación de esta circunstancia sea correcta en todos los casos. En este sentido entiendo, como el autor

mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligadas por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”.

⁶³ STS 916/2009, de 22 de septiembre: El traumatismo ocular tras el que se aplican colirios no requiere tratamiento médico o quirúrgico.

⁶⁴ SAP Las Palmas 76/2007, de 9 febrero; SAP Barcelona 154/2007, de 13 de febrero; SAP Alicante 78/2008, de 4 de febrero.

⁶⁵ OREJÓN SANCHEZ DE LAS HERAS, Nestor. *Delitos de violencia en el ámbito familiar, las agravantes específicas y prohibición de incurrir en non bis in idem*. Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 53-65.

anteriormente citado y como MENDOZA CALDERÓN⁶⁶, que esta agravante contiene un elemento objetivo y subjetivo, estableciéndose este precepto para castigar el encuentro cuando sea buscado a propósito para vulnerar la intimidad y seguridad de la víctima.

En este caso podría no producirse tal incremento del injusto al convivir los dos sujetos en el mismo domicilio, de manera que la acción se pudo producir en ese espacio físico por el simple hecho de que se encontraban casualmente allí. Sin embargo, cabe plantearse dudas sobre lo anterior, porque es cierto que todas las agresiones realizadas por Marcial se producen en el domicilio conyugal, y eso puede ser porque en ese espacio físico la víctima se encuentra más indefensa y él tiene una mayor sensación de seguridad al saber que nadie les puede observar, lo cual sería lógico que incrementara el injusto. En cualquier caso, considero que se debe aplicar al caso la agravante mencionada por ser el criterio jurisprudencial dominante.

Por otra parte, se podría considerar la posibilidad de que concurriera una atenuante por celopatía del art. 21.3^a CP, al realizar Marcial la agresión inmerso en un ataque de celos. En este punto, cabe recordar que anteriormente ya diferenciamos la celotipia de la celopatía, entendiendo que esta última deriva de un síndrome paranoico que puede dar lugar a una eximente por enajenación mental o trastorno mental transitorio, en el cual el individuo no tiene motivos de sospecha sobre la posible infidelidad de su mujer, pero su cabeza hace elucubraciones al respecto⁶⁷.

Con el fin de determinar si se produce o no la celopatía en este supuesto, se debería realizar un informe pericial sobre Marcial. Sin embargo, y sin perjuicio de esta práctica, entiendo que no concurre esta circunstancia modificativa, porque más que dominado por un ataque de celos, sus actos se rigieron por un sentimiento de pertenencia hacia María. Justifico mi posición en el continuo comportamiento posesivo y violento de Marcial sobre su mujer, llegando incluso a increparla por salir con sus amigas, lo cual desvirtúa el hecho de que sus actos se movieran por celos.

En definitiva, la conducta realizada por Marcial está tipificada en el art. 153.1 CP, a la que aplica la pena de prisión de seis meses a un año, o trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, agravada por el art. 153.3 CP, debiendo aplicar la mitad superior por tener lugar los hechos en el domicilio común. De acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, al concurrir la mencionada agravante se aplica la pena de prisión de nueve meses a un año.

Asimismo se imponen también las penas privativas de derechos, siendo por un lado obligatoria la privación de tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, que en casos similares asciende a dos años, y por otro lado la facultativa para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años, cuando se considere adecuado para el interés del menor o incapaz⁶⁸. De acuerdo con el art. 57.2^o CP, al ser un caso de violencia contra la mujer también se impone obligatoriamente la prohibición de aproximarse a la víctima, y facultativamente la prohibición del derecho a comunicarse con ella, sus familiares u otras personas, así como residir o acudir a determinados lugares durante dos años. Por último se le inhabilita especialmente para el ejercicio de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. Con posterioridad trataré el tema de la responsabilidad civil.⁶⁹

B. Dos puñetazos en la barriga

En marzo de 2010 María está cenando con unas amigas y recibe una llamada de Marcial increpándola para que regrese al domicilio conyugal. Cuando retorna la recibe con dos puñetazos en la barriga, momento en el cual su mujer se encontraba embarazada de aproximadamente ocho meses.

⁶⁶ MENDOZA CALDERÓN, SILVIA. *Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 en el Código Penal*, Revista General de Derecho Penal, 2004 p.139.

⁶⁷ STS 357/2005, de 22 marzo; SAP Asturias 6/2003, de 4 febrero; SAP de Huesca 1/2004, de 2 enero.

⁶⁸ No es frecuente privar de patria potestad.

⁶⁹ SAP Burgos 150/2013, de 4 abril; SAP Cáceres 271/2014, de 12 junio: Inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo.

AA.VV, VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant monografías, Valencia 2008 p. 240-249: prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima.

A continuación vamos a calificar jurídicamente estos hechos, dilucidando si se produce un delito de amenazas, de lesiones del art. 153 CP, y las posibles agravantes y atenuantes que podrían existir.

Al comenzar los hechos con una llamada amenazadora, podría enmarcarse esta conducta en un delito de amenazas, entendiendo como tal la exteriorización del propósito de causar un mal lícito o ilícito, que podría ser delictivo o no delictivo. Seguidamente procederé a analizar caso por caso si existe un delito de tal calibre. Sin embargo, es importante precisar que en ningún momento se nos indica el contenido de la conversación telefónica, por lo cual todo lo que explicaré a continuación no son más que meras conjeturas.

En primer lugar, tal y como establece el art. 169.1º CP, es posible que durante la llamada en cuestión se amenazara condicionalmente a María con un mal constitutivo de un delito de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas, contra la integridad moral, contra la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico. De tal manera que la condición impuesta puede ser lícita o ilícita, entiendo que en este caso es lícita, ya que se procuraba el regreso al domicilio común. De cualquier manera, Marcial cumplió su propósito, pues María regresó a la vivienda conyugal, por lo que si seguimos este criterio se le impondría una pena de uno a cinco años de prisión.⁷⁰

En segundo lugar, es posible que el sujeto activo, sin imponer ninguna condición, amenazara a su mujer con un mal constitutivo de los delitos mencionados con anterioridad. Se da tal circunstancia, por ejemplo, si durante la llamada le hubiera dicho “te voy a matar”, sin incluir “si no vuelves a casa”. En tal caso la pena iría de seis meses a dos años. Sin embargo, entiendo que no nos encontramos ante tal situación porque en el enunciado se establece claramente que le increpa “para que regrese a casa”. Por lo tanto, todo hace pensar que si existe una amenaza, esta sería condicional.

En tercer lugar, Marcial también pudo amenazar condicionalmente a María a través de un mal no constitutivo de delito: por ejemplo le pudo haber dicho que o regresaba al domicilio o la dejaba. Por último, en cuarto lugar, si la amenaza fuera leve y se realizara sin armas o instrumentos peligrosos sobre las personas (contempladas en el art. 173.2 CP), se elevaría a delito la falta contemplada en el art. 620.2º CP, según el art. 171.4 CP. En este caso, el Código Penal no indica qué criterios se deben seguir para considerar una amenaza como leve o grave, debiendo atenderse a criterios jurisprudenciales, los cuales indican que se debe reparar en la persistencia de la idea amenazadora, en la gravedad del miedo que pudieron sentir las víctimas, en la mayor o menor gravedad del mal pronosticado, y en la seriedad de la amenaza.⁷¹

En este caso vuelvo a remarcar que no se transcribe la conversación telefónica, solo se indica que en la misma Marcial increpó a María para que regresara al domicilio conyugal. En este sentido analizamos anteriormente las consecuencias de que en esa conversación el sujeto activo hubiese amenazado a su mujer, descartando las amenazas no condicionales por no tener cabida. Por lo tanto nos encontramos ante la posibilidad de que la amenaza fuera condicional de un mal constitutivo de delito o no constitutivo de delito, o que fuera leve y se convirtiera en delito por realizarse contra la esposa. También por último podría ser que Marcial no la hubiera amenazado y solo le hubiera dicho de manera violenta que regresara, en cuyo caso considero que tal situación no tendría ninguna consecuencia legal. Como no se nos indica qué criterios seguir, y tras haber analizado cada una de las consecuencias que conllevaría la elección de uno u otro camino, debo concluir que en este caso no debería castigarse tal conducta en base al principio *in dubio pro reo*.

Después de la llamada telefónica María regresa al domicilio conyugal, en el cual le espera Marcial propinándole dos puñetazos en la barriga. No se nos indica si le causó lesión alguna. Por ello, ante la falta de datos considero que no. En tal caso estaríamos ante un delito de maltrato de obra tipificado en el art. 153.1 CP. Sin embargo, solo mencionar que aún habiéndole producido una lesión, como no se nos indica que precisara tratamiento médico o quirúrgico, entendemos también subsumidos los hechos en una falta convertida a delito por el sujeto que recibe la acción.

La pena a imponer sería de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. La segunda sanción expuesta no se puede aplicar porque está destinada a los

⁷⁰ ESCRIBUELA CHUMILLA, F. JAVIER, *Todo Penal... op. cit.* pp. 607-682.

⁷¹ ESCRIBUELA CHUMILLA, F. JAVIER, *Todo Penal... op. cit.* pp. 558- 560.

supuestos más leves, el cual no es el caso porque los golpes recaen sobre el estómago de una mujer embarazada, con el peligro que conlleva para el feto. Además, al igual que en el apartado anterior, no se suele aplicar cuando concurre una agravante y en este caso concurre la del domicilio común tipificada en el art. 153.3 CP ya explicada con anterioridad. En definitiva, las consecuencias jurídicas impuestas serían las mismas que las mencionadas en el apartado anterior.

C. Intervención quirúrgica y cicatrices faciales

En septiembre de 2012 Marcial agrede violentamente a María provocando su ingreso en un centro hospitalario durante aproximadamente dos meses, en los cuales le tienen que intervenir quirúrgicamente dos veces el hígado y el bazo, presentando también cicatrices en la cara derivadas de los golpes.⁷²

Está claro que nos encontramos ante un delito de lesiones diferente a los que analizamos con anterioridad, por lo que a continuación analizaré la posible incursión de esta agresión en los artículos 153, 147.1, 148.3º, 149.1 y 150 CP, descartando motivadamente los que no son aplicables al caso.

En primer lugar el hecho no se puede enmarcar en un delito del art. 153.1 CP, porque requiere tratamiento quirúrgico. Este precepto está configurado para elevar a delito algunos hechos que en casos generales son entendidos como falta por no requerir tratamiento médico ni a veces asistencia facultativa, pero que se elevan a delito por producirse un incremento en el desvalor acción debido al sujeto sobre el cual recae la conducta.

Después de descartar la aplicación del precepto anterior, se puede considerar aplicable el art. 147.1 CP. Sin embargo, teniendo como base que la conducta tipificada debe agravarse por ser la víctima la esposa del autor, considero más apropiada la aplicación del art.148.3º CP, el cual tampoco es el más propicio para el caso, sin embargo esta cuestión la explicaré más adelante.

Cambiando de hilo argumental, esta conducta también podría englobarse en el art. 149.1 o 150 CP⁷³, encontrándonos ante el dilema de aplicar uno u otro. En primer lugar, solo aclarar brevemente para evitar dar lugar a confusiones, que los dos órganos afectados son principales, ya que su ineficacia funcional supondría un acortamiento de la vida, afectando notablemente a la forma de vivir y a las aspiraciones de quien las sufre. Sin embargo, es irrelevante en este caso porque María debe ser intervenida quirúrgicamente por las lesiones provocadas sobre el hígado y bazo, pero en ningún momento sufre la pérdida o inutilización de los mismos.

Ahora bien, lo relevante para el caso es la posible aplicación de ambos artículos en relación con la deformidad sufrida a costa de las cicatrices. En primer lugar, para saber si aplicar al supuesto un artículo u otro, es importante precisar que la jurisprudencia entiende por deformidad lo visible y permanente, considerando que las cicatrices faciales cumplen tal requisito⁷⁴. Teniendo como base que las marcas causadas sobre María constituyen una deformidad, es preciso determinar el grado, de tal manera que para aplicar el art. 149.1 CP es necesario que la cicatriz mida un mínimo de veintiún centímetros por dos centímetros de grosor⁷⁵, mientras que para apreciar la simple deformidad es suficiente con que mida catorce centímetros⁷⁶. En este caso no se nos concreta el tamaño de la cicatriz, por lo cual entiendo que se aplica el art. 150 CP en lugar de art. 149.1 CP.⁷⁷

Después de descartar algunos de los supuestos, podemos aplicar tanto el art. 148.3º CP como el 150CP. Si empleamos los dos incurriríamos en un *non bis in idem*, debido a que el bien jurídico

⁷² Se siguieron produciendo comportamientos violentos, sin embargo no podemos analizarlos individualmente porque no constan esos episodios concretos, sin embargo los tendré en cuenta a la hora de apreciar la habitualidad del artículo 173 CP.

⁷³ “Art. 149.1 CP: El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años” “Art. 150 CP: El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años”.

⁷⁴ SAP Cáceres 426/2015, de 2 octubre: se condena a la indemnización por incapacidad temporal y por perjuicio estético.

⁷⁵ STS 258/2007, de 19 julio.

⁷⁶ STS 1277/2003, de 10 octubre.

⁷⁷ STS 150/2006, de 16 febrero.

protegido por ambos artículos es la integridad física. En base al art. 8CP, en un concurso de normas se debe aplicar el delito más grave en perjuicio del menos grave, por lo cual a este caso se aplica el art.150CP al ser su pena de tres a seis años de prisión, mientras que la del art. 148.3° CP es de dos a cinco años.

En definitiva, se condena a Marcial por un delito del art.150 CP con la agravante de parentesco, debiéndose aplicar la mitad superior de la pena, que en este caso es de cuatro años y seis meses a seis años, con la accesoria inhabilitación para el ejercicio de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, imponiendo obligatoriamente la prohibición de acercarse a María, y facultativamente la de no aproximarse al lugar donde ella resida y a comunicarse con ella, imponiéndole estas últimas medidas durante diez años como máximo, al considerar que la lesión es grave de acuerdo con el art. 57.1 y 57.3 CP.

D. Tres golpes en el estómago e infarto

Habiendo quebrantando la orden de alejamiento durante casi un año, Marcial le propina en 2013 tres golpes en el estómago a su mujer, y uno facial a su hija. Como consecuencia de tales actos María sufre una gran ansiedad que deriva en un infarto del corazón.

A continuación analizaré la consecuencia de los golpes a su cónyuge, así como la posible imputación del infarto.

En primer lugar, en cuanto a los golpes efectuados sobre María entiendo que constituyen un delito del art. 153.2 CP. Esta acción se debe agravar mediante el tercer apartado de este mismo artículo por llevarse a cabo en el domicilio conyugal, o por realizarse en presencia de menores. Sin embargo debido las características del caso considero preceptivo en su lugar aplicar el delito de lesiones tipificado en el art. 148.3° CP, que expondré más adelante.

En segundo lugar, analizaré la posible imputación del infarto, pero antes de proceder es preciso destacar que en ningún momento se menciona si María fallece o no como consecuencia del mismo, por lo que solucionaré la controversia entendiendo que sobrevivió, sustentando dicha afirmación en que Manolo reaparece un año después con el fin de iniciar determinadas acciones legales en contra de María.

Descartando, por lo tanto, el delito de homicidio, tendremos que analizar si el infarto se puede encuadrar en el tipo básico de lesiones del art. 147.1 CP, al requerir para su curación asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico. Para resolver el supuesto partiremos de tres teorías: en la primera de ellas analizaremos el infarto como consecuencia de una enfermedad, en la segunda el síndrome Tako-Tsubo, y en la tercera analizaremos la posibilidad de imputarle a Marcial un delito de lesiones psíquicas.

En este sentido y a título introductorio, para imputarle a Marcial el infarto, es necesario que medie una relación de causalidad, entendiéndolo como tal el nexo que debe producirse entre la acción agresiva contra María, y el infarto sufrido por la misma⁷⁸. A tal efecto, la jurisprudencia utiliza la teoría de la *conditio sine qua non*, la cual entraña que la causa de una acción es todo lo que no puede suprimirse sin que a su vez se suprima el efecto. Ahora bien, hay determinados accidentes extraños que provocan la interrupción del nexo causal, en este sentido, como bien menciona ESCRHUELA CHUMILLA⁷⁹, no se considerarán englobadas en esta excepción las causas preexistentes, las causas concomitantes y las causas posteriores.

Tras determinar la causalidad el paso siguiente será dilucidar si podemos imputarle objetivamente al encausado el resultado. Para llevar a cabo este cometido es necesario que exista una causalidad natural, que la acción del autor creara o aumentara un peligro jurídicamente desaprobado, y que el resultado de la mencionada acción realizara el riesgo creado⁸⁰.

⁷⁸ STS 122/2002, de 1 febrero.

⁷⁹ ESCRHUELA CHUMILLA, F. JAVIER, *Todo Penal... op. cit.* pp. 117-119.

⁸⁰ MARÍA LUISA & LAURENZO, COPELLO, PATRICIA, *El derecho penal...op. cit.* pp. 49-50.

Después de esta breve introducción, englobo el infarto en las causas preexistentes, pues se produce debido a la acumulación de una sustancia llamada “placa” en las paredes de las arterias coronarias, de tal manera para que se produzca tal situación el sujeto debe haber padecido previamente una arteroesclerosis que provocara la cardiopatía isquémica.

En virtud de lo expuesto considero incierto que el infarto fuera producido por la angustia a la que se ve sometida María por el maltrato continuo de su marido, podría de igual manera padecerlo sin sufrir tal agresión, aunque bien es cierto que se ve desencadenada por el estímulo emocional sufrido⁸¹. Cabría, por lo tanto, estudiarse si eliminada la agresión eliminaríamos el infarto, lo cual debe ser dilucidado por el preceptivo informe pericial.

Si pudiéramos determinar la causalidad de las acciones de Marcial, el paso posterior será dilucidar si podemos imputarle objetivamente al encausado el resultado. El problema radica en que nos encontramos ante cursos causales complejos, en los cuales el infarto es consecuencia de la suma de la acción de Marcial con otras posibles causas. En este sentido, la jurisprudencia establece que el riesgo alcanza todas las consecuencias derivadas de la acción, debiendo ser normales y previsibles. Las causas existentes con anterioridad a la conducta no infieren en la posibilidad de imputación, por ejemplo la enfermedad de la víctima, mientras las causas posteriores pueden impedir la imputación objetiva⁸². En este caso la causa es la arteroesclerosis y como la padece con anterioridad, no se tendría en cuenta en la imputación.

En definitiva, entiendo que podríamos imputarle el hecho a Marcial si determináramos que hay una relación causal entre el infarto y la situación a la que se ve sometida, que la agresión de Marcial aumentó el peligro de que sufriera un infarto, y que el mismo fue resultado del riesgo causado por los puñetazos. Ahora bien, partimos de la base de que la causalidad debe probarse, siendo uno de los elementos indispensables de la imputación objetiva, y por ello nos encontramos con la existencia de dudas en el tipo objetivo.

Si nos centramos en el tipo subjetivo encontraremos también diversas incógnitas. En tal sentido habría que determinarse si el infarto fue provocado dolosamente o imprudentemente, siendo obvio que no fue el resultado esperado por el sujeto activo.

Los delitos imprudentes suponen una infracción del cuidado, en tal modo Marcial debía de conocer las posibilidades de que se produjera el infarto y aceptarlo, pero la cardiopatía no es una enfermedad visible desde el exterior, y como establece la sentencia AP Granada 14/2002 de 17 enero, solo se puede observar en situaciones extremas⁸³. Por lo tanto, y en relación con lo expuesto, para determinar si existe tipo subjetivo, es preciso saber si Marcial conocía la enfermedad de María, porque de ser así sabría que cualquier sobresalto le produciría un infarto, y al producirse estaría infringiendo el deber de cuidado que marca los delitos imprudentes. Sintetizando lo expuesto con anterioridad, al no estar claro si se da el tipo objetivo ni subjetivo, no podemos hablar de hechos culpables, y por lo tanto no podríamos imputarle unas lesiones del art. 147.1 CP agravadas en el art. 148.4 CP a Marcial, aunque se le podría reclamar la responsabilidad civil ex delicto si mediara causalidad.

En base a la segunda teoría puede ser que María no padeciera un infarto, sino una miocardiopatía de Tako-Tsubo, con la cual se confunde constantemente. Este síndrome aparece en la cara anterior del corazón con ausencia de daños coronarios, y es producido por un episodio repentino e intenso de tipo emocional. Si fuera el caso existiría sin lugar a dudas nexo de causalidad, y la miocardiopatía sería la

⁸¹ SAP Granada 14/2002, de 17 enero: Gregorio discute con Julio por la venta de una finca, fruto de la mencionada discusión el primero con una navaja pincha la pierna del segundo, causándole una herida subsanable con una primera asistencia facultativa. Sin embargo Julio padecía una cardiopatía isquémica, que le causó la muerte. Al analizar la causalidad las pruebas periciales indicaron que anteriormente a los hechos padecía patología cardíaca, que se produjeron unas lesiones que desencadenaron en un infarto de miocardio, teniendo como consecuencia que la causalidad fuera dudosa pues se podría desencadenar su enfermedad en cualquier momento.

⁸² STS 908/2008, de 22 diciembre; SAP Tarragona 118/2005, de 7 febrero.

⁸³ Véase también SAP Barcelona, 3 de marzo de 2000. La responsabilidad penal requiere que el resultado antijurídico sea causado dolosamente o negligentemente, siendo elemento del actuar imprudente la previsibilidad del resultado que de la acción deriva.

realización de este peligro. No obstante entiendo que el resultado más grave es objetivamente imprevisible por estar ante un síndrome con poca incidencia y desconocido, por lo que el sujeto solo debe ser castigado por las lesiones iniciales dolosas y no por un concurso ideal entre el delito inicial doloso y final imprudente.

Por último analizando la tercera teoría, es posible imputarle a Marcial un delito de lesiones psíquicas causado por la ansiedad a la que María que se ve sometida. En este sentido, jurisprudencialmente se establece que los daños psíquicos sufridos por la víctima son penalmente imputables al acusado, por constituir un menoscabo a la salud mental, pudiéndose incluir esta conducta en un delito del art. 147.1^o CP. Marcial ha creado un riesgo desaprobado por el ordenamiento jurídico, debiendo responder por el resultado producido directamente o causalmente. Particularmente considero que se debe atribuir al susodicho la responsabilidad a título de dolo eventual, entendiendo que debía haber previsto que la situación a la que venía sometiendo a su esposa, sumado con el hecho de pegar a su hija por primera vez, le causaría una gran ansiedad, la cual entiendo que merece el título de delito y no de falta por ser lo suficientemente grave para desencadenar un infarto⁸⁴.

En definitiva, Marcial ha cometido un delito de lesiones psíquicas dolosas que en virtud del art. 8CP, se aplica preferentemente al delito de lesiones del art. 153.1 CP por tener una pena superior. Por lo tanto la conducta de Marcial está castigada por el art. 148.3^o CP, a una pena de prisión de dos a cinco años. Así mismo se le debe imponer la inhabilitación especial para acceder a cargo público durante el tiempo de condena, la imposición obligatoria de alejamiento y facultativa de aproximarse o residir a determinados lugares y comunicarse con la víctima.

E. Delito del maltrato habitual

El art. 173.2 CP recoge el maltrato habitual y protege la integridad moral atacada a través de tratos degradantes reiterados. La acción tipificada es, en suma, ejercer violencia física o psíquica de forma habitual sobre determinadas personas. Es importante diferenciar la violencia psíquica, que puede existir por si misma sin necesidad de que exista violencia previa, y lesión psíquica, que se produce como consecuencia de la agresión a la integridad física.

El art. 173.2 CP contiene la habitualidad como elemento diferenciador. Es preceptivo mencionar que es diferente a la reincidencia, la cual exige una condena previa del sujeto por delitos de igual naturaleza comprendidos en el mismo título⁸⁵. La jurisprudencia defiende distintas teorías al delimitar cuando nos encontramos con la habitualidad. Una línea destacada establece que nos encontraremos en tal supuesto cuando al menos se hayan producido tres actos de violencia. Sin embargo, otra línea jurisprudencial y doctrinal mayoritaria, establece que la habitualidad no requiere un número mínimo de actos de violencia, sino que se debe convencer al juez de que la víctima ha experimentado a un estado de agresión permanente⁸⁶.

En este sentido BENÍTEZ JIMENEZ prefiere un concepto de habitualidad criminológica-social, ante uno de carácter jurídico- formal acreditador del número de lesiones sufridas. A la hora de apreciar la habitualidad hay que diferenciar si existen sentencias anteriores o si no. En el primer caso, si la sentencia fuera condenatoria se tendría en cuenta para apreciar la habitualidad y ello no conllevaría la incursión en *non bis in idem*, al ser la violencia habitual algo más que la suma de actos en que se manifiesta. Pero si la sentencia fuera absolutoria el juez no podrá tener en cuenta dichas conductas por el respeto al principio de cosa juzgada o presunción de inocencia. En el segundo caso si no hay condenas anteriores se atenderá a la habitualidad por la declaración de la víctima, el parte médico o cualquier medio probatorio, siendo este el caso.

Por lo tanto, los artículos 173.2 y 153 CP tienen regimenes jurídicos distintos. Es voluntad expresa del legislador posibilitar la punición por separado del delito de maltrato habitual del de los diferentes resultados causados a raíz de cada acto violento. No se incurriría en *non bis in idem*, porque el bien

⁸⁴ STS 261/2005, de 28 febrero; STS 91/2007, de 12 febrero; STS 625/2003, de 28 abril.

⁸⁵ AA.VV. VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (coord.), *Violencia de... op.cit.* pp. 184-192.

⁸⁶ STS 108/2005 de 31 enero.

jurídico protegido es distinto, por lo tanto habría que estudiar en que concepto se aplican los delitos que engloban ambas conductas. Para eso habría que constituir concurso de delitos⁸⁷. Por un lado, podría ser ideal si la unidad de hechos provoca varios tipos delictivos y, por otro lado, podría ser real si existen pluralidad de acciones o hechos constitutivos de delitos autónomos. Benítez JIMENEZ se inclina por el segundo de los concursos mencionados, parece que con razón, ya que si estuviéramos hablando de una acción que provocara varios resultados, no podríamos enmarcarlos en la habitualidad.⁸⁸

Por lo tanto, Marcial incurrió en un delito del art. 173.2 CP englobado dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral. Como ya mencioné con anterioridad, se trata de un precepto en contra de la violencia sobre los miembros de la unidad familiar, en orden a proteger su integridad moral y dignidad, no su integridad física⁸⁹. En este caso considero que durante los años de convivencia se ha producido un atentado contra la paz familiar, degradando habitualmente la moral de María, provocándole sentimientos de terror, angustia e inferioridad⁹⁰.

Asimismo se le deberá aplicar tanto la mitad superior por haber realizado alguno de los actos en presencia de su hija menor, como la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, y facultativamente la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad por un tiempo de dos a cinco años⁹¹. Para finalizar se le debe imponer obligatoriamente una orden de alejamiento y facultativamente la prohibición de aproximarse o residir en determinados lugares y comunicarse con la víctima.

3. Violencia sobre Elisa

Hacia Elisa se produce un delito del art. 153.2 CP, por ser la víctima descendiente de Marcial, aunque para su curación solo precise asistencia facultativa, se elevará la falta a delito por el incremento del injusto que supone llevar a cabo esa conducta frente al sujeto pasivo indicado. Además, las lesiones son producidas en el domicilio común, lo cual agrava la pena debiéndose calcular la mitad superior de la pena de prisión de tres meses a un año, se impondrá la pena de privación de tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, y facultativamente la inhabilitación para el ejercicio de patria potestad de seis meses a tres años.

Asimismo, se le debe imponer la inhabilitación especial para acceder a cargo público durante el tiempo de condena, la imposición obligatoria de alejamiento y facultativa de prohibición de aproximarse o residir en determinados lugares y comunicarse con la víctima. Para terminar se le deberá indemnizar por el perjuicio causado en base a lo que estableceré en el último apartado.

4. Circunstancias modificativas

En los apartados precedentes expliqué cuáles eran las conductas ilícitas que había cometido Marcial, sin embargo no indiqué los requisitos que deben cumplirse para que sean castigadas penalmente. En este sentido, los delitos están formados por conductas típicas, antijurídicas, culpables y punibles, siendo necesario para penar al individuo que se cumplan estos cinco requisitos. Los primeros se dan sin ninguna controversia, de tal manera que Marcial llevó a cabo una serie de acciones que la norma penal desapueba. El problema surge al no poder establecerse *a priori* la culpabilidad del sujeto, ya que en el momento de cometer los hechos estaba afectado por el alcohol y la cocaína, por lo tanto, se debe determinar si se le puede hacer responsable de las conductas realizadas.

Antes de analizar las posibles consecuencias del consumo de sustancias al cometer los delitos, quiero poner especial interés en el tipo de drogas detectadas. La OMS considera droga a toda sustancia que introducida en un organismo vivo puede modificar una o más funciones.

⁸⁷ OREJÓN SANCHEZ DE LA HERA, NÉSTOR, *Delitos de violencia... op. cit.* pp. 120-128: “No existe un concurso de normas, sino que hay un concurso de delitos”.

⁸⁸ AA.VV. VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (coord.), *Violencia de... op.cit.* pp. 200-203.

⁸⁹ SAP Cantabria 459/2015 de 16 octubre.

⁹⁰ SAP de Castellón 33/2008, de 24 enero; SAP de Girona 633/2008, de 6 noviembre; SAP de Asturias 176/2004, de 20 mayo.

⁹¹ Más adelante se explicará porque considero que se quebrantó una medida cautelar.

En primer lugar, la cocaína es una droga natural que estimula psíquicamente al consumidor y posteriormente da lugar a una etapa de excitación y euforia. Cuando se consumen altas dosis de esta sustancia se puede producir una psicosis tóxica con alucinaciones y trastornos paranoides.

En segundo lugar, el alcohol es una droga que puede generar embriaguez, entendiendo como tal el estado de intoxicación agudo que repercute legalmente en la imputabilidad. Por un lado, podría constituir un estado pasajero que provocara una manifestación episódica de la perturbación psíquica, de tal manera que al transcurrir ese periodo sus efectos cesarían y el sujeto volvería a su estado natural. Por otro lado, podría ser crónica y conllevar un estado de intoxicación por el uso prolongado y habitual de elevadas cantidades de alcohol, produciendo una degeneración del sentido moral que conduciría a la realización de actos violentos en todos los campos personales, sin embargo no considero que este último sea el caso de Manolo pues no menciona nada el texto.

A continuación analizaré las posibles variantes en las cuales se puede englobar la conducta de Marcial, bien para eximir su pena, en cuyo caso sería inimputable, o bien para atenuarla, en cuyo caso sería imputable pero se disminuiría su pena por determinadas circunstancias.

En este sentido, tal y como menciona SUÁREZ MIRA RODRÍGUEZ, hay cuatro tipos de consecuencias⁹². Por un lado, la conducta puede ser objeto de una eximente completa o incompleta de los artículos 20.2º CP y 21.1º CP respectivamente. Por otro lado, también puede ser objeto de una atenuante, de grave adicción recogida en el art. 21.2º CP, o por analogía del art. 21.7º CP. Sobre la incursión de esta última hubo una gran controversia, un sector doctrinal y jurisprudencial no apoyaba su inmersión alegando que solo podían existir las eximentes completa e incompleta además de la atenuante por drogadicción. Sin embargo, otro sector estaba de acuerdo con añadirla. Las sentencias recientes, cuando enumeran las causas que pueden dar lugar a la exención o atenuación de la pena no las incluyen, pero se sigue aplicando convirtiéndose hoy en día pese a la incursión de la atenuante por drogadicción, en un cajón de sastre. A continuación analizaré cada una de las mencionadas circunstancias, y las iré excluyendo progresivamente hasta quedarme con la atenuante analógica.

En primer lugar, trataré la exención de la pena por inimputabilidad. En relación con las sustancias adictivas recogidas por el art. 20.2º CP, para que un sujeto sea inimputable es preciso que padezca una anomalía psíquica causada por la ingestión continuada de las sustancias mencionadas, que sufra una intoxicación plena por consumir ocasionalmente, o que se encuentre bajo síndrome de abstinencia.⁹³

En el primer caso, cuando el sujeto tenga alterada la psique individual por el uso y abuso de las drogas y el alcohol, no es necesario que esté en un estado de intoxicación plena, sino que se produzca una base patológica. En este sentido las alteraciones psíquicas pueden producirse por causas exógenas o endógenas, interesándonos estas últimas cuando sean producidas por el consumo de sustancias. Por lo mencionado anteriormente se aplicará el art. 20.1º CP cuando el consumo de drogas provocara una anomalía psíquica, o cuando diera lugar a alteraciones psíquicas, siempre que las mismas no fueran provocadas por la intoxicación plena. Entiendo que no media esta circunstancia sobre Marcial por no haber sido probado ni mencionado en el supuesto.

En el segundo caso se exime de responsabilidad penal a quien sufre intoxicación plena, regulada en el art. 20.2º CP. Para que concurra la mencionada eximente se deben cumplir tres condiciones. Por un lado, la exigencia médica obliga a que el sujeto esté intoxicado plenamente, hasta el punto de ver anuladas sus facultades volitivas e intelectivas. En este sentido, se necesita una intoxicación aguda tanto por consumo ocasional de drogas o por drogodependencia. El problema radica en que hoy en día casi todas las drogas ingeridas en cantidad suficiente producen una intoxicación típica, en este caso, como ya vimos anteriormente, la cocaína produce psicosis con alucinaciones y trastornos paranoides, lo cual, obviamente, tendrá influencia en la capacidad del individuo. Por otro lado, debe de cumplirse la exigencia temporal de encontrarse el sujeto en ese estado al cometer el delito y, por último, en sentido negativo debe haberse producido el estado de intoxicación sin haber sido provocado para delinquir.

⁹² SUAREZ MIRA RODRIGUEZ, CARLOS, *Imputabilidad del consumidor de drogas*, Tirant monografías, Valencia, 2000, pp. 147-226.

⁹³ El tercer caso no lo vamos a tratar pues en el caso nos especifican que el individuo no estaba en un periodo de abstinencia, todo lo contrario, actúa con dosis de alcohol y cocaína en el cuerpo.

En este sentido, debo descartar la aplicación de la eximente por intoxicación plena al entender que no existen pruebas que avalen ese estado de intoxicación, siendo entendido en el ámbito jurisprudencial que no se emplee ante falta de pruebas que lo acrediten.⁹⁴

Al no efectuarse la eximente completa podría dudarse sobre la aplicación de la incompleta, que, si bien no excluye la imputabilidad del individuo, atenúa su responsabilidad criminal. Esta eximente se produce ante la perturbación de las facultades volitivas e intelectivas que, si bien no anulan la capacidad, la disminuyen, tanto por intoxicación semiplena, como por abstinencia no totalmente inhabilitante, y por la gravedad de los efectos que provoca la adicción prolongada a determinadas drogas. El Tribunal Supremo la suele vincular con la personalidad psicópata, de tal manera que cuando a esta se le une la embriaguez o la drogodependencia se produce una grave disminución de las facultades. En definitiva, de la misma manera que descarté la eximente completa, debo descartar la incompleta, pues no hay modo de avalar que se encontraba inmerso en una intoxicación semiplena.

A continuación si no aplicamos ni el art. 20.2º ni el 21.1º CP, quizás si podríamos aplicar la atenuante de drogadicción contenida en el segundo apartado del art. 21 CP. Esta atenuante regula los estados intermedios en los cuales el delito se produce con el fin de abastecerse de la sustancia a la cual se es adicto. Sin embargo no se puede apreciar la atenuante automáticamente, siendo necesario que se constate la grave adicción⁹⁵, lo cual presupone una incidencia en las facultades psíquicas. Para determinar si la adicción es grave se atenderá al producto consumido, a la dosis del mismo, y a la antigüedad de la adicción. Sin embargo, no hay que constatar la incidencia de grave adicción de Marcial para descartar su aplicación al caso, en base a que el fundamento de esta circunstancia atenuante es que el delito se produjera para conseguir las sustancias nocivas (delincuencia funcional), y en este caso las lesiones efectuadas sobre María y Elisa no le reportarán ningún subministro.

Después de descartar la aplicación de la eximente completa e incompleta, así como la atenuante por drogadicción, nos encontramos ante un supuesto que, sin ser de aplicación lo anterior merece una atenuación, lo cual nos conduce a tener que aplicar la atenuante analógica que el Tribunal Supremo rechaza⁹⁶. La misma se establece para aquellas circunstancias que guardan semejanza con la estructura y características de las atenuantes reguladas mediante el art. 21 CP, por lo cual entendemos que en este caso debe de guardar relación con la atenuante por drogadicción.

Esta circunstancia modificativa no se aplica automáticamente, sino que se produce cuando se ocasiona una disminución de la imputabilidad al ver mermadas sus facultades volitivas e intelectivas⁹⁷. Los actos no están incentivados por la obtención de drogas, pues como establece MIRA RODRÍGUEZ “no es a causa de grave adicción, sino estando bajo los efectos de la disminución de imputabilidad que condicione su estado psíquico”, no necesitando por lo tanto que la drogadicción sea grave⁹⁸, pero sí precisando la existencia de afectación psíquica.

En resumen, Marcial estaba afectado por el alcohol y las drogas en el momento de cometer el delito, pero por falta de acreditación no considero que llegara a un estado de intoxicación plena ni semiplena, por lo cual no se le aplica la eximente completa ni la incompleta. Tampoco se le puede aplicar la atenuante por drogadicción pues no cometió los hechos para procurarse droga. Después de descartar los puntos anteriores, entiendo que Marcial es drogodependiente y que durante los hechos tenía sus facultades afectadas por el consumo de cocaína y alcohol, si bien no se nos indica hasta qué punto,

⁹⁴ TS 460/2009, de 6 mayo.

⁹⁵ A sensu contrario se entiende que el consumo ocasional de drogas no se aprecia para las circunstancias de atenuación.

⁹⁶ STS 196/2005, de 22 febrero: el delito no tiene relación con procurarse la droga, ello no quita que el estado psíquico estuviera afectado por ansiedad, desasosiego e irritabilidad, que repercutió limitadamente en la facultad de actuar de Ismael, debiendo aplicarse la atenuante analógica.

⁹⁷ Anexo I que contiene un cuadro sobre las bases neurobiológicas y bioconductuales del desarrollo de la dependencia de sustancias; STS 672/2015, de 30 octubre: El consumo no permite aplicar automáticamente la atenuante por ser adicto o por tener un hábito de consumo, además es necesario tener afectadas las facultades volitivas e intelectivas, siendo la cantidad de alcohol y cocaína intrascendente porque no tiene la capacidad de decisión alterada; SAP Madrid 582/2010, de 23 septiembre: aplicación de atenuante analógica por ser presumible una drogadicción de larga duración que generó un deterioro en la capacidad volitiva.

⁹⁸ STS 170/2007, de 7 marzo: Aplicación de la atenuante analógica por tener levemente disminuida la capacidad de comprender la ilicitud de los actos y actuar conforme esa comprensión.

entiendo que al menos levemente, siendo aplicable por ello la atenuante analógica, debiéndose calcular la mitad inferior tal y como establece el art. 66.1º CP⁹⁹.

Por otra parte, se nos indica que Marcial admite ser drogodependiente y decide voluntariamente ingresar en una clínica con el fin de reparar el daño causado, pudiéndose aplicar la atenuante por reparación de daño. En este sentido el art. 21.5ª CP establece la posibilidad de atenuar la pena por haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos antes de la celebración del juicio oral. ORTS BERENGUER Y GONZÁLEZ CUSSAC, entienden por reparación el restablecimiento de una situación creada mediante el delito, y por disminución la reducción de los efectos del delito, no debiendo ser completa sino significativa¹⁰⁰.

En orden a aplicar la mencionada atenuante a Marcial, la STS 100/2000 4 febrero establece que cualquier forma de reparación del daño o disminución de los efectos es válida, tanto por restitución, indemnización, reparación moral o reparación simbólica. En este sentido, DOMINGO DE LA FUENTE¹⁰¹ establece que la reparación simbólica tiene su fundamento en el art. 112 CP, y que los drogodependientes con actitud de reparar el daño ingresan en el centro de desintoxicación, omitiendo una conducta, es decir, no tomando drogas, reparando así el daño a la víctima concreta, a la comunidad y ayudando a la prevención del delito.

En base a lo expuesto con anterioridad, entiendo que a Marcial se le debe aplicar una atenuante de reparación del daño, pues al tomar la decisión de someterse a un programa de reinserción, disminuye la necesidad de la pena por disminuir la peligrosidad del susodicho. Así mismo considero que esta voluntariedad debe de ser correspondida con una disminución de la pena.

II. Quebrantamiento de medida de seguridad

María denunció a Marcial después del episodio violento acaecido en septiembre de 2012, solicitando una orden de alejamiento que se rompe al retomar la convivencia.

Antes de proceder a analizar las consecuencias de la mencionada vulneración, es importante precisar a efectos formales si nos encontramos ante una pena de alejamiento o una medida de seguridad.

En primer lugar, las penas del art. 48 CP, se acordarán cuando se hayan cometido una serie de delitos sobre quien sea o haya sido cónyuge al igual que María, de tal manera se aplica la prohibición de aproximación a la víctima, a sus familiares u a otras personas que se determinen, por un tiempo que excederá de diez años si el delito fuera grave, o cinco años si fuera menos grave. Esta pena es lo que se denomina una pena accesoria de imposición obligatoria frente a los sujetos del art. 173.2 CP, ejecutándose automáticamente por la necesidad de proteger a la víctima, incluso en contra de su propia voluntad.

En segundo lugar, las medidas cautelares están tipificadas en la orden de alejamiento del art. 544 bis de la LECrim. El mencionado precepto establece que, al estar incoado un proceso penal por la comisión de delitos de violencia doméstica y de género, y estando la víctima en una situación de riesgo, el juez podrá ordenar de oficio o por instancia de parte, la protección de la susodicha en base a la adopción de medidas cautelares civiles y penales.

De tal manera el art. 544 ter LECrim establece que después de la denuncia, la víctima tendrá a su disposición un formulario de solicitud de la orden de protección. Al remitirse al juez este deberá citar a las partes a una Audiencia urgente, después de la cual dictará un auto con la resolución pertinente, notificando en su caso la orden de protección a las partes. El fin de estas medidas es evitar situaciones objetivas de riesgo sobre la víctima que está inmersa en un proceso penal largo.

En este supuesto considero que estamos ante una medida de seguridad, al ser solicitada por parte de María después de denunciar a su marido y antes de que se dictara sentencia. No es por lo tanto una pena

⁹⁹ Una de las críticas a la atenuante analógica se resume en tener el mismo efecto sobre la pena cuando el nivel de exigencia es de menor intensidad que la atenuante por drogadicción.

¹⁰⁰ ORTS BERENGUER, ENRIQUE & GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L. *Compendio de... op. cit.* pp. 306-307.

¹⁰¹ DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia restaurativa y mediación penal*, Revista de derecho penal nº 23, Lex Nova, Valladolid, 2008.

accesoria, sustentando esta afirmación, además, en que si fuera el caso sería obligatorio que el juez impusiera esta medida, no necesitando mediar petición de María.

Una vez determinado que nos encontramos ante la vulneración de una medida de seguridad, es preciso establecer las consecuencias de la misma. El art. 468 CP equipara la sanción del quebrantamiento de una pena con el quebrantamiento de una medida cautelar, castigando la mencionada conducta con la pena de prisión de seis meses a un año. Si la víctima no hubiera consentido retomar el contacto, no se generaría mayor controversia y se aplicaría automáticamente el artículo anterior. Sin embargo, la dificultad radica en ese consentimiento, el cual se presume por haber pasado un año desde que retomaron la convivencia hasta que le denunció de nuevo.

Hay diversas líneas jurisprudenciales que analizan la validez del consentimiento prestado por la víctima de violencia de género. Por un lado, como excepción a la doctrina general, la STS 1156/2005 de 26 septiembre establece que el consentimiento de la víctima conforma una causa de exclusión.

Debido a la conflictividad de esta decisión jurisprudencial, poco se tardó en elaborar una nueva línea mayoritaria y totalmente diferente, la cual defiende la irrelevancia del consentimiento. En este sentido, se establece jurisprudencialmente y doctrinalmente que la vigencia del bien jurídico no queda enervada por el consentimiento, pues lo que se está protegiendo es el principio de autoridad. De tal manera el consentimiento de la víctima no elimina la antijuridicidad del hecho¹⁰². Sin embargo, aún considerando que el bien jurídico protegido es la vida y la integridad física y moral, no son disponibles por la víctima, por lo que tampoco bajo este precepto podría justificarse la vulneración de la medida.

Sintetizando este argumento jurisprudencial, los motivos por los cuales el consentimiento de la víctima es irrelevante son varios. En primer lugar, el bien jurídico protegido como establecimos anteriormente es la autoridad; en segundo lugar, el consentimiento de la víctima no exonera la responsabilidad penal a quien comete un hecho ilícito perseguible de oficio; en tercer lugar, el derecho penal sobre la violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto las decisiones acordadas por la autoridad judicial y, en último lugar, la práctica muestra que el consentimiento se presta en un marco intimidatorio de la expareja en el cual se utilizan artimañas engañosas para lograr la aceptación del otro.¹⁰³

Mencionaré tan solo un par de teorías intermedias que considero importante aclarar en este caso. Una de ellas distingue entre que el quebrantamiento fuera de una medida cautelar, en el cual el consentimiento sería relevante, y que el quebrantamiento fuera de una pena, en el cual el consentimiento sería irrelevante. En este sentido, declino esta teoría formulada por la STS 775/2007 de 28 septiembre, teniendo como base el art. 468 LECrim, y el acuerdo de 2008 en el cual se establece que el consentimiento no excluye la punibilidad, sin hacer distinción entre pena y medida cautelar ya que ambas incumplen una resolución judicial.

La otra teoría indica que cuando la persona protegida fuera quien iniciara el contacto, no habría conducta típica, pero si quien tiene la orden de alejamiento tomara la iniciativa, aún siendo posteriormente consentida por la persona protegida, se daría el tipo del art. 468.2 LECrim¹⁰⁴. En este sentido, en ningún momento se nos menciona quién inicia el contacto, estableciéndose tan solo que Marcial regresa a casa, por lo cual entiendo que es el marido quién está realizando una acción activa pues es el que retorna, frente a María que tiene una actitud pasiva de dejarle retornar.

¹⁰² SAP Álava 196/2009 de 19 junio: Las resoluciones judiciales no están al arbitrio de los particulares, el consentimiento de la mujer no excluye su punibilidad, sería un contrasentido que constatada la frustración del fin pretendido por la medida, se permita la imputabilidad del autor; STS 268/2010 de 26 febrero: El bien jurídico protegido es el principio de autoridad, aunque se acuerde por razones de seguridad y protección de la mujer; SENÉS MOTILLA, CARMEN, *Las ordenes de alejamiento y salida del domicilio adoptadas en los procesos sobre violencia de género*, Madrid, Aranzadi, 2008; AA.VV. VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (coord.), *Violencia de... op.ci*, pp.356-365.

¹⁰³ SAP A Coruña 110/2009, de 2 diciembre.

¹⁰⁴ STS 803/2015, de 9 diciembre: Celsa va a buscar y recoger a su hijo en casa de Balbino a pesar de que está en vigencia una orden de alejamiento entre ambos, en uno de esos encuentros Balbino la retiene y la agrede sexualmente. El supuesto mostraría una clara iniciativa de la víctima y la actitud pasiva del condenado, si solo le hubiera permitido que buscara y recogiera al niño y no la hubiera retenido.

Cambiando de hilo argumental, es posible que a la hora de determinar el delito de quebrantamiento de condena, Marcial alegue en su defensa que, al mediar consentimiento de María incurrió en un error de tipo o de prohibición.

El error de tipo está regulado en los dos primeros apartados del art. 14 CP, en los cuales se establece que ante el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno de los elementos descritos en el tipo penal, si el hecho es constitutivo de una cualificación de la infracción se impide su apreciación, y si el hecho es constitutivo de una infracción penal, si es vencible se excluye la responsabilidad criminal, y si es invencible se comete a título de imprudencia.

En este sentido, el quebrantamiento de condena está formado por tres elementos. En primer lugar, el elemento normativo conlleva la existencia de una prohibición de acercamiento o comunicación con la víctima. En segundo lugar, el elemento objetivo se refiere a la acción natural del verbo “quebrantar” en el sentido de incumplir una medida. Y en tercer lugar, el elemento subjetivo conlleva el dolo típico de conciencia y voluntariedad en la vulneración de la medida¹⁰⁵.

Considero que no se ha producido un error de tipo al ser Marcial consciente de que estaba incumpliendo una medida cautelar, en base a que el acusado conocía la vigencia de la orden de alejamiento porque se le había comunicado¹⁰⁶, y además las resoluciones judiciales solo pueden ser modificadas por los Jueces y Tribunales, no por las víctimas. De tal manera reconocer error de tipo supondría reconocer que María podría decidir sobre la vigencia de un mandato judicial. En definitiva, al ser consciente de su deber de cumplimiento no podía tener un conocimiento equivocado sobre los elementos, ya que conocía la prohibición de acercamiento y sus consecuencias.¹⁰⁷

El error de prohibición está regulado en el art. 14 CP, se produce por la falta de conocimiento sobre la antijuridicidad de la conducta, al creer estar el autor actuando lícitamente. Este error puede ser vencible, dando lugar a la pena inferior en uno o dos grados, o invencible, dando lugar a la exclusión de responsabilidad criminal. Hay que tener presente que el error de prohibición es excepcional y debe probarse, se juzga atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a las características del sujeto, sin embargo no se produce por no conocer los detalles de la norma infringida.

Considero que no media en este supuesto porque la medida cautelar se tuvo que haber comunicado a Marcial, con el apercibimiento de incurrir en incumplimiento de un delito de quebrantamiento de condena¹⁰⁸. Además, no se indica en ningún momento que María retirara la denuncia, debiendo comparecer ante el órgano judicial competente, e instar su resolución, ante lo cual el órgano judicial debe valorar si hay algún riesgo que justifique su imposición, o si no lo hay, resolviendo el levantamiento o no de la medida cautelar en auto¹⁰⁹.

Por último, cabe mencionar que en orden de rechazar ambas posibles alegaciones, el obligado tiene la posibilidad de informarse sobre la medida cautelar, además de estar obligado a acatar las resoluciones judiciales.

Ahora bien, hay que dilucidar si estamos ante un delito de quebrantamiento de condena o una agravación de los artículos 173 y 153 CP, ya que al gravarse la misma conducta nos encontramos con la posible incursión en un *non bis in idem*.

¹⁰⁵ SAP Madrid 204/2010, de 30 junio.

¹⁰⁶ Art. 754 ter LECrim.

¹⁰⁷ SAP Murcia 114/2011, de 27 mayo; STS 69/2006, de 20 enero: Sobre Eloy y Clara media una orden de alejamiento, incumpléndose al estar juntos varios días consentidamente. Un día el varón golpea a su pareja en presencia policial, verificando el incurrimento de un delito de quebrantamiento de medidas cautelares. Eloy alega que había dos órdenes, una estaba revocada, y la otra pensaba que corría el mismo destino. El TS resuelve indicando que no hay error de prohibición ni de tipo, en base a que Eloy sabía el alcance del tipo penal, argumentando que habiendo una orden en alzada y otra no, no hay ningún elemento que justifique que pueda entenderse que esta también estaba revocada.

¹⁰⁸ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Grandes Tratados. Tratado de Derecho Procesal Penal*. Madrid, Aranzadi, 2009, p.4

¹⁰⁹ STS 61/2010, de 28 enero; SAP Segovia 27/2013, de 19 marzo: Rafaela instó al órgano judicial que dejara sin efectos la orden de protección contra su marido, de lo cual se entiende que reanudaron libremente la convivencia, concurriendo las circunstancias necesarias para dar eficacia al consentimiento como excepción a la doctrina general.

En este sentido OREJÓN SANCHES DE LAS HERAS¹¹⁰ y la Circular de la Fiscalía del Estado 3/2003, establecen que si se quebrantara sin intención de cometer delito se debería aplicar el art. 468 CP, y si se quebrantara con fines de cometer un delito de los mencionados en los artículos 153, 171.5, 172.2, 173.2 y 175.2CP se debería aplicar la agravación existente en los tipos delictivos, al encontrarnos ante un concurso de normas que se resolvería con al aplicación de la especial a favor de la general.

Si optáramos por considerar que Marcial quebrantó la medida con el fin de delinquir, deberíamos aplicar preferentemente la agravación del art. 173 CP antes que la del art. 153 CP, ya que si aplicáramos ambas incurriríamos en un *non bis in idem*¹¹¹. Esto es así porque “*la naturaleza de la circunstancia de agravación apreciada no está en la integridad física o psíquica de la víctima, sino más próxima en la tutela de su integridad moral, en el sentimiento de desamparo o indefensión que sufre la víctima al comprobar que las medidas preventivas tendentes a disuadir a la víctima de la comisión de este tipo de delitos resultan ineficaces.*”¹¹². Personalmente, no considero que Marcial delinquiera con el fin de cometer un delito, sino que lo acabó cometiendo por sus inclinaciones sociales, por lo que entiendo que incurrió en un delito de quebrantamiento de una medida cautelar penada con una multa de doce a veinticuatro meses.

En cuanto a María, cabría preguntarse si tendría algún tipo de responsabilidad por el delito de quebrantamiento. La mayor parte de la doctrina establece que el comportamiento no es punible¹¹³, pues no se le puede castigar por una actuación que no se le prohibió, siendo esta doctrina apoyada por el Ministerio Fiscal¹¹⁴.

Además, tal y como menciona el autor anterior, ante la ausencia de un criterio unívoco y frente a la temeridad de que la víctima sea condenada, se pueden tomar las siguientes medidas para la absolución. Por un lado, podría alegarse que el consentimiento no fue válidamente otorgado por la persona protegida, o por otro, que la misma creyera que su voluntad era suficiente para la extinción de alejamiento incurriendo en error de tipo o de prohibición. En cualquier caso, sustentándome en el acuerdo del Ministerio Fiscal entiendo que María no incurrió en delito.

III. Penas en conjunto

Se deben imponer a Marcial las penas anteriormente mencionadas correspondientes a cada delito de lesiones en concurso real con el delito tipificado en el art. 173 CP, además de la pena de quebrantamiento de medida cautelar. Ahora bien, a su vez hay que aplicarle la atenuante analógica de drogadicción y la atenuante por reparación del daño causado.

Anteriormente indicamos las penas que se deberían imponer por cada delito, pero no mencionamos la posible reclamación de responsabilidad civil. En base al art. 116 CP entiendo que en el derecho existen, entre otras, la responsabilidad civil extracontractual y *ex delicto*. La primera de ellas se aplica no con el fin de respetar un acuerdo, sino de no ocasionar daños a los demás, mientras la segunda se produce cuando un hecho ilícito genera un daño resarcible tipificado en el Código Penal. En el último caso, las acciones empleadas para el resarcimiento, reparación del daño e indemnización de daños y perjuicios morales y materiales reconocidas en el art. 110 CP siguen teniendo carácter civil, pero se pueden ejercitar en el cauce procesal¹¹⁵.

¹¹⁰ OREJÓN SANCHES DE LAS HERAS, NÉSTOR, *Delitos de violencia...op. cit* pp.115- 120.

¹¹¹ Circular Fiscalía del Estado 4/2003, p.5-6.

¹¹² SAP Asturias 176/2004, de 20 de mayo.

¹¹³ AA.VV, GUINARTE CABADA, GUMERSINDO & MUÑOZ BARÚS, JOSE IGNACIO (coord.), *La violencia de género, aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant monografías, Valencia, 2013, p. 261-311.

¹¹⁴ Fiscales Delegados de violencia sobre la mujer en el seminario de noviembre de 2005: cuando el delito de quebrantamiento se haya producido con el consentimiento de la víctima, el fiscal no procederá a la deducción del testimonio contra esta por el delito del artículo 408, ni como autora por inducción ni por cooperación necesaria, al entender que tal conducta no es subsumible en los apartados a y b del artículo 28.

¹¹⁵ AA.VV. GRACIA MARTÍN, LUÍS, (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012 p.223; MAPELLI CAFFARENA, *Consecuencias jurídicas del delito*, Aranzadi, Madrid, 2011 pp. 456-472; ORTS BERENGUER, ENRIQUE & GONZÁLEZ CHUSCA, JOSÉ L. *Compendio...op. cit.* pp. 335-338.

Para aplicar la acción *ex delicto* se debe comprobar que se ha originado un perjuicio por la infracción penal, que además entre la acción y el daño existe una relación de causalidad, y que el mismo puede ser cuantificable. Ahora bien, no se ofrecen parámetros para determinar el *quantum*, solo la obligación de los jueces de establecer en las resoluciones las bases en las cuales fundamentan la cuantía¹¹⁶.

En relación con lo expuesto existe un baremo para los accidentes acaecidos en la circulación rodada¹¹⁷. Sin embargo, la jurisprudencia determina que aún no siendo vinculantes son útiles para los delitos dolosos ajenos al ámbito automovilístico, ya que al existir un instrumento de indemnizaciones incorporado a nuestro sistema legal, se debe justificar su exclusión¹¹⁸.

En particular analizaré a modo de ejemplo la indemnización de tres de las lesiones efectuadas sobre María, entendiéndose que el juez debe valorar todas las circunstancias e imponer una indemnización global de los daños sufridos según el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho.

A causa de las cicatrices faciales originadas a María, se le deberá indemnizar en base al baremo indicado, siendo preciso señalar que el perjuicio estético no está incluido en las lesiones permanentes, dando lugar a una partida independiente graduada en ligero, moderado, importante, bastante importante e importantísimo, con una puntuación de 1 a 50, quedando su determinación al arbitrio del juez.

Se debería a mayores calcular la indemnización básica por incapacidad temporal, de tal manera se indemnizará diariamente a María 69,61€ durante la estancia hospitalaria, por lo cual estando ingresada 75 días se le deberá indemnizar en total 5213,23€, sin perjuicio del cálculo perceptivo si se encontrara incapacitada temporalmente sin estancia hospitalaria¹¹⁹.

Por otra parte, que el infarto no se imputara penalmente a Manolo, no quiere decir que si hubiera causalidad no se le pueda exigir la responsabilidad civil, pues “*El sujeto penalmente responsable del hecho antijurídico, es civilmente responsable de todos los daños y perjuicios que se deriven de su acción, aún cuando alguno de los daños no lo hubiera previsto o podido prever por razón del desconocimiento previo de la especial situación del riesgo del sujeto pasivo, habiendo probado que existió relación de causalidad entre los hechos enjuiciados y el infarto padecido ha de extenderse a este resultado la indemnización de daños*”¹²⁰.

Para la fijación del importe se atenderá al baremo anteriormente citado, por un lado, se debe tener en cuenta los días de incapacidad temporal con y sin estancia hospitalaria, dato que no se proporciona en el supuesto y, por otro lado, se debe atender a las secuelas. En este último caso, se establece en la tabla VI del RDL 8/2004 una valoración por puntos en función de la parte afectada, estando en el capítulo tercero el apartado cardiovascular, el cual contiene en cuatro grados la puntuación de la insuficiencia cardíaca, debiendo el juez valorar todos los datos y establecer la cuantía de la indemnización¹²¹.

De lo contrario si María no pidiera la responsabilidad civil por el infarto sino por la ansiedad, se debería atender a los días de incapacidad temporal.¹²²

Por último, entiendo (fundamentándome en la Sentencia del Juzgado de nº3 de Cartagena de 27 de febrero 2014), que se debe calcular la responsabilidad civil *ex delicto* del art. 173 CP por daños morales. Son de difícil cuantificación, y se engloban en cuatro grados según el impacto a la víctima, mera subsistencia, bienestar mínimo, bienestar adecuado y bienestar intensificado, a asignar discrecionalmente por el juez según el elemento cuantitativo y temporal de la conducta violenta continuada por su marido y las consecuencias generadas a la víctima.

¹¹⁶ Amplio margen de discrecionalidad. SAP Islas Baleares 299/2013, de 27 noviembre: Condena al acusado a indemnizar a su mujer una cantidad de 350 € por clavarle el dedo índice en el cuello causándole un hematoma, requiriendo primera asistencia facultativa y diez días para sanar; SAP Madrid 116/2013, de 11 febrero: Condena al acusado a indemnizar a su mujer una cantidad de 250€ a causa de diversos arañazos y hematomas.

¹¹⁷ RDL 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

¹¹⁸ SAP Valencia 756/2013, 5 de noviembre; STS 153/2013, de 6 marzo, SAP Burgos 57/2012, de 6 febrero; ESCRIBIELLA CHUMILLA, F. JAVIER, *Todo Penal... op. cit.* pp. 426-430.

¹¹⁹ AA.VV. REGLERO CAMPOS, L.FERNANDO (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Madrid, Aranzadi 2006.p. 282; Anexo II Baremo del RDL 8/2004.

¹²⁰ SAP Barcelona 3 marzo 2000.

¹²¹ Anexo III Baremo del RDL 8/2004.

¹²² SAP Zaragoza 213/2014, de 23 julio.

BLOQUE IV

I. Validez jurídica

Manolo reaparece en 2014 y decide tomar medidas legales con vistas a recuperar los bienes que antes le pertenecían y que después de su declaración de fallecimiento, María vendió a Miriam y Eustaquio.

Para dilucidar la validez jurídica de los actos dispositivos realizados por María, así como para establecer las acciones que Manolo podría llevar a cabo con respecto a la cuenta conjunta de Abanca y a los dos inmuebles vendidos, es preciso hacer una diferenciación en virtud del régimen económico matrimonial al que estuvieran adscritos antes de la declaración de fallecimiento de Manolo. En este sentido, los cónyuges son libres de elegir el régimen económico que mejor se ajuste a sus propios intereses, tanto en el momento de celebrar el matrimonio como durante el mismo, pudiendo optar por los regímenes típicos o por otros que configuren.¹²³

Para empezar, la sociedad ganancial es el régimen típico que mayor incidencia tiene a nivel estatal, hasta tal punto de que el legislador optó en su día por darle carácter supletorio. Aplicado al caso, tanto María como Marcial son copropietarios al 50% del patrimonio obtenido entre otras formas por el trabajo de ambos, por las rentas del capital privativo o ganancial, por los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, y por los bienes conseguidos mediante el derecho de retracto.

A su vez, es posible que los cónyuges posean bienes o derechos privativos, tal es el caso de los adquiridos antes de comenzar el matrimonio, de los obtenidos en sustitución de un bien privativo, o de los adquiridos a título gratuito. En todo caso mientras no se pruebe que alguno de los bienes tenga este carácter, se considerará que es ganancial.

Este régimen finaliza entre otras causas por la declaración de fallecimiento, en tal sentido y con vistas a la muerte, los cónyuges pueden realizar actos de gestión y disposición del patrimonio sin consentimiento del otro y sin consentimiento del juez, contra la regla general que lo impide, en base a efectuar disposiciones con efectos *mortis causa*. En este sentido, cada cónyuge puede disponer en testamento de la mitad de los bienes gananciales configurando una cuota abstracta. Una vez fallecido el testador se liquidará la sociedad determinando la cuota, entendiendo por liquidación la concreción del haber partible entre los cónyuges y la división entre ambos o sus herederos de los bienes del matrimonio.

Por otra parte, la separación de bienes es otro régimen legal, que si bien no se reconoce como principal en el Código Civil, es el régimen legal subsidiario de Cataluña y las Islas Baleares. Se caracteriza por la independencia patrimonial entre los cónyuges a través de la separación de la titularidad, responsabilidad, administración, goce y libre disposición de los bienes.

En este sentido, cada miembro del matrimonio posee independientemente sus propios bienes y derechos, sin perjuicio de que puedan en régimen de comunidad ordinaria de bienes adquirir uno conjuntamente, perteneciéndoles *pro indiviso* en la proporción en la que se adquirieron.

En ningún momento se nos especifica si los protagonistas se subrogaron al régimen ganancial, al de separación de bienes, o a cualquier otro, lo único que se nos indica es que tenían una casa en común al 50%, una cuenta conjunta de 65000€, y que además Manolo privativamente era propietario de un piso en la costa de A Coruña. A continuación resolveré el ejercicio tanto desde el punto de vista ganancial como del de separación de bienes.

En primer lugar, respecto a la cuenta conjunta que ambos poseían, si estuviéramos ante una sociedad ganancial los bienes que formarían parte de la misma se presumirían del mismo carácter, salvo que se acreditara que alguno de los ingresos que configuraban la cuenta proviniera de un bien o derecho privativo¹²⁴. Por lo tanto, al pertenecer a cada cónyuge la mitad de lo adquirido, se entiende que a Manolo y a María le corresponderían 175000 €, pues no se ha probado que alguno de los ingresos proviniera de bienes o derechos privativos.

Sin embargo, si María y Manolo estuvieran casados en régimen de separación de bienes, tan solo les correspondería a cada uno lo que hubieran integrado en la cuenta, y de no ser posible determinarlo a

¹²³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO.A. (coord.). *Manual de derecho de civil, derecho de familia...* op. cit. p.123.

¹²⁴ Art. 1361 CC; SAP Navarra 16/2003, de 21 enero.

ambos le correspondería la mitad, considerando que sería el caso si hubieran estado casados en este último régimen¹²⁵. En virtud de lo anterior entiendo que María tiene derecho a la mitad del inmueble, y que como lo vendió por 240000€ le pertenece, al igual que a Manolo, 175000€.

En segundo lugar, respecto a la casa en común que tenían al 50%, no se puede suponer que estén casados en gananciales al ser posible que en un régimen de separación de bienes ambos contribuyeran a la mitad de la carga. Teniendo en cuenta lo anterior, si estuviéramos ante una sociedad ganancial los dos cónyuges serían copropietarios de la vivienda, pero si estuviéramos ante un régimen de separación de bienes tanto María como Manolo serían de la misma manera copropietarios, porque decidieron constituir dentro de este régimen una comunidad ordinaria de bienes de adquisición conjunta, perteneciéndoles al 50% por contribuir cada uno en esta proporción¹²⁶.

En tercer lugar, respecto al bien privativo de Manolo, que tenga este carácter tampoco nos indica ante qué sociedad estamos, pues es posible que forme parte del patrimonio propio por haberlo adquirido antes de constituir la sociedad ganancial, o bien puede ser que estén en separación de bienes y por eso le pertenezca privativamente. En cualquier caso, el bien mencionado es de propiedad exclusiva de Manolo.

Una vez determinada la cantidad que le correspondería a cada cónyuge en virtud del régimen económico matrimonial al que se hubieran subrogado, es el momento de determinar el concepto mediante el cual María pudo tener el control sobre los dos pisos y la cuenta corriente en cuestión, con el fin de calificar la validez jurídica de los actos dispositivos realizados.

En este sentido María pudo disponer de los bienes anteriormente citados al pertenecerle en concepto de heredera universal de Manolo. Sin embargo, no es suficiente con formular esta justificación, siendo preciso analizar el camino que fue necesario recorrer para llegar a esta conclusión, y en virtud de lo mismo determinaremos la validez de los actos de disposición realizados.

Según el art. 657 CC, el derecho de sucesión se transmite desde el momento de la muerte o de la declaración de fallecimiento, comprendiendo todos los bienes, derechos y obligaciones del fallecido que no se hubieran extinguido por la muerte¹²⁷. Hay que tener en cuenta dos circunstancias: por una parte, en el momento de abrir la sucesión es preceptivo comprobar si es testada o intestada, entendiéndose que la sucesión testada es la realizada por el causante a través de un testamento en el cual se manifiesta el futuro de los bienes que están bajo su propiedad, y que la sucesión intestada es aquella en la cual la ley subsidiariamente realiza una serie de llamamientos en virtud del principio de proximidad de grado. Por otra parte, hay que diferenciar entre la sucesión a título particular y universal, siendo este último el caso de María.

En este sentido, cuando el sucesor por testamento o por ley es llamado para contemplar la posibilidad de asumir un conjunto de derechos y obligaciones de los cuales el causante era titular, estaríamos ante un heredero universal, mientras que si el sucesor es llamado sobre la posibilidad de obtener la titularidad de algún bien o derecho segregado del resto transmitido a otro sujeto, estaríamos ante un legatario o sucesor particular.

En virtud de lo expuesto anteriormente, entiendo que María fue llamada para suceder a Manolo sobre el conjunto de obligaciones y derechos que le pertenecían en vida, pero en ningún momento se nos indica si el carácter de heredera universal fue adquirido por testamento o por llamamiento legal, por lo que hay que contemplar ambas posibilidades.

Por un lado, es posible que antes de fallecer Manolo hubiera nombrado en su testamento como sucesora a título universal a María, lo cual le permitiría heredar la propiedad de los bienes y la cuenta corriente teniendo en consideración que ya le pertenecía una parte de la misma y del inmueble vendido

¹²⁵ SAP Barcelona 17 de marzo, 2004: Cuando no se pueda determinar a quien le pertenece la cuenta corriente conjunta, se presume que cada parte es propietaria al 50%.

¹²⁶ STS 5/2013, de 5 febrero.

¹²⁷ Art. 659 CC.

a Eustaquio. Es importante precisar que este nombramiento hereditario no limita el deber de respetar las legítimas que corresponderían a las personas determinadas por ley¹²⁸.

Por otro lado, es posible que María fuera declarada heredera universal por la vía subsidiaria. En este sentido, a falta de herederos testamentarios se establece un llamamiento por grados: en primer lugar, se llamarían a los hijos o descendientes, en segundo lugar, a los padres o ascendientes, en tercer lugar, al cónyuge viudo, en cuarto lugar, a los colaterales, y a falta de todos los anteriores al Estado o a la Comunidad Autónoma. En este caso se presupone que si María fue declarada heredera universal era porque Manolo no tenía ni descendientes ni ascendientes vivos, por eso mismo al cónyuge viudo le correspondería la condición de heredero universal abintestato del causante.

Desde mi punto de vista más probablemente María ha obtenido esta condición por la vía subsidiaria, que por la principal, es decir, por llamamiento que por testamento. Sustento mi hipótesis en que Manolo murió de forma repentina, no se lo esperaba y según su edad es de extrañar que hubiera configurado un testamento. Además, hay que tener en cuenta que la víctima pretendía dejar a su mujer, por lo cual sería incongruente que deseando divorciarse de ella la situara en la posición de heredera universal de su patrimonio, siendo importante establecer que solo cuando se hubieran separado judicialmente o de hecho no tendría lugar el llamamiento, lo cual no se produce en este caso pues Manolo simplemente manifestó su plan de dejarla.¹²⁹

Esta diferenciación es más trascendente de lo que parece, ya que si consideramos que Manolo ha establecido un testamento a favor de María puede ser que tuviera descendientes o ascendientes sobre los que debería de respetarse la legítima, pudiendo ser que vulnerara la repartición efectuada. Pero si María ha sido llamada a suceder por proximidad de grado, no hay otros parientes más próximos a los que se deba respetar la legítima.

Hasta este punto hemos analizado la figura de María como heredera universal, entendiéndolo que después de ejercer el *ius delationis*, puede disponer de los bienes que con anterioridad pertenecían a Manolo al ocupar la posición jurídica de este, por lo tanto, las acciones que llevó a cabo son válidas. Sin embargo, no se puede obviar que intentó matar a Manolo, entendiéndolo que atentar contra la vida del testador conforma una causa de indignidad, por lo que a continuación veremos como afecta dicha posibilidad a su condición de heredera universal.

Entendemos por indignidad la sanción que inhabilita para suceder a un determinado sujeto con título de heredero universal o de legatario tanto en la sucesión testada como en la intestada, a consecuencia de haber realizado contra el causante determinados actos legalmente establecidos. En este sentido el art. 756 CC establece un listado de causas que configuran la indignidad para suceder de una persona, estableciéndose en el apartado 2º que el condenado que hubiera atentado contra la vida del testador será indigno. Existe un plazo de caducidad para declarar la indignidad de cinco años, el cual está determinado por el momento en el cual el sujeto entra en posesión de la herencia o del legado.

Por regla general, para declarar indigna a María sería necesario que le condenaran por atentar contra la vida del testador, siendo indiferente si logró o no su propósito. Subsidiariamente se admite que aún sin existir una condena, se le declare indigna si admite haber atentado contra la vida de Manolo.

En definitiva, este caso no se engloba en ninguno de los dos supuestos, por lo que María no es indigna ni puede llegar a serlo al haber transcurrido los cinco años de plazo establecidos legalmente para declararla como tal¹³⁰. Aún siendo declarada indigna si en la posesión de los bienes hubiera realizado actos dispositivos a favor de terceros, estos estarán protegidos en sus adquisiciones.¹³¹

¹²⁸ Los propietarios de legítimas difieren de una comunidad autónoma a otra, por ejemplo en el CC serían herederos forzosos los parientes en línea recta y el cónyuge, mientras que en Galicia este derecho está limitado a los hijos o descendientes y el cónyuge viudo. En este caso como nada se nos menciona del lugar, tomaremos como referencia el Código Civil.

¹²⁹ Art. 945 CC.

¹³⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Comentarios... op. cit.* pp. 5632- 5663.

¹³¹ BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL, *Derecho de sucesiones*. Legislación, comentarios y jurisprudencia. Aspectos civiles, procesales y fiscales, Aranzadi, Madrid, 2007, p.108.

En conclusión, al considerar que pertenecían a María los bienes enajenados en el momento de su disposición, considero que los negocios jurídicos llevados a cabo por ella son válidos, ya que de acuerdo con el art. 609 CC la propiedad se adquiere por sucesión testada e intestada.

II. Acciones Manolo

La declaración de fallecimiento de Manolo produjo la presunción *iuris tantum* de su muerte, no obstante con la reaparición del susodicho la misma debe quedar sin efectos a fuerza de que no se produzca una discordancia entre la realidad material y la realidad jurídica, prevaleciendo la primera (certeza de vida), ante la segunda (certeza de muerte).

Para llegar a este extremo es necesaria la presentación de Manolo o que se tome conocimiento de su existencia, así mismo el interesado también debe revocar el pronunciamiento judicial en el cual fue declarado fallecido, entendiéndose que la revocación es la sustitución del auto que declaraba el fallecimiento por otro que lo deja sin efectos. Después de efectuar los pasos anteriores Manolo podrá reclamar o no la responsabilidad civil *ex delicto*, tanto en el procedimiento penal como en el civil.

Por un lado, si Manolo no ejercita la responsabilidad civil por delito, una vez promovida la revocación, el interesado tendrá derecho a recuperar los bienes, derechos y acciones transmitidos por la sucesión en el estado en el que se encuentren, es decir, tendrá derecho de recobro, lo cual es totalmente diferente a indicar que nunca hubo una sucesión, ni que se debe cambiar automáticamente la titularidad registral sobre los bienes inmuebles¹³².

Ahora bien, puede darse la situación de que los bienes que ahora se pretenden recuperar hayan sido enajenados, en cuyo caso Manolo tendrá derecho al precio de su venta, o a los productos adquiridos por el mismo. Sin embargo, no podrá recuperar los bienes vendidos al ser incongruente, por un lado, que el ordenamiento faculta a los sucesores el poder de crearse dueños de lo heredado permitiéndoles realizar disposiciones patrimoniales onerosas y gratuitas a los cinco años, y por otro lado que anulen esos actos.

Por lo tanto, los bienes que no se hayan vendido a un tercero de buena fe volverán a formar parte del patrimonio de Manolo tras ejercer la acción revocatoria, quedando la sucesión sin efecto, pero los bienes vendidos a terceros de buena fe seguirán estando bajo su propiedad.

Analizando lo expuesto de forma minuciosa, el precepto que establece la posibilidad de reclamar el precio obtenido por los bienes vendidos se formula atendiendo al deseo del legislador consistente en la protección del tercero comprador de buena fe, pero da lugar a una multitud de interpretaciones.

De un lado cabría preguntarse qué pasaría si María, a pesar de vender el piso, no hubiera efectuado todavía la *traditio*, podría en tal caso pensarse que Manolo puede optar entre reclamar el precio obtenido con la venta o los bienes inmuebles. Considero que esta posibilidad no es factible en base a que el legislador busca favorecer la posición jurídica del comprador en detrimento del declarado fallecido, por lo que entiendo que si se ha formalizado la compraventa Manolo tendrá derecho al precio. Si aún así se siguiera entendiendo que al estar el bien inmueble pendiente de entrega o entregado en un momento posterior a la reaparición de Manolo, este podría reclamarlo, el comprador tendría derecho según el art. 1502 CC a suspender el pago del precio hasta que cese el peligro¹³³.

De otro lado y apoyando personalmente esta construcción doctrinal, Manolo tiene derecho a recuperar el bien en el estado en que se encuentre, por lo que si se encuentra vendido pero pendiente de entrega, podrá subrogarse en la posición jurídica del sucesor y ejecutar los derechos y acciones pertinentes contra el comprador, con el fin de obtener el precio del inmueble. En tal caso estaríamos hablando de una subrogación real¹³⁴.

Hay que tener en cuenta que el reaparecido ha sido declarado fallecido durante siete años, tiempo en el cual María pudo haber vendido sus bienes inmuebles y gastado el dinero en algún producto. Si fuera

¹³² GUINEA FERNÁNDEZ, DAVID RAFAEL. *La declaración de... op. cit.* pp. 382-386: "El derecho de recobro es una acción sui generis entre la acción reivindicatoria y la *actio petito hereditatis*".

¹³³ Art. 1502 CC.

¹³⁴ LASARTE, CARLOS, *Parte General y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, pp. 217-218: "En las relaciones entre el reaparecido y sus sucesores o herederos juega con carácter general el principio de subrogación real, considerándose que los bienes en su día inventariados o los bienes o valores que lo hayan sustituido, corresponden al reaparecido, en cuanto la sucesión abierta en su día queda sin efecto".

este el caso Manolo ya no solo no podría pedir la devolución de los bienes, sino que tampoco podría solicitar la del precio obtenido por los mismos, la solución sería que reclamara los bienes obtenidos con el dinero en cuestión. Es realmente importante precisar que no estamos hablando de acciones alternativas sino que son acciones subsidiarias, cuando no se pueda lograr una se podrá accionar otra. Este precepto no tiene mayor finalidad que proteger al sucesor ante el regreso del ausente, procurando generarle los menores perjuicios posibles.

En cualquier caso, y frente a lo expuesto con anterioridad, este no es el caso de una simple declaración de fallecimiento, la controversia nace a raíz de una acción delictiva realizada por María, quien intentó matar a su marido arrojándolo por la borda del barco, como causa de esta circunstancia Manolo puede ir un paso más allá para recuperar sus bienes y ejercitar la acción por responsabilidad civil *ex delicto* explicada en la tercera pregunta.

En este sentido el art. 111 CP indica respecto a la responsabilidad civil, que cuando sea posible se deberá restituir el bien aunque esté en posesión de un tercero que lo haya adquirido legalmente y de buena fe, sin embargo esta restitución no es posible cuando el tercero haya adquirido el bien en virtud de una forma y siguiendo unos requisitos que lo hacen irreivindicable¹³⁵.

A raíz de este último precepto hay que hacer dos diferenciaciones, respecto a los bienes inmuebles el art. 34 LH establece que adquiere tal carácter la finca cuya adquisición se ha inscrito registralmente, de ser este el caso Manolo no tendría derecho a la restitución, pero sí a la indemnización por daños y perjuicios¹³⁶.

Cambiando de tercio, la cuenta corriente es un bien mueble de la cual Manolo era propietario de 32.500 € antes de su declaración de fallecimiento, por lo que entiendo que hoy en día podrá reivindicar 15.000€ directamente a María por estar bajo su posesión, pero los otros 175.000€ que le pertenecen deberá reclamárselos a los terceros propietarios. Me apoyo en el art. 464 CC, el cual establece que la adquisición de buena fe de los bienes muebles equivalen a título, no obstante quien los hubiera perdido o sido privado de ellos ilegalmente podrá reivindicarlos ante quien los posee¹³⁷. La pérdida es entendida como un extravío, y la privación es interpretada restrictivamente por la doctrina, limitándose a aplicarla a la sustracción delictiva, así pues entiendo que ninguno de los dos supuestos es aplicable al caso.

En definitiva, Manolo no tiene derecho a que los terceros que adquirieron el dinero de la cuenta bancaria se la restituyan, pero sí tiene derecho a ejercer una acción de indemnización por perjuicios materiales y morales.

III. Derechos Miriam y Eustaquio

A continuación analizaré el papel de Miriam y Eustaquio, tanto si Manolo ejerce la acción de responsabilidad civil *ex delicto* como si no, para posteriormente tratar el caso de Miriam individualmente.

Ante todo aclarar que en el enunciado del caso se nos indica que estamos ante un supuesto de venta de cosa ajena, sin embargo, como ya vimos en los apartados precedentes, los dos bienes inmuebles pertenecían a María, de una parte por herencia y por el régimen económico matrimonial, y de otra parte tan solo por herencia.

Por un lado, si Manolo no ejerciera la responsabilidad civil una vez reputada su existencia y ejercida la acción revocatoria, tendría derecho a recobrar los bienes en el estado en el que se encuentren, reclamar el precio por el cual se hayan adquirido o los bienes obtenidos por los mismos.

Ahora bien, cabría analizar el supuesto de que después del regreso de Manolo se anule o se resuelva el derecho del *tradens*. En tal caso, habría que atenderse al art.34 de la LH, en virtud del cual tanto a Eustaquio como a Miriam se les protegería el derecho de propiedad adquirido si son terceros de buena

¹³⁵ GRACIA MARTÍN, LUIS, *Lecciones de... op cit.* p. 224: Entrega a legítimo poseedor o propietario de la cosa de la que ha sido privada en virtud de la infracción; GÓMEZ POMAR, FERNANDO, *Responsabilidad civil ex delicto*, Universitat Pompeu Fabra, pp.19-21.

¹³⁶ ORTS BERENGUER ENRIQUE, Y GONZALEZ CUSSAC JOSÉ L., *Compendio... op. cit.* p. 336.

¹³⁷ SAP Madrid 751/2006, 13 diciembre; MORENO GIL, OSCAR, *Código civil y jurisprudencia concordada*, BOE, 2000 pp.557-558: “la equivalencia entre posesión y título es igual a título de dominio, que hace las cosas irreivindicables”.

fe que obtuvieron los bienes inmuebles de forma onerosa de una persona que figuraba con capacidad para transmitirlos en el Registro, y que a la vez su propiedad esté inscrita, por razón de la confianza de la apariencia creada debido a la publicidad registral¹³⁸.

La buena fe se presume, por lo que si Manolo quisiera recuperar el bien inmueble debería probar que existió mala fe entre los adquirentes, por ejemplo, intentando demostrar que Miriam al ser tan cercana a María como Sara, también sabía que ella había atentado contra su vida.

En el segundo caso, si se ejerciera la acción civil *ex delicto*, tanto Miriam como Eustaquio ostentarían la propiedad del inmueble salvo que no estuviera registrado, en cuyo caso se podría decretar la nulidad de la transmisión y proceder a entregarle los bienes a Manolo, estando los terceros legitimados en todo caso a ejercer el derecho de repetición en contra de María.

En último lugar, respecto al inmueble obtenido por parte de Miriam, realizaré un análisis exhaustivo a razón de que adquirió la vivienda a un precio por debajo de su valor, pues por ello se podría erróneamente considerar que participó a título lucrativo. En este sentido se entiende por tal concepto la responsabilidad civil directa de un sujeto que ha obtenido un lucro derivado de la comisión de una previa infracción penal, de la cual no es responsable ni como autor ni como cómplice, pero se le impone esta sanción para impedir un enriquecimiento injusto¹³⁹.

Es tremendamente importante delimitar este aspecto pues si fuera el caso, Manolo podría ejercer la acción de restitución o de indemnización de daños o perjuicios en contra de Miriam.

Antes de analizar porque no estamos ante este supuesto hay que diferenciar el contrato oneroso, el remuneratorio y el de pura beneficencia. El primero de ellos nace al realizar cada parte una prestación o promesa respecto una cosa o servicio, el segundo tiene lugar al ofertar un servicio o beneficio que debe remunerarse, y por último el tercer supuesto establece que la causa nace de la mera liberalidad del bienhechor¹⁴⁰. En este sentido entiendo, al igual que MARTÍNEZ RUIZ¹⁴¹, que las adquisiciones de un derecho nacido a raíz de una remuneración o contraprestación, no forman parte de la participación a título lucrativo.

En este caso mi respuesta negativa ante la responsabilidad de Miriam radica en que no adquiere la vivienda por la mera liberalidad de María, sino todo lo contrario, adquirió el derecho de propiedad del inmueble situado en la costa de Coruña en virtud de un contrato de compraventa. Dicho de otra manera, Miriam posee la propiedad del inmueble y que le fuera vendida a un precio inferior a su valor, no supone que sea responsable civil directa, ya que a María le pertenecía el inmueble vendido y por ello era libre de ponerle el precio que estimara conveniente.

Sin embargo, al ser una vivienda usada y estando gravada por el ITP se le pueda reclamar un tanto por ciento al considerar Hacienda que el precio del bien era superior, en base a que el ingreso del impuesto debería corresponder a dicha cifra, calculada en función de la diferenciación entre el valor que considera hacienda que alcanza el piso y el valor por el cual se vendió, más los intereses por el retraso del pago.

En definitiva, entiendo que tanto Miriam como Eustaquio son propietarios del bien inmueble siempre que lo obtuvieran de buena fe y esté registrado.

¹³⁸ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José, *Comentario del Código Civil*, Boch, Barcelona 2006, pp. 957-962 “El Registro de la propiedad regula la eficacia jurídica de la propiedad y de los derechos reales afectantes a los bienes inmuebles”, “Desde que se practica la inscripción el único titular de un derecho real es el que aparece en los libros del Registro de Propiedad”.

¹³⁹ Art. 122 CP; GRACIA MARTÍN, LUIS, *Lecciones de... op. cit.* p. 228; MAPELLI CAFFARENA, *Consecuencias jurídica... op.cit.* pp.481-482; GALLEGO SOLER, JOSE-IGNACIO. *Sistema de responsabilidad civil ex delicto*, Universitat Barcelona, p.13.

¹⁴⁰ Art. 1274 CC

¹⁴¹ MARTÍNEZ RUIZ, JESÚS. *La responsabilidad civil derivada del delito*, Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, pp. 28-33.

CONCLUSIONES

BLOQUE I

1. El matrimonio entre Marcial y María es válido, porque el vínculo que tenía la susodicha con su primer marido se disolvió mediante resolución judicial al declarar a Manolo fallecido por inmersión. Sin embargo, si el matrimonio entre María y su primer marido se hubiera efectuado de forma canónica, la unión conyugal con Marcial produciría efectos de matrimonio putativo en el ámbito canónico al no reconocerse vinculante la declaración de fallecimiento. No obstante, en el ámbito civil se mantendrían todos sus efectos, pues no se pueden reconocer las sentencias de disolución canónicas contrarias al derecho del Estado.

2. Si el matrimonio entre María y su primer marido fuera celebrado de forma civil, Manolo no tendría que ejercitar ninguna acción legal para finalizar el mismo, pues en su día el matrimonio fue disuelto por la declaración de fallecimiento. No obstante, si ambos contrajeron matrimonio de forma canónica, en el ámbito civil ya no figurarían casados, no así en el ámbito canónico en el cual el vínculo sigue latente, aunque es posible pedir la nulidad ante los Tribunales Eclesiásticos.

BLOQUE II

1. Los hechos acaecidos en el viaje en barco de María con Manolo son constitutivos de un delito de asesinato en grado de tentativa agravado por la circunstancia mixta de parentesco, al considerar que la susodicha, en una situación de acaloramiento arrojó por la borda a su marido después de noquearle con intención de provocar su muerte. Al no haberse consumado el delito por causas externas a la voluntad del autor y habiendo llevado a cabo todas las acciones posibles para dar muerte a Manolo, se le impondrá la pena inferior en un grado a la contemplada en el asesinato consumado, debiendo por la tanto hacer frente a una condena entre 11 años y 3 meses a 15 años de prisión.

2. Las escuchas efectuadas serán válidas si se llevaron a cabo siguiendo los requisitos legalmente establecidos, en otras palabras, si la intervención fuera constitutiva de una prueba lícita. Además de lo anterior al estar tratando un hallazgo causal es necesario que después de la averiguación se pusieran inmediatamente los hechos en conocimiento del juez competente para iniciar un nuevo proceso.

BLOQUE III

1. El comportamiento de Marcial respecto a su esposa es constitutivo de cuatro delitos de lesiones en concurso real con un delito de violencia habitual, así como un delito de quebrantamiento de una medida de seguridad. La primera acción y la segunda conforman un delito tipificado en el art. 153.1 CP, mientras la tercera está penada a causa de deformidad por el art. 150 CP, y la cuarta por un delito de lesiones psíquicas del art. 147.1 CP.

A consecuencia de las conductas delictivas efectuadas, el susodicho deberá hacer frente a las penas correspondientes, es decir, a la de prisión y a otras accesorias, tanto facultativas como obligatorias, en particular en este último caso se le impondrá la prohibición de comunicarse con la víctima y residir en determinados lugares. No se debe olvidar que María también puede ejercer contra Manolo acciones de responsabilidad civil *ex delicto*. Para terminar se debe tener en cuenta la concurrencia de dos atenuantes: la analógica por tener sus facultades volitivas e intelectivas afectadas, y la de reparación del daño.

2. Marcial comete un delito de quebrantamiento de medida de seguridad. En este sentido no se estima relevante el consentimiento de la víctima para dejar sin efectos una medida judicial, pues no solo se está vulnerando el derecho a la vida y a la integridad física de María, la cual es indisponible, sino que

se está vulnerando el principio de autoridad de la administración de justicia. De todas maneras, si quisiera retirar la denuncia sería el juez quien debería en su caso decidir si es pertinente o no mantener la medida de seguridad.

BLOQUE IV

1. Los actos dispositivos realizados por María son válidos jurídicamente porque en el momento de efectuarlos era propietaria de los bienes enajenados, tanto por herencia como por pertenecerle anteriormente una parte de ellos en virtud del régimen económico matrimonial que regía su primer matrimonio.

2. Manolo podría solicitar la devolución del bien, sin embargo al haber sido vendido subsidiariamente tendría la posibilidad de reclamar el precio obtenido por los bienes que María enajenó, y cuando no fuera posible, aquellos que hayan sido comprados mediante el dinero que se adquirió por la venta.

Por otra parte, también podría ejercer la responsabilidad civil *ex delicto* en contra de María. Sin embargo, respecto a los bienes inmuebles, por la naturaleza irreivindicable de los mismos, y respecto a los bienes muebles por no haber sido privado (en sentido de sustracción delictiva) ni haber perdido el dinero que configuraba la cuenta corriente, solo podría adquirir aquellos bienes que María tenga en propiedad. Sin embargo, sí podría ejercer una indemnización por daños y perjuicios.

3. Eustaquio y Miriam tienen el derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles comprados, siempre y cuando, de acuerdo con el art. 34 LH, los hayan adquirido de buena fe e inscrito en el Registro de la Propiedad.

BIBLIOGRAFÍA

- _ ALARCÓN LÓPEZ, MARIANO & NAVARRO-VALLS, RAFAEL, *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Tecnos, Madrid, 2010.
- _ AA.VV. ARROM LOSCOS, ROSA & NADAL GÓMEZ, IRENE & RIBAS EDUARDO, RAMÓN, *La protección frente la violencia de género, tutela penal y procesal*, Dykinson 2010.
- _ AA.VV. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, (coord.). *Manual de Derecho de Civil, Derecho de Familia*, Bercal, Madrid, 2013.
- _ AA.VV. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, (coord.). *Manual de Derecho de Civil, Derecho privado y Derecho de la persona*, Bercal, 2011.
- _ AA.VV. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, (coord.). *Manual de Derecho Civil, Derechos Reales*, Bercal, Madrid, 2013.
- _ AA.VV. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, (coord.). *Manual de Derecho Civil, Obligaciones*, Bercal, Madrid, 2011.
- _ AAVV. CÓRDOBA RODA, JUAN & GARCÍA ARÁN, MERCEDES (directores), *Comentarios al Código Penal, Parte especial*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- _ AA.VV. GARCÍA HERVÍAS, DOLORES (directora), *Manual de Derecho Matrimonial Canónico*, Colex, Madrid, 2002.
- _ AA.VV. GRACIA MARTÍN, LUÍS, (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- _ AA.VV. GUINARTE CABADA, GUMERSINDO & MUÑOZ BARÚS, JOSE IGNACIO (coord.), *La violencia de género, aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant monografías, Valencia, 2013.
- _ AAVV. LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS, (coord.). *Matrimonio y divorcios comentarios al título IV del libro I del Código civil*, Civitas, Madrid, 1994.
- _ AA.VV. REGLERO CAMPOS, L.FERNANDO (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Madrid, 2006.
- _ AA.VV. RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO (coord.), *Código Penal*, Civitas, Madrid, 2004.
- _ AA.VV. SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, (coord.), *Comentario del Código Civil Tomo I*, Boch, Barcelona, 2006.
- _ AA.VV. VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant monografías, Valencia, 2008.
- _ BARONA VILAR, SILVIA, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial. Tomo I*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- _ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Comentarios al Código Civil, Tomo IV*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

- _ BERENGUER, RIVES SEVIA, PABLO, *La prueba en el proceso penal, doctrina de la sala segunda del TS*, Aranzadi, Madrid, 2012.
- _ BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL, *Derecho de sucesiones. Legislación, comentarios y jurisprudencia. Aspectos civiles, procesales y fiscales*, Aranzadi, Madrid, 2007.
- _ DE URBANO CATILLO EDUARDO, *El derecho al secreto de las comunicaciones*, La Ley, Madrid, 2011.
- _ DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, *Justicia restaurativa y mediación penal*, Revista de derecho penal nº 23, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- _ ENRIQUE & GONZÁLEZ CHUSCA, JOSÉ L. *Compendio de derecho penal parte general*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- _ ESCRIHUELA CHUMILLA, F. JAVIER, *Todo Penal*, La Ley, Madrid, 2011.
- _ GALLEGO SOLER, JOSE-IGNACIO, *Sistema de responsabilidad civil ex delicto*, Universitat Barcelona.
- _ GÓMEZ POMAR, FERNANDO, *Responsabilidad civil ex delicto*, Universitat Pompeu Fabra.
- _ GARCÍA ABURUZA, M^a PAZ, *Problemática entorno a la eficacia civil de los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o de decisiones pontificias sobre el matrimonio rato y no consumado, Sentencias de TSJ Y AP y otros Tribunales num. 2/2004*, Aranzadi, Madrid, 2004.
- _ GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Tratados y Manuales*, Aranzadi, Madrid, 2014.
- _ GARCÍA SAN MARTÍN, JERÓNIMO, *El hallazgo causal o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal 4917/2014*, La Ley, Madrid, 2014.
- _ JORDANO BAREA, JUAN B, *El nuevo sistema matrimonial español*, Anuario de derecho civil. Vol. 34, N^o4, 1981.
- _ LASARTE CARLOS, *Parte General y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Barcelona, 2013.
- _ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Grandes Tratados. Tratado de Derecho Procesal Penal*. Aranzadi 2009, Bib 2009/1713.
- _ MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA & LAURENZO, COPELLO, PATRICIA, *El derecho penal en casos, parte general teoría y práctica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- _ MAPELLI CAFFARENA, *Consecuencias jurídicas del delito*, Aranzadi, Madrid, 2011.
- _ MARTÍNEZ RUIZ, JESÚS, *La responsabilidad civil derivada del delito*, Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada.
- _ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José, *Comentario del Código Civil*, Boch, Barcelona, 2006.

- _ MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal parte general*, Reppertor, Madrid, 2015.
- _ MONTERO AROCA, JUAN, *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- _ MORENO GIL, OSCAR, *Código civil y jurisprudencia concordada*, BOE 2000.
- _ OREJÓN SANCHEZ DE LAS HERAS, NÉSTOR, *Delitos de violencia en el ámbito familiar, las agravantes específicas y la prohibición de incurrir en non bis in idem*, Aranzadi, Madrid, 2007.
- _ ORTS PÉREZ-CRUZ MARTÍN AGUSTÍN, JESÚS, *Derecho procesal penal*, Aranzadi, Madrid, 2014.
- _ MENDOZA CALDERÓN, SILVIA, *Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: La introducción del nuevo artículo 153 en el Código Penal*, Revista General de Derecho Penal, 2004.
- _ SUAREZ MIRA RODRIGUEZ, CARLOS, *Imputabilidad del consumidor de drogas*, Tirant monografías, Valencia, 2000.

JURISPRUDENCIA

TC

- STC 81/1998 de 2 abril (RTC\1998\81).
- STC 167/2002 de 18 septiembre (RTC\2002\167).
- STC 197/2009 de 28 septiembre (RTC\2009\197).

TS

- Auto de TS 18 junio 1992 (RJ\1992\6102).
- STS 2141/1994 de 12 diciembre (RJ\1994\10076).
- STS 665/1994 de 1 julio (RJ\1994\6420).
- STS 1313/2000 de 21 julio (RJ\2000\6772).
- STS 59/2002 de 25 enero (RJ\2002\1850).
- STS 122/2002 de 1 febrero (RJ\2002\3643).
- STS 625/2003 de 28 abril (RJ\2004\3869).
- STS 905/2003 de 18 junio (RJ\2003\6242).
- STS 1277/2003 de 10 octubre (RJ\2003\7424).
- STS 108/2005 de 31 enero (RJ\2005\4815).
- STS 196/2005 de 22 febrero (RJ\2005\1943).
- STS 261/2005 de 28 febrero (RJ\2005\7470).
- STS 357/2005 de 22 marzo (RJ\2005\4049).
- STS 69/2006 de 20 enero (RJ\2006\4317).
- STS 150/2006 de 16 febrero (RJ\2006\994).
- STS 381/2006 de 31 marzo (RJ\2006\4884).
- STS 1233/2006 de 12 diciembre (RJ\2007\459).
- STS 91/2007 de 12 febrero (RJ\2007\792).
- STS 170/2007 de 7 marzo (RJ\2007\2140).
- STS 258/2007 de 19 julio (RJ\2007\4869).
- STS 908/2008 de 22 diciembre (RJ\2009\557).
- STS 460/2009 de 6 mayo (RJ\2009\4193).
- STS 916/2009 de 22 septiembre (RJ\2009\5824).
- STS 1319/2009 de 29 diciembre (RJ\2010\2976).
- STS 61/2010 de 28 enero (RJ\2010\3010).

- STS 84/2010 de 18 febrero (RJ\2010\3500).
- STS 268/2010 de 26 febrero (RJ\2010\3938).
- STS 372/2010 de 29 abril (RJ\2010\5562).
- STS 513/2010 de 2 junio (RJ\2010\3489).
- STS 5/2013 de 5 febrero (RJ\2013\1992).
- STS 153/2013 de 6 marzo (RJ\2013\5013).
- STS 390/2013 de 29 abril (RJ\2013\4343).
- STS 672/2015 de 30 octubre (RJ\2015\4978).
- STS 803/2015 de 9 diciembre (RJ\2015\6231).

TSJ

- TSJ Aragón 573/1998 de 13 de octubre (AS\1998\3443).
- TSJ Madrid 4/2008 de 4 febrero (JUR\2008\167650).

AP

- SAP Barcelona 3 marzo 2000 (JUR\2000\165041).
- SAP Granada 14/2002 de 17 enero (JUR\2002\96870).
- SAP Alicante 1/2002 de 14 febrero (JUR\2002\114915).
- SAP Navarra 16/2003 de 21 enero (AC\2003\404).
- SAP Asturias 6/2003 de 4 febrero (ARP\2003\489).
- SAP Vizcaya 92/2003 de 30 diciembre (ARP\2004\121).
- SAP Huesca 1/2004 de 2 enero (JUR\2004\222550).
- Auto de AP Teruel 21/2004 (JUR\2004\145220).
- SAP Barcelona 17-03-2004(JUR\2004\120889).
- SAP Palencia 5/2004 de 29 abril (JUR\2004\147883).
- SAP Asturias 176/2004 de 20 de mayo (JUR\2004\25913).
- SAP Tarragona 108/2005 de 7 febrero (JUR\2005\80895).
- AP Soria 126/2004, de 8 noviembre (AC\2005\113).
- SAP Madrid 751/2006, 13 diciembre (JUR\2007\83267).
- SAP Las Palmas 76/2007 de 9 febrero (JUR\2007\154009).
- SAP Barcelona 154/2007 de 13 de febrero (JUR\2007\208085).
- SAP de Girona 633/2008 de 6 noviembre (JUR\2009\76326).
- SAP de Castellón 33/2008 de 24 enero (JUR\2008\156113).
- SAP Alicante 78/2008 de 4 de febrero (JUR\2008\155651).
- AP Castellón Auto 51/2009, de 15 julio (AC\2009\1877).
- SAP Álava 196/2009 de 19 junio (JUR\2009\369945).
- SAP A Coruña 110/2009 de 2 diciembre (JUR\2010\35226).
- SAP Madrid 204/2010 de 30 junio (JUR\2010\1071).
- SAP Madrid 582/2010 de 23 septiembre (JUR\2010\374773).
- SAP Murcia 114/2011 de 27 mayo (JUR\2011\247568).
- SAP Burgos 57/2012 de 6 febrero (JUR\2012\57867).
- SAP Madrid 116/2013 de 11 febrero (JUR\2013\95289).
- SAP Burgos 150/2013 de 4 abril (JUR\2013\183057).
- SAP Segovia 27/2013 de 19 marzo (JUR\2013\165769).
- SAP Valencia 756/2013, 5 de noviembre (JUR\2014\9619).
- SAP Islas Baleares 299/2013 de 27 noviembre (JUR\2012\12976).
- SAP Cáceres 271/2014 de 12 junio (JUR\2014\185229).
- SAP Zaragoza 213/2014 de 23 julio (ARP\2014\968).
- SAP de Madrid 331/2015 de 4 de mayo (ARP\2015\564).
- SAP Cáceres 426/2015 de 2 octubre (ARP\2015\1178).
- SAP Cantabria 459/2015 de 16 octubre (ARP\2015\1183).

ANEXOS

- Anexo I: Informe OMS sobre las bases neurobiológicas y bioconductuales del desarrollo de la dependencia de sustancias. La finalidad de este informe es demostrar que el consumo reiterado de cocaína disminuye las facultades intelectivas y volitivas.
- Anexo II: Baremo incluido en el RDL 8/2004 con la modificación de febrero de 2010, con el fin de calcular la responsabilidad civil del perjuicio estético
- Anexo III: Baremo incluido en el RDL 8/2004 con la modificación de 2012 con el fin de calcular la responsabilidad civil del infarto, entendiendo que entre las acciones de Manolo y el resultado media una relación de causalidad.

Anexo I

Informe OMS sobre las bases neurobiológicas y bioconductuales del desarrollo de la dependencia de sustancias

Tabla 4. Resumen de los efectos de las sustancias psicoactivas

Sustancia	Mecanismo de acción principal	Tolerancia y síndrome de abstinencia	Consumo prolongado
Etanol	Aumenta los efectos inhibidores del GABA y reduce los efectos excitadores del glutamato. Los efectos reforzantes probablemente estén relacionados con el aumento de la actividad de la vía dopaminérgica mesolímbica.	Aparece tolerancia debido al aumento del metabolismo hepático y a los cambios de los receptores cerebrales. El síndrome de abstinencia del consumo crónico puede incluir temblores, sudoración, debilidad, agitación, cefaleas, náuseas, vómitos, convulsiones y <i>delirium tremens</i> .	Alteraciones funcionales y estructurales cerebrales, especialmente en la corteza prefrontal; deterioro cognitivo; disminución del volumen cerebral.
Hipnóticos y sedantes	Facilitan las acciones de los neurotransmisores inhibidores endógenos.	Aparece rápidamente tolerancia a la mayoría de los efectos (excepto al efecto anticonvulsivante), debido a cambios de los receptores cerebrales. El síndrome de abstinencia se caracteriza por ansiedad, excitabilidad, inquietud, insomnio, irritabilidad y convulsiones.	Deterioro de la memoria.
Nicotina	Activa los receptores colinérgicos nicotínicos. Aumenta la síntesis y liberación de dopamina.	Aparece tolerancia, mediada por factores metabólicos y cambios de los receptores. El síndrome de abstinencia se caracteriza por irritabilidad, hostilidad, ansiedad, humor deprimido, disforia, disminución de la frecuencia cardíaca y aumento del apetito.	Los efectos del consumo de tabaco sobre la salud están bien documentados; es difícil separar los efectos de la nicotina de los de otros componentes del tabaco.
Opioides	Activan los receptores de opioides μ y δ , que son abundantes en las regiones cerebrales implicadas en las respuestas a las sustancias psicoactivas, como la vía dopaminérgica mesolímbica.	Aparece tolerancia debido a cambios de los receptores a corto y a largo plazo, y a adaptaciones de los mecanismos de transducción de señales intracelulares. El síndrome de abstinencia puede ser grave y se caracteriza por lagrimeo, rinorrea, bostezos, sudoración, inquietud, escalofríos, calambres y mialgias.	Cambios a largo plazo de los receptores y péptidos opioides; adaptaciones de las respuestas de recompensa, aprendizaje y estrés.

Tabla 4. (continuación)

Sustancia	mecanismo de acción principal	tolerancia y síndrome de abstinencia	consumo prolongado
Cannabinoídes	Activan los receptores de cannabinoídes. Aumentan la actividad dopaminérgica en la vía mesolímbica.	Aparece rápidamente tolerancia a la mayoría de los efectos. El síndrome de abstinencia es raro, probablemente debido a la prolongada vida media de los cannabinoídes.	La exposición prolongada al cannabis puede producir deterioro cognitivo persistente. También hay riesgo de exacerbación de enfermedades mentales.
Cocaína	La cocaína bloquea la captación de neurotransmisores como la dopamina, prolongando así sus efectos.	Quizás se produzca tolerancia a corto plazo. No hay muchas pruebas de que se produzca síndrome de abstinencia, aunque la depresión es frecuente en las personas dependientes que dejan de tomar la droga.	Déficit cognitivos, alteraciones de regiones corticales específicas; se ha observado deterioro de la función motora y disminución de los tiempos de reacción.
Anfetaminas	Aumentan la liberación de dopamina por las terminaciones nerviosas e inhiben la recaptación de dopamina y de otros neurotransmisores relacionados con ella.	Aparece rápidamente tolerancia a los efectos conductuales y fisiológicos. El síndrome de abstinencia se caracteriza por fatiga, depresión, ansiedad y un deseo compulsivo de consumir la droga.	Trastornos del sueño, ansiedad, disminución del apetito; alteraciones de los receptores dopaminérgicos cerebrales, cambios metabólicos regionales y deterioro motor y cognitivo (13, 14).
Éxtasis	Aumento de la liberación de serotonina y bloqueo de su recaptación.	Puede aparecer tolerancia en algunos individuos. Los síntomas de abstinencia más frecuentes son la depresión y el insomnio.	Lesiona los sistemas serotoninérgicos cerebrales y tiene consecuencias conductuales y fisiológicas. Problemas psiquiátricos y físicos a largo plazo, tales como deterioro de la memoria, de la toma de decisiones y del autocontrol, paranoia, depresión y ataques de pánico (15, 16).
Inhalantes	Muy probablemente afectan a los neurotransmisores inhibidores, al igual que otros sedantes e hipnóticos. Activan la vía dopaminérgica mesolímbica.	Aparece una cierta tolerancia, pero es difícil estimarla. Durante la abstinencia hay un aumento de la susceptibilidad a las convulsiones.	Cambios de la unión a los receptores dopaminérgicos y de su función; deterioro de la función cognitiva; problemas psiquiátricos y neurológicos.
Alucinógenos	Diferentes sustancias de esta clase actúan sobre diferentes receptores cerebrales, como los de serotonina, glutamato y acetilcolina.	Aparece rápidamente tolerancia a los efectos físicos y psicológicos. No hay pruebas de que exista un síndrome de abstinencia.	Episodios psicóticos agudos o crónicos, repeticiones de la experiencia de los efectos de la sustancia mucho tiempo después de su consumo (<i>flashbacks</i>).

Anexo II

Baremo incluido en el RDL 8/2004 con la modificación de febrero de 2010 para la determinación del perjuicio estético

Tabla V

Indemnizaciones por incapacidad temporal (compatibles con otras indemnizaciones)

A) Indemnización básica (incluidos daños morales):

Día de baja	Indemnización - Euros	diaria
Durante la estancia hospitalaria	66,00	
Sin estancia hospitalaria:		
Impeditivo (1)	53,66	
No Impeditivo	28,88	

Tabla IV
Secuelas

Descripción de las secuelas	
CAPÍTULO ESPECIAL. PERJUICIO ESTÉTICO	
Ligero	1-6
Moderado	7-12
Medio	13-18
Importante	19-24
Bastante importante	25-30
Importantísimo	31-50

Anexo III

Baremo incluido en el RDL 8/2004 con la modificación de 2012

Tabla V

Indemnizaciones por incapacidad temporal (compatibles con otras indemnizaciones)

A) Indemnización básica (incluidos daños morales):

Día de baja	Indemnización diaria – Euros
Durante la estancia hospitalaria	69,61
Sin estancia hospitalaria:	
Impeditivo (1)	56,60
No Impeditivo	30,46

Tabla IV
Secuelas

Descripción de las secuelas	Puntuación
CAPÍTULO 3. APARATO CARDIOVASCULAR	
Corazón	
Insuficiencia cardiaca:	
Grado I: disnea de grandes esfuerzos (fracción de eyección: 60 por ciento-50 por ciento)	1-10
Grado II: disnea de moderados esfuerzos (fracción de eyección: 50 por ciento-40 por ciento)	10-30
Grado III: disnea de pequeños esfuerzos (fracción de eyección: 40 por ciento-30 por ciento)	30-60
Grado IV: disnea de reposo (fracción de eyección: < de 30 por ciento)	60-90
Prótesis valvulares	20-30
Secuelas tras traumatismo cardiaco (sin insuficiencia cardiaca)	1-10