



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de  
fin de grado

Violencia  
doméstica y venta  
de cosa ajena

Sofía Díaz Seco

Tutora: Aurelia Blanco González

**Grado en ADE y DERECHO**

Año 2016

## Resumen

En el presente caso, se realiza un estudio sobre las principales figuras jurídicas existentes en el mismo, realizando a su vez un análisis dividido en tres ámbitos o secciones determinadas.

En la primera de ellas, se analizan los delitos perseguibles por la vía penal, tales como el delito de homicidio, de tráfico de drogas, violencia doméstica y vulneración de medida cautelar, analizando las consideraciones oportunas y haciendo las precisiones necesarias para valorar la existencia de otros posibles delitos, como el delito de estafa de uso de tarjeta. En el segundo ámbito, se hace una valoración desde el punto de vista del derecho civil, valorando la validez jurídica de los actos llevados a cabo por María, tanto referentes a la validez de su nuevo matrimonio en segundas nupcias con Marcial, como los actos de disposición de los bienes de su primer marido que podrían corresponderle por herencia. Por otro lado, se analizarán también en este ámbito las acciones que puede llevar a cabo Manolo para defender sus derechos una vez que éste reaparece y queda revocada por ende la declaración de fallecimiento.

Finalmente, en el tercer capítulo, se hace un análisis del procedimiento a seguir; esto es, de las instituciones y características procesales a considerar en el presente caso, como es el tema relativo al procedimiento de divorcio, de adopción de medidas cautelares, o del tema relativo a intervenciones telefónicas, que pueden vulnerar los derechos constitucionales.

**Palabras clave:** violencia doméstica, medida cautelar, delito, revocación, investigación

## Abstract

In this case, we made a research on the main existing legal forms, and an analysis divided into three certain fields.

On the first one, we analyzed crimes indictable by criminal law, such as homicide, drug trafficking, domestic violence and violation of precautionary measure, by analyzing whatever considerations and doing the details required to check if other crimes, such as embezzlement, might have occurred too. On the second one, we do an evaluation from the civil law perspective, analyzing the legal validity of the actions made by María. Those that have to do with the validity of her second marriage with Marcial, and those acts of disposition of her first husband's goods that may belong to her by inheritance. We'll also analyze in this field the actions that can be taken by Manolo to protect his rights once he appears and the declaration of death is revoked.

Finally, on the third field we make an analysis of the procedure to follow, i.e., the institutions and procedural characteristics to take into consideration in this case, such as the subject regarding the divorce procedure, the adoption of precautionary measures or the subject regarding telephone tapings, that can infringe constitutional rights.

**Keywords:** domestic violence, precautionary measure, crime, revocation, investigation

# Índice

<b>1. Ámbito Penal .....</b>	<b>6</b>
1.1 Delito de homicidio .....	6
1.1.1 Consideraciones previas: inexistencia de responsabilidad penal.....	6
1.1.2 Delito de homicidio .....	6
1.1.3 Delito de lesiones en concurso con tentativa de homicidio .....	7
1.2 Delito de tráfico de drogas .....	8
1.2.1 Descripción típica del delito .....	8
1.2.2 Posibles circunstancias modificativas de responsabilidad.....	9
1.3 Delito de violencia doméstica y de lesiones a menores .....	9
1.3.1 Contextualización de la Ley Orgánica 1/2004.....	9
1.3.2 Del delito de violencia doméstica.....	10
1.3.3 Del delito de malos tratos continuados .....	11
1.3.4 Circunstancias modificativas de responsabilidad .....	12
1.4 Vulneración de medida cautelar .....	14
1.5 Valoración de la existencia de un delito de estafa con uso de tarjeta .....	15
1.5.1 Contextualización del delito de estafa .....	15
1.5.2 Doctrina referente al concurso con otros delitos .....	15
1.5.3 Consumación del tipo penal en el caso de referencia .....	16
1.5.4 Valoración de un posible delito de insolvencia punible .....	16
<b>2. Ámbito Civil.....</b>	<b>18</b>
2.1 Declaración de fallecimiento.....	18
2.1.1 Contextualización en el Código Civil.....	18
2.1.2 Fases previas a la declaración de fallecimiento .....	19
2.1.2.1 Desaparición .....	19
2.1.2.2 Ausencia legal .....	19
2.1.2.3 Declaración de fallecimiento .....	20
2.1.3 Reparación del declarado fallecido.....	21
2.2 Divorcio. Análisis de la validez y permanencia de los matrimonios de María y Manolo, y de María con Marcial.....	22

2.2.1	Contextualización de matrimonio y divorcio en el ámbito civil.....	22
2.2.2	Características del matrimonio entre María y Manolo .....	22
2.2.3	Características y validez del matrimonio entre María y Marcial.....	23
2.3	Herencia del declarado fallecido .....	24
2.3.1	Contextualización en el Código Civil.....	24
2.3.2	Circunstancias a tener en cuenta en la herencia de Manolo .....	25
2.3.2.1	Violencia ejercida sobre el causante.....	26
2.3.2.2	Revocación de la declaración de fallecimiento .....	27
2.4	Consecuencias de la venta de la masa patrimonial. Tercero hipotecario y cuestiones referentes a la Ley Hipotecaria.....	28
2.4.1	Titularidad de los bienes vendidos.....	28
2.4.2	Tercero hipotecario .....	29
<b>3.</b>	<b>Ámbito Procesal.....</b>	<b>31</b>
3.1	Medidas y procedimiento a llevar a cabo cuando reaparece el declarado fallecido.....	31
3.1.1	Referencia al procedimiento hereditario.....	31
3.1.1.1	Legitimación para alegar la indignidad .....	31
3.1.1.2	Efectos de la declaración de indignidad .....	32
3.1.2	Proceso de divorcio y liquidación de la sociedad de gananciales....	33
3.2	Investigación del delito de tráfico de drogas y medidas a llevar a cabo .....	34
3.2.1	Procedimiento de intervención de comunicaciones.....	35
3.2.2	Hallazgo casual de delito. Validez de las escuchas reveladoras del delito cometido por María. ....	37
3.3	Medidas cautelares a tomar en caso de violencia de género y su extensión al menor .....	39
3.3.1	Contextualización legal.....	39
3.3.2	Medidas de alejamiento .....	40
3.3.3	Orden de protección.....	41
3.3.4	Medidas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.....	42
	<b>Conclusiones.....</b>	<b>44</b>
	<b>Bibliografía.....</b>	<b>46</b>

## **VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VENTA DE COSA AJENA**

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

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

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

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

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

El 3 de enero de 2014, Manolo reaparece, y se encuentra en la situación de que María, como heredera universal de Manolo, ha vendido la casa que éstos tenían en común al 50%

a Eustaquio, por 240.000€. Por otro lado, ha vendido asimismo un piso que Manolo poseía de manera privativa en la costa de Coruña, valorada en 250.000€, pero que sólo se ha vendido por 175.000€, a una amiga suya de la infancia llamada Miriam. Además, ambos eran titulares de una cuenta de 65.000€ en Abanca, que en el momento de la reaparición cuenta tan sólo con 15.000€. Debido a lo sucedido y ante tal situación, Manolo decide emprender medidas legales destinadas a recuperar sus bienes y a ejercitar las medidas pertinentes contra María.

- 1. Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial. Determinar las acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste.**
- 2. Determinar las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo, y determinar la validez de las escuchas telefónicas.**
- 3. Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y contra Elisa, así como la vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de María.**
- 4. Examinar la validez jurídica y las acciones a llevar a cabo por Manolo, con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por María a Eustaquio y a Miriam. Especificar qué derechos ostentan cada uno sobre el inmueble citado.**

# 1. Ámbito Penal

## 1.1 Delito de homicidio

El 30 de junio de 2007, durante la travesía en barco de María junto con Manolo, su marido en la época de este suceso, se producen una serie de hechos cuyo fin se resume en que de dicho viaje sólo consigue regresar María.

### 1.1.1 Consideraciones previas: inexistencia de responsabilidad penal

Pese a que no se aclaran los motivos o razones que da María para justificar la existencia de ese presunto accidente en el cual se da por fallecido a Manolo, en el caso, en un momento inicial, se da por válida la existencia de un accidente que eximiría de responsabilidad criminal a la entonces esposa del fallecido.

Sin embargo, al cabo de un par de años, fruto de unas escuchas realizadas a causa de la investigación que se estaba realizando por motivo de un posible delito de tráfico de drogas investigado sobre Marcial, nuevo marido de María, se escucha asimismo una conversación que mantiene María con una amiga suya. En dicha conversación, se escucha cómo María confiesa tener pesadillas y un grave estado de ansiedad fruto del arrepentimiento que ésta tiene por lo sucedido en el barco en el cual fallece su marido.

Lo que realmente sucede, es que se produce una discusión, en la cual Manolo le confiesa a su mujer su intención de poner fin al matrimonio y empezar una nueva relación con otra mujer. A causa de las declaraciones de Manolo, María golpea a Manolo fruto de las influencias de un fuerte estado de obcecación e ira, que la impulsan a tirarlo posteriormente por la borda del barco.

Por lo tanto, se parte de la inexistencia de responsabilidad criminal, pero a causa de las escuchas, cuya validez se examinará posteriormente, se puede calificar la nueva conducta de María como constitutiva de un delito de homicidio, tipificado en el Código Penal.

### 1.1.2 Delito de homicidio

En la Ley Orgánica 10/ 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>1</sup> (en adelante, CP), recoge en su artículo 138 el delito de homicidio, así como la pena que a éste se asocia, versando el mencionado artículo de la forma siguiente “*El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años*”. En este precepto, se establece por lo tanto la necesidad de una acción emitida por un sujeto que tenga como consecuencia la muerte de la víctima, ya que el bien jurídico protegido en

---

<sup>1</sup> BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

este caso es la vida humana. Siguiendo la disciplina de Francisco Muñoz Conde<sup>2</sup>, debe atenderse a la “*teoría de la equivalencia de las condiciones... en el sentido de que es causa toda conducta que contribuye a la producción de un resultado desde el punto de vista físico, lógico o natural*”.

Sin embargo, y pese a que el delito de homicidio parece claro desde el primer momento, cabe hacer una reflexión acerca de las verdaderas intenciones de María al momento de llevar a cabo la conducta delictiva; es decir, la posible intención de ésta de no provocar la efectiva muerte de su marido, sino la comisión de un mero delito de lesiones. En definitiva, debe estudiarse la posible existencia del denominado *dolus generalis*, que se produciría en el caso de que María no intentase cometer un delito de homicidio propiamente dicho, sino que buscaba producirle lesiones a Manolo, pero sin llegar a acabar con su vida. Sin embargo, María considera que fruto del golpe que le propina en la cabeza, Manolo ha fallecido, y le tira por la borda; la existencia del mencionado *dolus generalis* se produce en el momento en que Manolo no estaba efectivamente fallecido en el momento en que María lo tira por la borda, siendo ésta última la causa definitiva de su muerte.

Atendiendo a lo dispuesto en el Código Penal, hay que hacer referencia a las posibles circunstancias modificativas de responsabilidad; es decir, la posible existencia de atenuantes o agravantes. Puesto que no concurren ningún tipo de eximentes de responsabilidad criminal tipificadas en el artículo 20 del Código Penal, debe atenderse a las referidas atenuantes o agravantes, que se recogen en los artículos 21 y 22 respectivamente. Por lo que se describe en el caso, el golpe que María le confiere a Manolo se produce en un estado de ira u obcecación, que puede ser considerada como atenuante según lo dispuesto en el artículo 21. 3º, que versa del modo que sigue: “*Son circunstancias atenuantes: 3º Las de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*”.

Por lo tanto, y en conclusión a lo ya expuesto anteriormente, se calificaría el tipo delictivo cometido por María como un delito de homicidio doloso atenuando por la conducta tipificada en el artículo 21.3 del Código Penal.

### 1.1.3 Delito de lesiones en concurso con tentativa de homicidio

Pese a lo expuesto en los anteriores apartados, no debe descartarse la posible existencia de un delito de homicidio preterintencional; es decir, siguiendo el criterio de Muñoz Conde, a causa de unas lesiones dolosas, como es el golpe en la cabeza que María le propina a Manolo, se produce la muerte del agredido. En este último caso, se estaría hablando de un concurso ideal de un delito de lesiones dolosas junto con un delito de homicidio imprudente, lo cual llevaría asociada una pena inferior, debido a que la pena asociada al delito de lesiones tipificada en el artículo 147 del Código Penal es de 6 meses a 3 años de prisión, o multa de 6 a 12 meses, y la pena asociada a un homicidio en calidad de imprudencia es de 1 a 4 años de prisión, tal y como se recoge en el artículo 142 del Código Penal.

---

<sup>2</sup> Cfr. Muñoz Conde, F. *Derecho Penal Parte Especial*. 20ª Edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2015, p.30

Esta última teoría fue la que consideró el Tribunal Supremo en su sentencia de 2012<sup>3</sup>, en el cual se trataba un caso similar al referente; es decir, un fuerte golpe en la cabeza con ánimo de lesión, pero que terminó con la vida del agredido a causa de un traumatismo cerebral severo. Al agresor se le condenó como reo de un delito de lesiones dolosas en concurso ideal con un delito de homicidio imprudente, por considerar el Tribunal que, con tan sólo un golpe o puñetazo en la cabeza, no se busca la muerte de alguien, por las escasas posibilidades de que esto ocurra con un único golpe. De este mismo modo lo consideró el mismo Tribunal Supremo en el año 2002,<sup>4</sup> en el cual afirma que *“nadie duda que el puñetazo del acusado produjo causalmente la muerte. Sólo que eso no demuestra el dolo. Tampoco existen elementos que permitan afirmar que un puñetazo en la boca tiene “una alta probabilidad” de producir la muerte. Está demostrado que no es imposible, pero que, por regla, un puñetazo de las características del probado en esta causa, no genera un peligro concreto de la producción de la muerte. Por lo tanto, en la medida en que el dolo consiste en el conocimiento de este peligro concreto, es evidente que de la consciencia de dar un puñetazo no se puede deducir que el autor obró con dolo de matar”*.

Por otro lado, en la parte final del caso, se habla del regreso de Manolo; es decir, María no cometió un delito de homicidio en sí, sino que meramente se la podría acusar de un delito de lesiones dolosas del artículo 147 del Código Penal, en concurso con un delito de homicidio en grado de tentativa, lo cual rebajaría la pena de este delito en uno o dos grados, tal y como se recoge en el artículo 62 del Código Penal, en referencia a los delitos cometidos en grado de tentativa.

## 1.2 Delito de tráfico de drogas

### 1.2.1 Descripción típica del delito

Los delitos contra la salud pública se encuentran especialmente perseguidos por la legislación vigente, que trata de incorporar una vasta regulación sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que se aplicarán sobre los sujetos del delito, de tal forma que pueda ponderarse cada conducta de forma singular, debido a la especial delicadeza del tipo delictivo.

La investigación del delito por el cual se decreta la pertinencia y se procede a la realización de escuchas en el teléfono de Marcial, es un delito de tráfico de drogas, tipificado en el artículo 368 del Código Penal, relativo al cultivo, elaboración o tráfico de drogas. En dicho precepto legal se establece textualmente que *“los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines”*, asociando a dicha conducta una pena diferenciada, en función del tipo de sustancias de las que se trate. De este modo, *“si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud”*, llevarán asociada una pena de 3 a 6 años de prisión, y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto de delito; sin embargo,

---

<sup>3</sup> RJ/2012/4650. FD 2º, 3º

<sup>4</sup> RJ/2002/10099 FD.3º

se penará con prisión de 1 a 3 años de prisión y multa del tanto al duplo del valor de las sustancias, en el resto de los casos.

Por lo tanto, se presenta un tipo delictivo en el cual se pena del mismo modo el cultivo, elaboración y tráfico de sustancias estupefacientes; mientras que la diferencia en la pena se verá solamente en el tipo de sustancia incautada u objeto de delito.

## 1.2.2 Posibles circunstancias modificativas de responsabilidad

Además, no debe obviarse el hecho de que, pese a que ciertos preceptos relativos a los delitos contra la salud pública han sido modificados en la redacción del nuevo Código Penal, como el caso de determinadas circunstancias dentro de las agravantes del artículo 369; continúa prestándose especial atención a los delitos de esta índole, dándole un valor sustancial, e incorporando un gran número de preceptos que regulan diversas agravantes en función de las condiciones de las sustancias estupefacientes, venta de las mismas a menores, actos preparatorios, y conductas similares.

En el artículo 369 del nuevo Código Penal, incluye una serie de condiciones bajo las cuales se modifica la responsabilidad sobre este tipo delictivo. Entre estos, destaca la comisión del delito por funcionario o autoridad, o se cometan en establecimientos públicos, o mediante el uso de violencia.

Por otro lado, cabe hacer referencia a la agravante consistente en la adulteración de las sustancias estupefacientes, reconociéndose dicha agravante en el artículo 369.6<sup>a</sup> CP, así como la notoria cantidad de las sustancias incautadas, tal y como se estipula en el artículo 369.5<sup>o</sup> CP. Cabe mencionar asimismo otra agravante prevista para este tipo delictivo, que consiste en la venta de sustancias a menores, en la que hay que tener en cuenta el conocimiento de dicha condición; es decir, que el vendedor de las sustancias sea efectivo conocedor de que el comprador es un menor, o sea capaz de apreciarlo. Sobre ello se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 20 de noviembre de 2015<sup>5</sup>, alegando que *“el conocimiento de la edad del menor es fundamental para la aplicación del subtipo, excluyéndose su aplicación cuando el menor aparenta claramente ser mayor de edad, aun cuando cabe apreciarla cuando el sujeto activo conoce la minoría de edad a título de dolo eventual.*

## 1.3 Delito de violencia doméstica y de lesiones a menores

### 1.3.1 Contextualización de la Ley Orgánica 1/2004

En lo relativo a los casos de violencia de género, hay que hacer una breve introducción acerca de la implantación de un régimen particular fruto de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>6</sup>. Cabe destacar que, hasta 1975, se recogía en el derecho

---

<sup>5</sup> JUR 2016\16199

<sup>6</sup> BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

civil español la posibilidad que tenía el marido de dictar órdenes a su esposa y la obligación que tenía esta última de obedecerle.

Una de las grandes aportaciones de dicha Ley, se basa en el establecimiento de 3 ámbitos de protección diferenciados, que se resumen en violencia de género, violencia doméstica y violencia asistencial.

De este modo, tal y como recoge Francisco Muñoz Conde, la violencia de género se produce cuando *“determinados delitos los comete el varón contra su esposa o exesposa, o contra mujer con la que tenga o haya tenido análoga relación de afectividad”*. Por su parte, la violencia doméstica queda referida a los delitos cometidos contra personas vinculadas afectiva o familiarmente al agresor. Sin embargo, cabe hacer una apreciación clave en tipo delictivo ya que, mientras que el delito de violencia de género sólo puede ser cometido por un hombre; los delitos de violencia doméstica o asistencial pueden ser cometidos con independencia del sexo del agresor. Finalmente, se habla de violencia asistencial cuando el acto delictivo se comete contra una persona que se encuentra protegida en centros por su especial vulnerabilidad

### 1.3.2 Del delito de violencia doméstica

La conducta llevada a cabo por Marcial, consistente en un excesivo control, así como comportamientos que reportan violencia física, hacia su mujer María, se encuentran tipificados en el Código Penal como constitutivos de un delito de violencia doméstica o de género.

Para determinar la naturaleza y características de la violencia doméstica, puede atenderse a lo recogido por la OMS, en un informe de 2003<sup>7</sup>, en el cual se define la violencia como *“el uso intencional de la fuerza física o el poder contra uno mismo, hacia otra persona, grupos o comunidades y que tiene como consecuencias probables lesiones físicas, daños psicológicos, alteraciones del desarrollo, abandono, e incluso la muerte”*. Sin embargo, en el mismo documento, no sólo se recoge la violencia en general, sino que se hace una diferenciación en tres categorías en función de la naturaleza y circunstancias relativas a dichos comportamiento. De este modo, debe hablarse de violencia familiar, cuando *“los malos tratos o agresiones físicas o psicológicas... infligidas por personas del medio familiar y dirigida fundamentalmente a los miembros más vulnerables”* en esta última parte, dentro de las categorías definidas como “más vulnerables” se habla de mujeres, niños o ancianos.

Por otro lado, cabe destacar la denominada violencia de género, que se asocia a la violencia ejercida exclusivamente sobre las mujeres, empleando esta violencia para ejercer un trato discriminatorio y de superioridad del hombre respecto a su pareja.

En el mencionado informe de la OMS, se recogen asimismo diversos tipos de violencia que deben ser diferenciados, entre los cuales pueden mencionarse la violencia física, la psíquica y la sexual, siendo los tres tipos constitutivos de delitos perseguidos por la legislación vigente.

---

<sup>7</sup> Grupo de Salud Mental del Programa de Actividades de Prevención y Promoción de la Salud de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria. “Violencia Doméstica”. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid. España. 2003

En el caso objeto de estudio, se hace referencia a una serie de comportamientos que se encuadran dentro de tipo delictivo del artículo 153 del Código Penal, que versa como sigue: “1. *El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión... o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”. Dentro del mencionado tipo penal, se hace referencia a la producción o no de lesiones, para determinar la consecuencia jurídica a tal comportamiento.

De este modo, habrá de tratarse de modo diferenciado la agresión a la esposa sin llegar a producir una lesión o que ésta sea de menor gravedad, como es el caso de los puñetazos que Marcial le propina en la barriga a María cuando vuelve a casa en el mes de marzo después de una cena con sus amigas, que llevaría asociada una pena de prisión de 6 meses a 1 año, o de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días, así como la privación del derecho a tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a tres años. Además, por ejercer dicho acto violento específicamente en el domicilio familiar, se entiende que dicha pena se aplicará en su mitad superior, por estar tipificada esta condición en el artículo 153.3 del mencionado texto legal.

En el caso de la agresión violenta de Marcial sobre María en septiembre de 2012, hay que hablar de un concurso ideal de delitos, ya que se comete el delito tipificado en el artículo 153.3 del CP, junto con un delito de lesiones agravadas por la vía del artículo 148.4, que hace referencia a las lesiones graves cuando la víctima “*fuere o hubiese sido esposa, o mujeres que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*”.

Sin embargo, hay que prestar especial atención a la violencia ejercida hacia María en diciembre de 2012, ya que, según puede desprenderse del texto, se entiende ejercida en presencia de la hija menor de ambos, lo cual resulta ser constitutiva del delito del artículo 153.3; es decir, de un delito de violencia en el ámbito familiar, pero al que se le impondrá la pena en su mitad superior por estar perpetrado en presencia de menores, así como todos los actos violentos que se hubieran llevado a cabo en el domicilio común.

Finalmente, no debe obviarse las lesiones que ostenta la menor, Elisa, fruto de un fuerte golpe que Marcial le propina en la cara y que le deriva en un importante derrame en el ojo derecho, tal y como se deriva del caso propuesto. Por todo ello, se puede hablar nuevamente de un nuevo delito de violencia del artículo 153.2 y 153.3 del Código Penal, que llevan asociadas las penas que han sido mencionadas; es decir, las relativas a la violencia cometida en el ámbito familiar ejercida contra menores (art. 153.2) y en presencia de menores o en domicilio de la víctima (art. 153.3)

### 1.3.3 Del delito de malos tratos continuados

Del presente caso estudiado, se infiere que el comportamiento de maltrato y violencia de Marcial hacia su esposa María no se limita a un mero y singular acto aislado, sino que la violencia se produce de manera continuada en el tiempo, concretamente en los hechos producidos el 10 de enero de 2010; en abril del mismo año; el 29 de septiembre de 2012, cuando María tuvo que ser intervenida quirúrgicamente por las graves

consecuencias que las agresiones de Marcial le produjeron en hígado y bazo; y el 12 de octubre de 2013, cuando Marcial agrede a María a la hija de ambos, Elisa.

Por todo ello, no puede hablarse de un mero delito de malos tratos o de violencia doméstica aislado; sino que se debe hacer alusión a lo dispuesto en el artículo 173.2 del Código Penal, en el cual se hace alusión al delito de maltrato habitual, que se define como aquella “*violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar*” ejercida de manera habitual. Dicho tipo penal lleva asociada una pena de prisión de 6 meses a 3 años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 3 a 5 años, e incluso a la inhabilitación del ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o custodia, cuando el juez así lo estime por interés hacia el menor.

Cabe mencionar, sin embargo, que este tipo delictivo no se trata de un mero delito de lesiones, sino que, en palabras de Muñoz Conde, se trata de “*un ataque a la dignidad derivado del maltrato habitual*”, y queda abierta por lo tanto la posible existencia de un concurso de delitos de maltrato habitual junto con otro delito de lesiones o de otra índole, como pueden ser delitos contra la vida, libertad sexual o semejantes.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Albacete, en su sentencia de 8 de marzo de 2012<sup>8</sup>, al considerar la existencia de un delito de maltrato habitual ante comportamientos de violencia física y psicológica del marido hacia su esposa, creando en esta un grave perjuicio psicológico, además de lesiones leves y amenazas, añadiendo para la consideración del tipo delictivo como enmarcado dentro del artículo 173 del Código Penal el hecho de que “*es delito habitual las amenazas o maltratos frecuentes y en escaso espacio de tiempo, por lo que si el acusado amenazó en un mismo año en dos ocasiones a su esposa y en otra más la maltrató de obra... constituyen, por sí solos, el delito en cuestión, por lo que sí hubo maltrato habitual por dichos hechos puntuales*”

### 1.3.4 Circunstancias modificativas de responsabilidad

Atendiendo a las circunstancias del delito cometido por Marcial en la madrugada del 12 de octubre de 2013, deben tenerse en cuenta ciertas circunstancias o condiciones que rodean el hecho delictivo y que pueden modificar la responsabilidad criminal del reo.

La primera circunstancia digna de mención es el estado de Marcial; es decir, se encontraba bajo los efectos del alcohol, presentando una tasa de 0,75 ml en aire espirado, lo cual resulta ser una condición más que suficiente para apreciar la existencia de los efectos que dicha sustancia produce en el organismo, junto con los efectos que la misma pueda producir en el juicio los hechos del investigado. Además de estar bajo los efectos del alcohol, Marcial da positivo en un análisis de drogas, concretamente en cocaína. Amén

---

<sup>8</sup> JUR/2012/130418. FJ 2º

de lo mencionado, resulta evidente la posible consideración del estado de Marcial como suficiente para aplicar alguna de las atenuantes previstas en la legislación penal española, pero no resulta tan evidente la posible existencia de una eximente completa de responsabilidad, tipificada en el artículo 20 CP, en el cual se expresa que están exentos de responsabilidad criminal *“2º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.”*. Por lo tanto, y puesto que se encuentra bajo los efectos de dichas sustancias, pero que todavía pueda tener comprensión de los hechos que realiza, habría que hablar de la existencia de una atenuante muy cualificada, tipificada en el artículo 21 CP, con referencia al mencionado artículo 20, en el cual se dice que *“Son circunstancias atenuantes...1ª Las causas expresadas en el Capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.”* Sin embargo, cabe apreciar en este punto que el estado de intoxicación bajo el que actúa Marcial no pudo haber sido pretendido por éste para poder aplicarse la agravante, tal y como se desprende de la literalidad del art.20 CP, *“siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.”*

Por otro lado, en la conducta de Marcial consistente en el ingreso voluntario en una clínica de desintoxicación para rehabilitarse, e intentar reparar el daño causado, cabe apreciar nuevamente la existencia de una atenuante del artículo 21 CP, que considera como causa modificativa de responsabilidad criminal la conducta consistente en *“5ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.”*

A la postre, en el artículo 66 CP se menciona la medida a llevar a cabo en el momento de cálculo de la pena en aquellos casos en los que existe concurrencia de este tipo de circunstancias modificativas de responsabilidad. Concretamente, y acorde al caso estudiado y atendiendo a la teoría de la consideración de la intoxicación como conducta o estado considerado como atenuante muy cualificada y no como eximente, cabe traer a colación el artículo 66.1.2ª CP, en el cual se recoge que *“2ª Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes”*.

Puede comentarse también la posibilidad de que los jueces o tribunales podrán acordar la suspensión de la pena de Marcial, en virtud de lo expuesto en el art. 80.5 CP, y en el caso de que la pena asociada al delito cometido no supere los cinco años de prisión, siempre y cuando Marcial se someta a un tratamiento de deshabitación.

Cabe destacar, asimismo que, en este tipo de delitos, a efectos de suspensión de la pena (arts. 80 y ss CP), siempre deberá ser escuchada la víctima de la misma (arts 80 y 83 CP)

## 1.4 Vulneración de medida cautelar

En los preceptos ya mencionados del Código Penal se establece la posibilidad de establecer una medida cautelar o de seguridad, si así lo estima el juez, en los delitos relativos a violencia doméstica.

Pese a que no especifica expresamente, puede desprenderse del texto que la medida cautelar consistente en una orden de alejamiento solicitada por María en 2012 contra Marcial, le fue concedida, de tal forma que se supone que Marcial no podría comunicarse por ninguna vía ni acercarse a María o a sus familiares, tal y como se establece en el artículo 48 del Código Penal.

Sin embargo, poco tiempo después, Marcial regresa a casa con María y su hija y, pese a que dicha vuelta, se deduce, es consentida por su esposa, no debe determinarse tal conducta como lícita, ya que mientras que la medida cautelar se mantenga vigente, ésta debe cumplirse, por lo tanto, no podría Marcial volver a casa manteniéndose vigente tal medida.

Por lo tanto, el comportamiento de Marcial respecto a la medida cautelar, aparece tipificada en el capítulo VIII, del Título XX del Código Penal relativo al quebrantamiento de condena. Más concretamente, en el artículo 468 se recoge que 2. *Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada*”.

Por lo expuesto, cabe apreciar la plena vulneración de la medida cautelar de forma intencionada por Marcial, ya que el delito de quebrantamiento de condena, sólo podrá derivar responsabilidad criminal en caso de que dicha vulneración sea dolosa; es decir, que se establezca el contacto con la víctima protegida de forma intencionada, no computando para ello los supuestos casuales o de fuerza mayor.

Por otro lado, cabe destacar el hecho reiterado por la doctrina jurisprudencial en lo referente al conocimiento por el inculpado de las consecuencias de tal vulneración; es decir, que dichas consecuencias deben estar expresamente mencionadas en el auto condenatorio. En esta postura se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Salamanca, en su sentencia de 17 de junio de 2013 que alega que *“el incumplimiento voluntario de lo ordenado judicialmente por tratarse de un delito esencialmente intencional, que descansa sobre el conocimiento de la previa ilicitud de la decisión adoptada”*<sup>9</sup>. Por su parte, la Audiencia Provincial de Murcia, en su sentencia de 11 de junio de 2013, caracteriza de *“esencial”* la *“diligencia de notificación, requerimiento y apercibimiento de las consecuencias del quebrantamiento”*<sup>10</sup>, al igual que la Audiencia Provincial de Jaén, de 15 de febrero de 2012, al referirse a la *“falta del requerimiento judicial con apercibimiento de quebrantamiento”*<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> JUR/2013/253287

<sup>10</sup> JUR/2013/251393

<sup>11</sup> JUR/2012/159248

## 1.5 Valoración de la existencia de un delito de estafa con uso de tarjeta

La conducta a la que se hace referencia en los epígrafes que se tratarán a continuación, se basan en la conducta de María a través de la cual se apodera de 50.000€ que Manolo y ella poseían, de forma conjunta en una cuenta bancaria. La apreciación a llevar a cabo es la conducta típica de María mediante la cual, a sabiendas de que a ella tan sólo le pertenece la mitad de dicha cuenta, como bien se explicará en los posteriores epígrafes del ámbito civil, hace uso de la parte que le corresponde a Manolo, llevando a cabo una conducta típica del Código Penal, recogida en el Capítulo VI del Título XIII, relativo a las estafas.

### 1.5.1 Contextualización del delito de estafa

La conducta constitutiva del delito de estafa se encuentra recogida en el artículo 248 del CP vigente, que define tal conducta bajo la rúbrica de *“1. Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.”*

Por lo tanto, se hace referencia a un tipo penal que trata de proteger el bien jurídico del patrimonio ajeno; es decir, una conducta que provoca un perjuicio al patrimonio de un tercero que ve mermada su riqueza por las acciones del delincuente. El comportamiento clave para poder hablar de un delito de estafa se determina por la existencia de una conducta engañosa, que puede ser de cualquier tipo; es decir, ya sea de facto o por omisión. A la postre, debe hablarse asimismo de una relación causa-efecto entre el engaño y el daño producido; es decir, que el engaño debe ser el motivo o la causa de la existencia del perjuicio sufrido por el tercero ya que, de no existir tal relación, no se podría hablar de un delito de estafa.

En lo referente al momento de la consumación del delito, en palabras de Muñoz Conde, *“la estafa se consuma con la producción del perjuicio patrimonial; no es preciso que se haya producido el correspondiente provecho”*.

### 1.5.2 Doctrina referente al concurso con otros delitos

En este epígrafe se hace alusión a la dificultad que presenta este tipo de delitos cuando se realizan en un contexto en el cual se llevan a cabo la conducta típica de la estafa y la relativa a la falsedad documental. Pese a que no hay un criterio jurisprudencial claro, el Tribunal Supremo viene inclinándose por la teoría de que el delito de estafa absorbe al delito de falsedad, puesto que considera que la falsedad resulta ser un medio para la comisión del delito de estafa.

Analizando esta visión, se parte de la perspectiva de evitar la existencia de un concurso de normas; es decir, que no se aplique una “doble penalidad” a una persona por la realización de un sólo acto que podría enmarcarse dentro de dos tipos penales, vulnerando por lo tanto el principio de proporcionalidad.

En esta misma postura se pronuncia la Audiencia Provincial de A Coruña, en la sentencia 355/2012, de 29 de junio<sup>12</sup>, en el cual se refiere a “*presenta las características de un concurso de normas <...> dándose una colisión de preceptos penales que de no resolverse en esta forma, abriría la posibilidad de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra el principio de proporcionalidad*”. Además, recalcando una vez más la conducta, y en referencia al concurso de normas que producen los delitos de falsedad y estafa, añade el mismo Tribunal que “*son manifestación de un ilícito que se engloba dentro del uso y perjuicio al que se refiere el artículo 399.bis del Código Penal*”.

### 1.5.3 Consumación del tipo penal en el caso de referencia

La conducta de María que, a sabiendas de que no puede disponer, como se explica en la parte relativa al ámbito civil en el presente trabajo, de la parte de su marido de la cuenta bancaria que contiene 65.000€, puede considerarse enmarcada dentro del delito de estafa del artículo 248 del CP.

De manera más explícita, la conducta a la cual se está haciendo referencia es a la recogida en el artículo 248.2.c), en el cual se establece que cometen estafa “*c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero*”. Es decir, que María sí que podría disponer libremente de su parte en la cuenta conjunta de ambo. esto es, de 32.500€; pero en ningún caso podría hacer uso del resto del dinero de dicha cuenta, pues se entiende que es propiedad de su marido que, al no poder ejercer las acciones pertinentes para evitar que María retire el dinero que no es de su propiedad, se encuentra en una clara situación de indefensión.

En la explicación de este tipo delictivo, por lo tanto, se parte de la suposición de que María retira el dinero, bien cuando Manolo ya ha regresado, pero todavía no ha podido ejercer las acciones oportunas para evitar esta conducta de María; o bien cuando María ha sido condenada por homicidio a su marido Manolo, antes por lo tanto de que este reapareciera. Sin embargo, las consecuencias jurídicas de los diferentes puntos de vista referentes al caso, se estudiarán con mayor detalle en el apartado relativo al ámbito civil del presente trabajo, por entrar dentro de las causas de desheredación y de los efectos de la declaración de fallecimiento y la reaparición del declarado fallecido.

### 1.5.4 Valoración de un posible delito de insolvencia punible

Cabe destacar que se trata de un delito que ha sido modificado con la nueva entrada en vigor del nuevo Código Penal, y que, en el anterior Código, no se recogía esta conducta de forma tan detallada y específica, creando una cierta similitud con el delito de alzamiento de bienes.

El desarrollo del presente epígrafe se basa en la valoración de la existencia de un posible delito de insolvencia punible en el caso de que María, conocedora del regreso de Manolo, o sabedora de que va a ser condenada por un delito de homicidio antes de que

---

<sup>12</sup> ARP/2012/905 FJ 1º

Manolo reaparezca, procede a la venta de un piso, propiedad de Manolo, por un precio notoriamente inferior al de mercado, a una amiga suya.

De cumplirse la conducta recogida en el párrafo anterior, podría hablarse de la comisión de un delito de insolvencia punible, recogida en el artículo 259.3 del vigente Código Penal, que dice que *“1. Será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas: 3.ª Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.”*

Por lo tanto, si se considera que María vende intencionadamente el piso, a un precio notablemente inferior al de mercado, y que ha gastado el dinero de la cuenta conjunta, con la finalidad de que no pueda ser reclamada, o de, intencionadamente, no disponer de dinero o bienes suficientes para devolverle a Manolo lo que por derecho le corresponde, se puede determinar que estaría cometiendo un delito de estafa, como ya se ha comentado, en el uso de tarjeta referente a la cuenta bancaria; y un delito de insolvencia punible, a través de la venta efectuada a su amiga por 175.000€ cuando el valor de mercado es de 250.000€.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia 382/2010, de 28 de abril<sup>13</sup>, en la cual constata que *“se dan todos los elementos, tanto objetivos como subjetivos que han dado lugar a que el Tribunal ... haya estimado la existencia del delito de insolvencia punible, tipificado en la figura del art. 257.2º CP, de modo que, al margen de los problemas de salud que refiere el recurrente y del destino que diera a los sustraídos -que además no se encuentra acreditado-, quedó evidenciado que aquél tenía plena conciencia y voluntad de que con su actuación situaba tales bienes fuera del alcance de la perjudicada, obrando en definitiva, en perjuicio de la misma”*.

---

<sup>13</sup> RJ/2010/5055. FJ 2º

## 2. Ámbito Civil

### 2.1 Declaración de fallecimiento

En el presente epígrafe, se procederá a examinar el proceso relativo a la declaración de fallecimiento de Manolo, y su posterior reaparición, con los efectos que ello conlleva.

#### 2.1.1 Contextualización en el Código Civil

Existen dos elementos claves en la legislación vigente que determinan el nacimiento y la extinción todos los derechos y obligaciones que tienen las personas, y estos elementos aparecen recogidos en el Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil<sup>14</sup>. El primero de ellos, es el nacimiento de la persona que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 del Código Civil, se establece que *“el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”*. A continuación, en el artículo 30 CC; se recoge que *“la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*.

El artículo 30 CC ha sido objeto de diversas discusiones en tiempos anteriores y a que, antes de la reforma del Código Civil, se exigía el transcurso de 24 horas completamente desprendido del seno materno, lo cual creaba una gran inseguridad jurídica en determinadas áreas, tales como derecho de la persona, de familia o de sucesiones, ya que no se determinaba exactamente si una persona con 20 horas de vida, debía ser considerada persona a efectos de tener personalidad jurídica o no. Es por ello, que la reforma de este artículo dota de gran protección al nacido, ya que limita los requisitos de adquisición de personalidad jurídica al mero hecho de estar *“completamente desprendido del seno materno”*.

El requisito determinante de la extinción de los derechos y obligaciones de las personas, y clave en el caso objeto de estudio, es el de la muerte de la persona. En relación a ello, el Código Civil establece en su artículo 32 que *“la personalidad civil se extingue con la muerte de las personas”*. En un primer momento, dicho artículo no parece plantear conflicto alguno, pero sin embargo sí que existen grandes inconvenientes en el momento en que no se sabe con certeza si una persona ausente o desaparecida está o no con vida. Para ello, el mencionado texto legal recoge en el artículo 34 que *“respecto a la presunción de muerte del ausente y sus efectos, se estará a lo dispuesto en el Título VII de este libro”*. Por lo tanto, cabe hacer un estudio detallado del concepto y las circunstancias que rodean a la muerte de la persona, y así lo ha llevado a cabo el Código Civil, dedicando un articulado concreto a dichas circunstancias.

---

<sup>14</sup> Boletín Oficial del Estado, de 25 de julio de 1889, núm. 206. En adelante, CC.

## 2.1.2 Fases previas a la declaración de fallecimiento

Los hechos acontecidos el 30 de junio de 2007, cuando Manolo y María realizan un viaje en barco, acaba con el regreso único de María. De la narración del caso que se ofrece, tan sólo se menciona la existencia de un accidente de barco, sin hacer ninguna concreción, en el primer momento, acerca de cómo suceden realmente los hechos. Pues bien, al tratarse de un accidente de barco, las circunstancias que rodean a la persona tripulante de dicho buque, modifican enormemente el período necesario para declarar fallecida a la persona ausente.

En el presente apartado, se va a realizar un análisis relativo a la declaración de fallecimiento y sus efectos civiles, dejando a un lado todos los procedimientos y gestiones relativos al nombramiento y funciones del representante, entre otras cuestiones, que se abordará en el epígrafe relativo al ámbito procesal.

### 2.1.2.1 Desaparición

Siguiendo el razonamiento de De Miguel Asensio, el hecho de que una persona falte de su entorno, sin que se tengan noticias de su paradero durante un tiempo determinado, puede generar una gran desprotección en las relaciones jurídicas que mantenga dicho sujeto y, además, producir el mismo efecto en las personas que se subordinan a su muerte<sup>15</sup>. Por este hecho, la legislación civil prevé diferentes fases acerca de la ausencia de una persona, de manera previa a dictaminar finalmente el fallecimiento del desaparecido o ausente. No puede establecerse desde un primer momento la muerte de una persona de la cual no se tienen noticias, debido a los importantes efectos que la declaración de fallecimiento tiene sobre la persona y sus bienes, y que hacen necesario el cumplimiento de ciertos requisitos que mermen la inseguridad acerca del efectivo fallecimiento del declarado ausente.

En primer lugar, hay que hacer referencia a las tres situaciones de incertidumbre que establece el Código Civil, y que son la mera desaparición, la ausencia legal y la declaración de fallecimiento.

El concepto de desaparición hace referencia, siguiendo el criterio de diversos autores como Alventosa del Río, estamos ante “una situación provisional”<sup>16</sup>, en la que existe una clara necesidad de nombrar a una persona que defienda los derechos y obligaciones del desaparecido y que, en última instancia, lo represente ante su imposibilidad de personarse en determinadas circunstancias que puedan crear una indefensión de sus derechos.

### 2.1.2.2 Ausencia legal

El concepto de ausencia legal aparece recogido en el artículo 181 CC, en el cual se determina que “*desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última*

---

<sup>15</sup> Vid. De Miguel Asensio. “La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho Internacional Privado”. *Revista española de Derecho internacional*. Vol. XLVII, 1995 núm.2, pp 41-70.

<sup>16</sup> Cfr. Alventosa del Río, J. DERECHO CIVIL I (Derecho de la persona). Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2016. p.131-140.

*residencia, sin haberse tenido en ella más noticias, podrá el Secretario judicial, a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal, nombrar un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave. Se exceptúan los casos en que aquél estuviese legítimamente representado voluntariamente conforme al artículo 183”.*

Si al cabo de un año desde la desaparición o de las últimas noticias del desaparecido, éste continúa sin dar señales de vida, se declarará en estado de ausencia legal, tal y como se regula en el artículo 183 CC. Lo mismo se extiende al hecho de que pasen 3 años si *“hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes”*.

Para extinguir esta situación de ausencia legal, se presentan dos opciones. La primera de ellas se basa en la aparición o prueba de vida del ausente, que se prevé en el artículo 187 CC, disponiendo que, si reaparece el ausente *“deberá restituírsele su patrimonio, pero no los productos percibidos, salvo mala fe interviniente, en cuyo caso la restitución comprenderá también los frutos percibidos y los debidos percibir a contar del día en que aquélla se produjo, según la declaración del Secretario judicial”*.

La segunda de las opciones es la prueba de la muerte del sujeto, que dará lugar a la declaración de fallecimiento del mismo, que es la última fase, y que conlleva a la pérdida de la personalidad, y se procederá a lo dispuesto en el artículo 188 CC, que se estudiará posteriormente en el ámbito procesal.

### 2.1.2.3 Declaración de fallecimiento

Con referencia a la declaración de fallecimiento de una persona declarada ausente, habrán de tenerse en cuenta una serie de plazos o condiciones para poder afirmar y, consecuentemente, declarar el fallecimiento a efectos legales de una persona. En el caso de una desaparición prolongada, se podrá instar a la declaración de fallecimiento cuando el sujeto se mantenga desaparecido en una serie de plazos diferenciados, que se establecen en el artículo 193 CC. Dichos plazos serán de diez años, a contar desde la desaparición o desde las últimas noticias del ausente, tal y como se recoge en el artículo 193.1 CC; cinco años, desde la desaparición o últimas noticias del ausente, si dicho ausente tiene más de 75 años de edad (artículo 193.2 CC); un año, en caso de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, sin tener noticias de la víctima posteriormente. En caso de siniestro, este último plazo será de tres meses, tal y como se recoge en el artículo 193.3 CC).

Sin embargo, existen unos plazos especiales en los que la declaración de fallecimiento se produce en un tiempo menor, y que se recogen en el artículo 194. Estos casos se resumen en una serie de supuestos relacionados con naves y aeronaves desaparecidas o siniestradas, y en cuyo caso los plazos pueden limitarse a 8 días.

En este punto, cabe traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de mayo, en la cual se declara por fallecido a un hombre, tras haber desaparecido en el mar a dos millas de la costa de Ibiza, haciendo submarinismo. Dadas las circunstancias, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 194 CC, el Tribunal entendió que *“dicha desaparición tuvo lugar <<...>> cuando estaba realizando las maniobras de descompresión, <<...>>, debe entenderse como fecha del fallecimiento, en base a tales*

*circunstancias concurrentes, y, desde un punto de vista racional y lógico, la del momento en el que se produjo la desaparición y el concreto y preciso riesgo para la vida, puesto que otra interpretación llevaría a desplazar en el tiempo la fecha de fallecimiento, cuando de los datos aportados se pone de relieve la razonable certeza de tal fecha como momento del fallecimiento.”<sup>17</sup>*

En el presente caso objeto de estudio, no se especifican las condiciones relativas al accidente de barco, con lo cual se van a estudiar dos posibilidades diferenciadas. En primer lugar, puede ser que María volviese a tierra en un bote salvavidas, y que el barco efectivamente hubiera sido siniestrado; ante dicha situación, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 194.4 CC, la declaración de fallecimiento se produciría al cabo de un mes “*desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje*”. Si, por otro lado, María regresa en el buque, y no se sepa exactamente qué ha sucedido con Manolo, se le declarará ausente, y fallecido al cabo de diez años.

Una vez que se ha descubierto el intento de homicidio de María hacia Manolo, se debe atender al apartado tercero del artículo 193 del mencionado cuerpo legal, por tratarse de una situación con riesgo inminente de muerte para la vida “*por causa de violencia contra la vida*”; con lo cual, la declaración de fallecimiento tendría lugar al cabo de un año del hecho violento; es decir, la declaración de fallecimiento se realizaría el 30 de junio de 2007.

### 2.1.3 Reparación del declarado fallecido

Se trata de un hecho inusual, pero que tiene gran relevancia, motivo por el cual el Código Civil ha previsto esta posibilidad en el artículo 197, estipulando que “*si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto*”.

Por lo tanto, dado el mencionado precepto, hay que hablar de la posibilidad de revocar una declaración de fallecimiento firme. Dicha revocación, podrá ser revocable, por prueba de la vida del declarado fallecido o por la reaparición del mismo; o por la prueba de la muerte del declarado fallecido, que producirá, tal y como explican Alventosa del Río y otros, “*la consolidación de la situación jurídica creada por la declaración de fallecimiento*”, que pondrá fin a las prohibiciones o limitaciones relativas al patrimonio del declarado ausente, y que se estudiarán en el ámbito procesal<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> AC/2004/1203

<sup>18</sup> Vid. Alventosa del Río, J. DERECHO CIVIL I (Derecho de la persona). Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2016. p.138.

## 2.2 Divorcio. Análisis de la validez y permanencia de los matrimonios de María y Manolo, y de María con Marcial

En el momento en que a Manolo se le declara fallecido, se considera extinguido el matrimonio entre María y Manolo, y permite que María pueda contraer segundas nupcias con Marcial. Sin embargo, en el momento en que Manolo reaparece, se pone en tela de juicio la validez del segundo matrimonio y la extinción del primero o si; por el contrario, permanece vigente el primero y se declara nulo el segundo.

### 2.2.1 Contextualización de matrimonio y divorcio en el ámbito civil

El matrimonio parte del principio de igualdad, y así se refleja en la Constitución Española de 1978<sup>19</sup>, en cuyo artículo 32 se establece que “*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”, y referenciada también en el Código Civil, en su artículo 66, en el cual se dice que “*los cónyuges son iguales en derechos y deberes*”.

El matrimonio como tal, aparece regulado en el Título IV del Código Civil, que lleva por título “*Del matrimonio*”.

### 2.2.2 Características del matrimonio entre María y Manolo

El primer matrimonio que se presenta en el caso objeto de estudio, es el comprendido por Manolo y por María, y que se presume que ha sido contraído de manera válida, y sin vicios.

En el momento en que a Manolo se le declara fallecido, hay que hablar de la concurrencia de una causa de disolución del matrimonio, recogida en el artículo 85 CC, que recoge las causas de disolución del matrimonio alegando que “*el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio*”.

Sin embargo, en el momento en que Manolo reaparece, cabe destacar la importancia que tiene la revocación de la declaración de fallecimiento en este caso, ya que quedará restaurado el vínculo matrimonial entre María y Manolo, de acuerdo a lo dispuesto en el ya comentado artículo 197 del Código Civil referente a la revocación de la declaración de fallecimiento.

Por lo tanto, se retomará la vigencia del matrimonio entre ambos y se abre la posibilidad de que Manolo, una vez analizados los hechos y a sabiendas de que ya pretendía divorciarse en junio de 2007, y tras un intento de homicidio por parte de su esposa, quiera efectivamente divorciarse de ella.

Relativos al divorcio son los artículos 86 y siguientes del Código Civil, que prevén la posibilidad de que Manolo, solicite el divorcio, bien de forma unilateral, o bien con el consentimiento de María. En el artículo 81 CC se recogen los requisitos necesarios para

---

<sup>19</sup> *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311 páginas 29313 a 29424

poder solicitar y decretar judicialmente el divorcio. Para ello, deben transcurrir 3 meses desde la celebración del matrimonio, si es a petición de ambos cónyuges, junto con la presentación de la demanda de divorcio y la propuesta de un convenio regulador. Sin embargo, en el artículo 81.2º, se recoge la posibilidad de solicitar el divorcio de forma unilateral, que requerirá el plazo de 3 meses desde la celebración del matrimonio pero que, en casos determinados donde exista riesgo para la vida o la integridad física, como es el presente caso donde Manolo ya ha sufrido un intento de homicidio por su esposa, no será necesario el transcurso de dicho plazo.

Por lo tanto, y reiterando lo explicado, Manolo podrá, una vez reaparecido, interponer o presentar demanda de divorcio, bien de forma unilateral o bien de acuerdo con María, con la finalidad de poner fin al matrimonio de ambos.

En lo referente al procedimiento, medidas a llevar a cabo, liquidación de la sociedad de gananciales, y todo el proceso a llevar a cabo relativo al proceso de separación y divorcio, se estudiará en el ámbito de procesal, del capítulo 3.

### 2.2.3 Características y validez del matrimonio entre María y Marcial

El matrimonio celebrado en segundas nupcias por María y Marcial, en un primer momento, es considerado válido, ya que María se considera una mujer viuda, con un anterior vínculo matrimonial ya extinguido, con lo cual puede contraer segundas nupcias con Marcial, entendiéndose que no existe ninguna otra causa que impida el matrimonio entre ambos, como son la edad o el parentesco entre ambos.

Sin embargo, la reaparición de Marcial, pone en tela de juicio la validez del nuevo matrimonio de María ya que, la consecuente revocación de la declaración de fallecimiento provoca que el vínculo matrimonial entre María y Manolo se restaure, con lo que el matrimonio entre María y Marcial adolecería de un grave vicio que provocaría la nulidad del matrimonio entre éstos. Sobre esta situación se pronuncia el Código Civil en el artículo 47, según el cual *“no pueden contraer matrimonio... 2º Los que estén ligados con vínculo matrimonial”*.

Por lo tanto, debe hacerse referencia a la existencia de un matrimonio nulo, al cual se refiere el Código Civil en los artículos 73 y siguientes. En el mencionado artículo 73, declara nulo de pleno derecho a los matrimonios celebrados entre personas que estén ligados con vínculo matrimonial.

En lo referente a los efectos de la nulidad de dicho matrimonio, tal y como menciona Hornero Méndez, *“la declaración de nulidad, que sólo puede ser declarada por sentencia judicial firme, tiene efectos ex tunc, es decir, supone la privación de eficacia al matrimonio ab initio, como si éste nunca hubiera tenido lugar”*. Hay que destacar que dicha nulidad puede ser declarada en cualquier momento, basta con la reaparición de Manolo para hablar de la existencia de una causa de nulidad del matrimonio, fruto de la lógica jurídica, ya que la legislación española no permite la existencia de bigamia.

Por otro lado, y en lo referente a los efectos mencionados de la nulidad de matrimonio, cabe destacar la precisión establecida por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de noviembre de 1999, donde se establece una gran diferencia entre un matrimonio nulo y uno inexistente. A criterio del Tribunal, un matrimonio celebrado en

Uruguay, sin participación de autoridad consular española, que devendría nulo a efectos legales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 49 y 51 CC, por lo tanto, *“el matrimonio contraído fue una unión matrimonial que puede tacharse de nula pero nunca de inexistente y, ello, siempre en relación al ordenamiento jurídico español “ pero que “hay que proclamar que dicho matrimonio nulo a los efectos del ordenamiento jurídico español, como ha sido contraído de buena fe, ha de producir efectos civiles entre los cónyuges y, en todo caso, respecto a los hijos “*<sup>20</sup>

## 2.3 Herencia del declarado fallecido

En el caso planteado, se relata una situación en la cual María es la heredera universal de Manolo, y hace uso de los bienes que a ésta corresponderían por herencia. Sin embargo, tal y como se examinará, deben apreciarse las posibles causas de desheredación a María, y los efectos que tiene el regreso de Manolo con respecto a los bienes comunes y privativos de éste.

### 2.3.1 Contextualización en el Código Civil

Las disposiciones relativas a la herencia y al Derecho de Sucesiones, se encuentran en el Libro III del Código Civil, que lleva por título *“de los diferentes modos de adquirir la propiedad”*, concretamente, en el Título III *“de las sucesiones”*.

En el artículo 609 del Código Civil, se establecen los diferentes modos de adquirir la propiedad, entre los cuales se menciona *“por sucesión, testada e intestada”*. Por lo tanto, se considera la sucesión o la herencia una forma legal de adquirir la propiedad de las cosas.

En el texto de referencia se afirma que Manolo había reconocido a María como *“heredera universal”*; es decir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 660 del Código Civil, debe diferenciarse de la mera condición de legatario, ya que *“llámese heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular”*. Por otro lado, cabe diferenciar o precisar el momento en el cual se produce la sucesión en sí misma; es decir, en qué momento María pasa a ser la heredera de Manolo. Esta situación temporal la aclara el Código Civil en el artículo 661, según el cual *“los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones”*.

En referencia a aquello que comprende la herencia en sí, habla el Código Civil, en su artículo 659, de *“todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte”*; es decir, que al ser María la heredera universal (y se entiende que única), podrá ésta disponer de todos los bienes, derechos y obligaciones que ostente el causante, Manolo, en el momento del fallecimiento.

A pesar de que no se especifica en el caso el lugar donde ocurren los hechos, o la residencia de los protagonistas del caso, la resolución del mismo se realizará con la suposición de que tales sucesos ocurren en Galicia, siendo los personajes del supuesto residentes gallegos. Pese a que las disposiciones generales acerca de la herencia son

---

<sup>20</sup> RJ 1999/8434

comunes, cabe mencionar la existencia de una ley particular gallega, que es la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia<sup>21</sup> que establece una serie de particularidades de elevada importancia con respecto a la legislación civil española, como por ejemplo en los casos de apartaciones o legítimas. Son de aplicación ambos textos legales conjuntamente; esto es, el Código Civil, y la Ley de Derecho Civil de Galicia (en adelante, LDCG), debido a que los hechos tienen lugar con posterioridad al 2006, momento en el cual entra en vigor la LDCG.

### 2.3.2 Circunstancias a tener en cuenta en la herencia de Manolo

En el caso objeto de estudio se perciben una serie de circunstancias que dificultan la pacífica disposición de los bienes de la herencia de Manolo por parte de su viuda María. Debido a la gran complejidad de los mismos, se va a realizar un examen detallado de tales circunstancias, que pondrían en tela de juicio la capacidad que ostenta María para poder heredar de su esposo Manolo.

En primer lugar, y antes de comenzar a enumerar las circunstancias que determinan la validez de la herencia por parte de María, cabe apreciar si ésta cumple, desde un primer momento, los requisitos necesarios para heredar; es decir, si se considera que María cumple las principales cualidades para tener capacidad para heredar de Manolo. Bercovitz recoge, de acuerdo al Código Civil, tres requisitos fundamentales para poder ostentar la capacidad de heredar, a saber, tener capacidad jurídica, sobrevivir al causante y que el llamado a la herencia no sea indigno ni esté incurso en causa de incapacidad relativa<sup>22</sup>.

En lo referente a la capacidad jurídica, cabe mencionar que, en el caso de las personas físicas, deben haber nacido de acuerdo a lo establecido en el ya examinado artículo 30 CC. Por otro lado, en lo que respecta al hecho de sobrevivir al causante, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 758 CC “*para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de cuya sucesión se trate*”; es decir, María debe estar viva al momento de la muerte de Manolo. Sin embargo, en este caso se cuenta con la problemática relativa a la existencia de una previa declaración de fallecimiento, que supondría el cumplimiento de este requisito; pero con una posterior revocación de dicha declaración, lo que, como se analizará posteriormente, anula el proceso de herencia, por permanecer todavía vivo el causante.

Finalmente, en lo referente a que el llamado a la herencia no sea indigno ni esté incurso en causa de incapacidad relativa, hay que mencionar que, si bien se cumple el requisito de no estar incurso María en causa de incapacidad alguna, sí que se debe considerar la existencia de causas de indignidad sucesoria, tal y como se procederá a explicar a continuación.

---

<sup>21</sup> *Diario Oficial de Galicia*, de 29 de junio de 2006. Núm. 124,  
*Boletín Oficial del Estado*, de 11 de agosto de 2006. Núm. 191

<sup>22</sup> Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. *Manual de Derecho Civil*. Bercal SA. Madrid. 2008. pp.44-50

### 2.3.2.1 Violencia ejercida sobre el causante

La primera de las causas que dificultan la capacidad de heredar de María se basan en la violencia que ésta ejerce sobre su marido Manolo; esto es, el delito de lesiones o tentativa de homicidio, ya comentado en el capítulo 1, referente al ámbito penal. Pues bien, dicho comportamiento entra dentro de las causas de indignidad sucesoria del artículo 756 CC.

Existen diversas causas de indignidad, algunas se aplican tan sólo a los casos de sucesión intestada, que se encuentran regladas en el artículo 111CC; mientras que otras se aplican a la sucesión testada e intestada, que se encuentran en los artículos 756 y 713 CC.

En el presente caso, la causa de indignidad a estudiar es aquella contenida en el artículo 756.2º CC, en el cual se considera indigno para suceder “2.º *El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes*”, a continuación, en el mismo artículo, se recoge también que será incapaz de suceder por causa de indignidad “*el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada. También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.*”

Es más, ni siquiera podría María reclamar el derecho de usufructo que corresponde a la viuda, o su parte correspondiente de la legítima que, según recoge Álvarez Lata le correspondería según la Ley de Derecho Civil de Galicia y que, además, el importe de la legítima sería del 25%, y no de la tercera parte, como ocurre con las leyes civiles españolas<sup>23</sup>.

En este punto, cabe destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 19 de noviembre, referente a un caso de violencia contra el causante. En este sentido, el Tribunal hace una aclaración acerca de la diferencia existente entre indignidad e incapacidad; esto es, en el artículo 756 se habla de “*es incapaz para suceder por indignidad*”, de forma confusa, ya que hace referencia a dos conceptos, en sí, diferenciados. Pues bien, la Audiencia consideró que “*la indignidad no limita la voluntad del testador, de manera que el indigno, aun adquiriendo la herencia, es privado de ella en castigo por los actos cometidos contra el causante, razón por la que el testamento, que no adolecía de vicio alguno, no cabe declararlo nulo, sino sencillamente excluir al indigno de la herencia, de manera que ésta debe ir a quienes hubieran sido llamados si el indigno no hubiera vivido al tiempo de la apertura de la sucesión*”<sup>24</sup>. Por lo tanto, debe hablarse con prudencia a la hora de determinar si, al hacer referencia a una causa de incapacidad para suceder, se está haciendo referencia, en realidad y de forma indiferente, a una causa que, en definitiva, es de indignidad, en el sentido de privar a una persona de su derecho a la herencia, por los actos que ésta cometió contra el causante.

---

<sup>23</sup> Álvarez Lata, N. *Curso de Derecho Civil de Galicia*. Atelier. Barcelona. 2015. pp.428-429; 449-450.

<sup>24</sup> AC/2012/1631. FJ 1º

Finalmente, no debe obviarse la posibilidad que ostentaría el indigno de subsanar dicha condición; es decir, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 757 CC, las causas que provocan la indignidad no surtirán efecto cuando se pruebe que el testador ya las conocía en el momento de otorgar testamento, considerado este hecho un “perdón tácito”, que debe ser probado por el indigno.

### 2.3.2.2 Revocación de la declaración de fallecimiento

En el momento en que Manolo reaparece y la declaración de fallecimiento queda revocada, tal y como se estipula en el artículo 197 del Código Civil, “*recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto*”.

Por lo tanto, Manolo podrá retomar la propiedad de todos sus bienes, retro trayéndose dichos efectos al momento en que María se apropió de los bienes de Manolo por herencia. A través del artículo 197, Manolo, al reaparecer, podrá reclamar los bienes de su esposa, María.

Suponiendo que María y Manolo estaban en régimen de gananciales, en el momento de inventariar los bienes objeto de herencia, se produce la disolución de dicha sociedad. Dado que este procedimiento va a ser estudiado en el capítulo 3, referente al ámbito procesal, procede analizar qué bienes componen el patrimonio de Manolo y cuáles el de María, tanto al momento en el que la declaración de fallecimiento se encontraba en vigor, como cuando ésta es revocada.

Siguiendo el criterio de Aguilar Ruiz el régimen de la sociedad de gananciales se basa en la existencia de una serie de masas diferenciadas; a saber, una masa privativa de cada cónyuge, y otra masa ganancial, entendida como aquellos beneficios o ganancias obtenidos por cada cónyuge desde el comienzo del matrimonio<sup>25</sup>.

La primera de ellas, está constituida por los bienes privativos de los cónyuges, y se encuentra tipificada en el artículo 1346 CC, entre los que podemos destacar los bienes y derechos adquiridos antes del comienzo de la sociedad de gananciales, los bienes adquiridos a título gratuito por alguno de los cónyuges, bienes adquiridos a título oneroso en sustitución de otros bienes privativos, los bienes adquiridos mediante el ejercicio de un derecho de retracto privativo, bienes y derechos inherentes a la persona y los intransmisibles inter vivos, el resarcimiento de los daños, las ropas y objetos de uso personal ordinario, y aquellos instrumentos necesarios para el trabajo.

A continuación, cabe mencionar los bienes gananciales, que se encuentran en el artículo 1347 CC, y que se corresponden con los rendimientos del trabajo de cualquiera de los cónyuges, las rentas de capital privativo y ganancial, los bienes adquiridos por subrogación real con patrimonio ganancial, los bienes adquiridos por ejercicio de un derecho de retracto de carácter ganancial y aquellas empresas o establecimientos mercantiles fundados con fondos gananciales, entre otros.

---

<sup>25</sup> Vid. Aguilar Ruiz, L. Pizarro Moreno, E. *Derecho de familia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015. pp116-127

Una vez introducidas las masas patrimoniales, debe estudiarse a quién se debe adjudicar cada bien de los especificados en la lista del caso. Antes de comenzar con la especificación de lo que correspondería a cada cónyuge, cabe mencionar que dicha adjudicación por mitades de los bienes comunes no se realizará hasta el momento de la liquidación de la sociedad, que se produciría con la declaración de fallecimiento y, una vez revocada ésta, se produciría con la sentencia de divorcio.

Pues bien, en primer lugar, cabe hablar de la existencia de una casa, valorada en 240.000€, y que es común de ambos cónyuges, por lo tanto, le correspondería a cada cónyuge un 50% del valor de dicho piso; es decir, 120.000€ a cada cónyuge. La cuenta bancaria de 65.000€ de Abanca, correspondería un total de 32.500€ a cada cónyuge. Finalmente, el piso privativo de Manolo, con valor de 250.000€ correspondería en exclusiva a Manolo.

Valorando la existencia de una causa de incapacidad por indignidad para suceder a Manolo por parte de María, así como la reaparición de Manolo, con las consecuencias que ello implica, ha de valorarse la inexistencia de transmisión de propiedad de toda la masa patrimonial citada a María por causa de herencia, con lo cual, ha de considerarse, debido a la clara existencia de mala fe por parte de María, conocedora de los hechos, la consumación de un delito de apoderación indebida de los bienes de Manolo, que nunca han pertenecido, por ende, a María.

## 2.4 Consecuencias de la venta de la masa patrimonial. Tercero hipotecario y cuestiones referentes a la Ley Hipotecaria.

La conducta llevada a cabo por María con respecto a la venta del piso propiedad de ambos, así como del piso propiedad de Manolo, resulta claramente ilegítima. Lo mismo ocurre con el capital de la cuenta bancaria por parte de María, que ha reducido el capital de la misma de forma muy notable.

### 2.4.1 Titularidad de los bienes vendidos.

En un primer lugar, habría de analizarse el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 196 CC, relativo a los efectos de la declaración de fallecimiento. En esta disposición legal se recoge que *“los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento”*. Debido a que los hechos que originan la declaración de fallecimiento tienen lugar en 2007, y que las ventas de los inmuebles, si bien son a título oneroso, se realizan en 2014; es decir, ha transcurrido el plazo necesario para que los herederos, en este caso María, puedan disponer de los bienes a título gratuito.

Por otro lado, cabe destacar que María realmente nunca ha llegado a heredar de su marido Manolo. En primer lugar, porque éste no ha llegado a fallecer, con lo cual no existe causa de la herencia; y, por otro lado, porque María, sabedora y conocedora de los hechos violentos contra Manolo, no puede ser heredera de éste.

Además de las causas expuestas, puede mencionarse el comentario realizado en un compendio de artículos de LA LEY<sup>26</sup> sobre la sentencia de 11 de febrero de 1946, relativa a la causa de indignidad de la esposa para suceder al marido, al no haber denunciado la muerte violenta de su esposo. En dicho artículo, se comenta el hecho de que la esposa no denunció, en el correspondiente y debido plazo de un mes desde la muerte del causante, la muerte violenta de su marido, lo cual la coloca en situación o causa de indignidad.

### 2.4.2 Tercero hipotecario

En el presente apartado se estudiarán las circunstancias y la validez de los actos que rodean a la venta del piso propiedad de Manolo desde la perspectiva civil, ya que la conducta relativa al gasto del dinero que ambos poseían en la cuenta bancaria, y la venta de mala fe y delictiva sobre la casa vendida a precio notablemente inferior al de mercado de la casa propiedad de ambos ha sido estudiada en el capítulo 1, relativo al ámbito penal.

Por lo expuesto en los apartados anteriores, cabe determinar que María ha realizado una venta de cosa ajena, con lo cual debe acudirse a lo dispuesto en el Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria<sup>27</sup>. En el referido texto legal, ha de atenderse a diferentes artículos, en función de las características que rodean al caso.

En un primer lugar, cabe debatir acerca de la validez de la inscripción registral del piso propiedad de ambos, que ha sido vendido a un tercero. Debido a que el piso es propiedad de ambos, no podría María, de forma unilateral, proceder a la venta del mismo.

En el artículo 34 de la Ley Hipotecaria se estipula que *“el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”*. Por lo tanto, en el caso de que María aparezca como titular junto con Manolo, y una vez fallecido éste, María podría ser considerada como facultada para proceder a la venta del piso.

En este punto, y a tenor de lo recogido en el mencionado artículo 34 LH, cabe apreciar la posible existencia de la condición de Eustaquio, comprador de la casa, como tercero hipotecario. Para ello, además de la titularidad registral del transmitente, se requeriría que Eustaquio registrara la casa a su nombre y, además, la buena fe del comprador; es decir, que Eustaquio no pueda ser conocedor de la ilegitimidad que María ostenta sobre la casa objeto de venta. Si se cumplen las referidas condiciones, Eustaquio quedaría protegido frente a la posible reclamación posterior de Manolo.

Una vez que Manolo reaparece, podrá ejercitar una acción reivindicatoria contra Eustaquio y contra María. En lo referente a Eustaquio, para que le devuelva el piso que

---

<sup>26</sup> González Poveda, P. Sierra Gil de la Cuesta, I. Derecho de Sucesiones. LA LEY. Madrid. 2006. Pp 34-35

<sup>27</sup> Boletín Oficial del Estado, de 27 de febrero de 1946. Núm.58. En adelante, LH

es de su propiedad pero que, si se cumplen los requisitos mencionados anteriormente, Eustaquio quedaría protegido al amparo del artículo 34, siendo considerado como un tercero hipotecario, que ostenta el derecho a una posesión pacífica de la casa. En el caso de la acción ejercitada contra María, se pretende que compense a Manolo por la parte de la casa que le correspondía; es decir, María estaría obligada a compensar a Manolo en la cuantía de 120.000€, que le corresponderían por su parte del piso enajenado.

Sobre esta condición de buena fe del tercero hipotecario se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Tarragona, en su sentencia de 23 de junio de 2014, en la cual afirma que dicha exigencia de buena fe por parte del tercero adquirente *“es entendida como desconocimiento de que el asiento registral en el que se confía no es correcto<<...>>. Tal información debe provenir del mismo Registro de la Propiedad mediante la anotación preventiva de cualquier demanda que pretenda ostentar derecho preferente como advertencia a terceros compradores, salvo el caso de que el adquirente conozca, por información particular, que el derecho inscrito está cuestionado”*<sup>28</sup>.

Por lo tanto, y pese a que se supone que Eustaquio no fue ni pudo ser en ningún momento conocedor de las circunstancias que rodeaban a la venta, debe ser amparado bajo la condición de tercero hipotecario del artículo 34 LH, y no debe ser despojado de la pacífica posesión que por Ley le corresponde.

---

<sup>28</sup> JUR/2014/235771

## 3. Ámbito Procesal

### 3.1 Medidas y procedimiento a llevar a cabo cuando reaparece el declarado fallecido

En el momento del regreso de Manolo; es decir, a fecha de 3 de enero de 2014, se produce un gran cambio con respecto a todas las transacciones jurídicas (válidas o no, tal y como se ha estudiado en los apartados anteriores), con lo cual es preciso analizar cómo afecta dicho regreso a la validez de las operaciones realizadas por los herederos y cómo afecta la vuelta de Manolo a las diferentes figuras jurídicas analizadas.

#### 3.1.1 Referencia al procedimiento hereditario

Con respecto al procedimiento hereditario, cabe destacar que, como ya se ha comentado en el capítulo 2, correspondiente al ámbito civil, es una institución que se basa o que se inicia en el momento en que el causante muere. Debido a que Manolo no ha fallecido realmente, la declaración de fallecimiento se revoca y, en virtud del comentado artículo 197 CC, *“recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o declaración de no haber muerto”*.

Sin embargo, tal y como ya se ha comentado en el ámbito civil, existe una condición de indignidad de María en referencia a su institución como heredera de Manolo. Esta situación, como ya se ha estudiado, se produce en virtud del artículo 756.2º CC; es decir, como consecuencia de la violencia ejercida por María sobre su cónyuge; esto es, sobre el causante. El procedimiento relacionado con la indignidad sucesoria presenta ciertas complejidades, que serán analizadas a continuación.

##### 3.1.1.1 Legitimación para alegar la indignidad

Para realizar una determinación sobre quién está efectivamente legitimado para declarar la indignidad, debe analizarse hasta qué punto afecta la indignidad a la herencia; es decir, si dicha indignidad puede hacer que la herencia sea declarada nula de pleno derecho o si, sin embargo, puede ser subsanada.

En la búsqueda por dar respuesta a esta cuestión, puede partirse de la teoría planteada por Pérez de Vargas Muñoz, que se basa en la idea de que, *“no reconociendo el indigno su indignidad”* éste decide entrar en el procedimiento hereditario y tomar posesión de los bienes que, por herencia o legado, le corresponderían de no ser indigno<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Vid. Pérez de Vargas Muñoz, *“La indignidad sucesoria en el Código Civil español”*. McGraw-Hill, Madrid, 1997. Pp 129-139

En este punto cabe analizar el artículo 762 CC que determina que *“No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado”*; pues bien, si se hace referencia a una situación de nulidad de pleno derecho, el plazo para poder alegar dicha condición será ilimitado; es decir, se trata de una nulidad insubsanable cuya acción puede ser alegada en cualquier momento, por lo que no tendría sentido fijar un plazo de 5 años para ejercitar dicha acción.

En lo referente a quién sería la persona legitimada activamente para ejercitar la acción de indignidad, puede atenderse a lo referenciado por Díaz Alabart que alega que *“la acción no corresponde sino al llamado inmediatamente después del incapaz”*. Cabe puntualizar que ese llamado “inmediatamente después” puede ser *“no sólo quien lo haya sido inicialmente, sino también el que lo venga a ser como consecuencia de que aquél muera o pierda su derecho”*<sup>30</sup>.

### 3.1.1.2 Efectos de la declaración de indignidad

Para poder hablar de los efectos de la declaración de indignidad, hay que mencionar que, para poder alegar dicha acción, se requiere la existencia de una sentencia firme que confirme la actitud del indigno; es decir, se supondrá que existe una sentencia condenatoria a María por la comisión de un delito de lesiones a Manolo, ya comentado en el ámbito penal.

Pues bien, y pese a que el procedimiento de herencia no podría llevarse a cabo sin la efectiva muerte de Manolo, para analizar los efectos que ésta tendría, se va a dar la suposición de que este procedimiento lo inician antes de que Manolo regrese, habiendo sido María declarada autora de un delito de lesiones.

En primer lugar, en el artículo 760 CC se establece que *“el incapaz de suceder, que, contra la prohibición de los anteriores artículos, hubiese entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado a restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido”*. Por lo tanto, María debería devolver los bienes heredados de Manolo a los que la seguirían en la lista de sucesión (que no aparecen especificados en el caso, pero se supone que sí existen otras personas susceptibles de ser llamadas a heredar). Además de los propios bienes, deberá restaurar asimismo los frutos; es decir, deberá devolver a los siguientes llamados en la lista de sucesión lo recibido por los inmuebles vendidos, en la parte que correspondería a Manolo, y la parte del dinero de la cuenta bancaria que a éste le correspondería; es decir, un importe de 32.500€.

Además, cabría destacar que el importe de los intereses que se hubiesen obtenido por el dinero invertido en la cuenta bancaria, también debería restituirse, en la parte que le correspondiera a Manolo, a los herederos de éste. Por lo tanto, los siguientes herederos, tras ejercer la acción relativa a la indignidad de María, ejercitarían la acción de petición de herencia, para poder recuperar los bienes que componen la herencia, con los frutos de la misma. De este mismo modo lo apreció el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de abril de 1990, al alegar que *“conforme al artículo 155 del Código Civil, ha de abonar los frutos percibidos y los que los poseedores legítimos hubieran podido percibir y sólo*

---

<sup>30</sup> Cfr. Díaz Alabart, S. *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991

tendrá los derechos sobre los gastos y mejoras que dicho artículo 155 reconoce al poseedor de mala fe”<sup>31</sup>.

### 3.1.2 Proceso de divorcio y liquidación de la sociedad de gananciales

La disolución de la sociedad de gananciales, en palabras Bercovitz Rodríguez-Cano, "se produce de manera automática asociado a la disolución del matrimonio por divorcio, muerte o declaración de fallecimiento de cualquiera de los cónyuges"<sup>32</sup>. Pues bien, una vez que se disuelve la sociedad de gananciales, se crea la denominada "comunidad postganancial" y, desde el momento en que la sociedad de gananciales queda extinguida, los bienes que incorporen cualquiera de los cónyuges irían a incrementar la masa patrimonial que cada cónyuge posea de manera individual.

Partiendo de la definición otorgada por Bercovitz, puede definirse el proceso de la liquidación de la sociedad de gananciales, como todas aquellas operaciones o procesos que se producen después de la disolución del régimen económico matrimonial y que van dirigidos a asignar o dividir el patrimonio o la masa económica poseída de manera conjunta hasta el momento, y asignar a cada cónyuge la parte que le corresponde<sup>33</sup>.

Esta liquidación puede ser realizada, bien de forma convencional, o bien por medio de jueces; es decir, podrá ser liquidada la sociedad a través de lo que se conoce como convenio regulador, que requiere el común acuerdo de los cónyuges, y que se aporta o presenta en el procedimiento de divorcio, en el presente caso.

En el caso de que el mencionado acuerdo entre las partes no se consiga, la asignación en lotes de lo que le corresponde a cada cónyuge de la sociedad de gananciales se produce por vía judicial, siendo competente para ello el juzgado de primera instancia que esté conociendo el proceso de divorcio. El procedimiento judicial hay que mencionar que se inicia a instancia de parte, que solicitará la actuación del juez consistente en la formación del inventario, aportando una propuesta que contenga las diferentes partidas de los bienes que componen el patrimonio común, y siguiendo el procedimiento que aparece estipulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil<sup>34</sup>, más concretamente en los artículos 806 y siguientes. En los artículos 806 y 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se establecen tanto el ámbito de aplicación, como la competencia para conocer del asunto, ya mencionados.

En el artículo 808 LEC se establece la ya mencionada solicitud de inventario, que debe adjuntarse con la demanda de divorcio. A continuación, en el artículo 809, se estipula cómo debe realizarse la formación del inventario del que se viene haciendo referencia en los párrafos anteriores. En este proceso, el Secretario Judicial deberá señalar día y hora para llevar a cabo la formación de inventario. Para ello mandará citar a los cónyuges para realizar dicha gestión en un plazo máximo de 10 días. Una vez que llega

---

<sup>31</sup> RJ 1990/2712 FJ 4º

<sup>32</sup> Cfr. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Bercal SA. Madrid. 2011.p.169

<sup>33</sup> Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Bercal SA. Madrid. 2011.p.169

<sup>34</sup> *Boletín Oficial del Estado*, de 8 de enero de 2000. núm.7. En adelante, LEC

la fecha, el Secretario Judicial, junto a los cónyuges, examinan y realizan el inventario a través de las normas establecidas en el Código Civil, ya comentadas. Si uno de los cónyuges no aparece, o ambos cónyuges llegan a un acuerdo en esa fecha sobre los lotes propuestos, se pondrá fin al procedimiento.

Sin embargo, se plantea en el artículo 809.2 LEC la posibilidad de que “*se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas*”. En este caso, el Secretario Judicial hará constar en acta las pretensiones de cada parte, junto con su argumentación jurídica, y citará a las partes a una nueva vista, que se tramitará por las normas del juicio verbal. Finalmente, el procedimiento finalizará con una sentencia en la cual se resolverá sobre todas las cuestiones planteadas por los cónyuges y que contenga todas aquellas cuestiones relativas a la administración y disposición de los bienes comunes.

Una vez realizado el inventario, y firme la resolución que declare la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la liquidación de dicho régimen, a tenor de lo dispuesto en el artículo 810 LEC. Con dicha solicitud, deben acompañarse una propuesta de liquidación que incluya el pago de las indemnizaciones, reintegros, y demás cuestiones teniendo en cuenta las normas del Código Civil referentes a los bienes gananciales. Una vez admitida a trámite, el Secretario Judicial citará a las partes a una nueva comparecencia, que se producirá en los 10 días siguientes a dicha admisión, a la que deberán asistir los cónyuges para llegar a un acuerdo o, en su defecto, nombrar a un contador-partidor y a los peritos necesarios para llevar a cabo la práctica de las operaciones divisorias. En el caso de que uno de los cónyuges no comparezca o que se llegue a un acuerdo en dicho acto, se seguirá lo dispuesto en el artículo 788 LEC; es decir, “*el Secretario judicial procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en éstos por el actuario notas expresivas de la adjudicación*”.

Finalmente, en el artículo 810.5, se prevé la posibilidad de que no exista acuerdo en la comparecencia con el Secretario Judicial, en cuyo caso “*se procederá, mediante diligencia, al nombramiento de contador y, en su caso, peritos, conforme a lo establecido en el artículo 784 de esta Ley, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 785 y siguientes*” que, en resumidas palabras, consiste en la entrega de la documentación al contador, realizar la práctica de las operaciones divisorias, aprobar dichas operaciones o, en su caso, oponerse a las mismas, y finalizar según lo dispuesto en el mencionado artículo 788 LEC aplicado en el caso de acuerdo; es decir, entregar los bienes adjudicados a cada parte.

### 3.2 Investigación del delito de tráfico de drogas y medidas a llevar a cabo

Los delitos contra la salud pública aparecen tipificados por vez primera en el Código Penal de 1944, bajo la denominación de “drogas tóxicas” o “estupefacientes”. Tal y como recoge Vidales Rodríguez, en este precepto se preveía la imposición de multas,

de entre 1.000 y 5.000 pesetas, prohibiendo la elaboración, despacho, venta o comercialización de tales sustancias, si no se poseía autorización para ello<sup>35</sup>.

Después de un notable número de modificaciones normativas, el mayor cambio en esta materia de tráfico de drogas se produce con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas<sup>36</sup>, que se centró exclusivamente en este tipo penal. Tal y como se indicaba en el preámbulo de dicho texto, la intención era la de fortalecer la labor preventiva de las sanciones penales, ampliando las sanciones previstas y añadiendo las conductas típicas.

Puesto que se trata de un grave problema que afecta a todos los ámbitos de la sociedad actual, tras el transcurso de varios años y varias reformas penales, se ha ido modelando un sistema penal claramente estricto con los delitos contra la salud pública, siendo muy rígido en determinadas conductas, y extendiendo su prevención a campañas publicitarias de gran impacto social. A causa de la continuada búsqueda de la erradicación de este tipo de delitos, y debido a la imperiosa necesidad de emplear todos los medios de investigación posibles, se pueden llegar a tomar medidas que, desde un primer momento, parecer afectar a los derechos constitucionales relativos a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio; sin embargo, dichas medidas como son las intervenciones telefónicas, están permitidas en determinados casos, aunque siguiendo un procedimiento estrictamente tasado y estipulado en la legislación vigente.

### 3.2.1 Procedimiento de intervención de comunicaciones

El secreto de las comunicaciones aparece recogido en el artículo 18.3 de nuestra Carta Magna, estipulando dicho texto que “*se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”. Sin embargo, y pese a la protección constitucional que presenta la intimidad de la persona, hay que hacer referencia a lo recogido por Giménez-Salinas Framis, relativo a los valores de la sociedad, como es la prevención de delitos, que implica una previa investigación de los mismos<sup>37</sup>.

Un medio o instrumento para la investigación de estos delitos son las intervenciones telefónicas que el Tribunal Supremo ha venido definiendo en sus sentencias de 28 de noviembre de 1994<sup>38</sup>, de 31 de octubre de 1994<sup>39</sup>, o de 19 de octubre de 1996<sup>40</sup> como “*unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su caso, de determinados elementos probatorios*”.

---

<sup>35</sup> Vid. Vidales Rodríguez C. *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014. pp.172-182

<sup>36</sup> BOE núm.74, de 26 de marzo de 1988, pp.9498 y ss

<sup>37</sup> Vid. Giménez-Salinas Framis, A. González Álvarez, J.L. *Investigación criminal: principios técnicas y aplicaciones*. LID. Madrid. 2015

<sup>38</sup> RJ/1994/9997

<sup>39</sup> RJ/1994/9076

<sup>40</sup> RJ/1996/7834

Este procedimiento, siguiendo a Gimeno Senra se trata de un acto limitativo de derechos basado en la existencia de un delito penal grave y que, en el procedimiento de su investigación, un juez decide autorizar a la Policía Judicial, mediante auto especialmente motivado, para efectuar un registro de llamadas o grabación de conversaciones telefónicas del investigado durante el mínimo tiempo imprescindible “*para preconstituir la prueba del hecho punible*”<sup>41</sup>. Cabe hacer una mención especial, y es que se trata una medida que se realiza en fase instructora y que, en ningún caso, podrá aplicarse para la prevención de delitos de los cuales no se tengan indicios. Además, una de las primeras cuestiones a tener en cuenta es que este método de investigación sólo podrá ser empleado en una investigación de delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de al menos 3 años de prisión; delitos cometidos en seno de grupo u organización criminal; o de delitos de terrorismo.

Actualmente, todo el proceso relativo a la limitación de los derechos comprendidos en el mencionado artículo 18 de la Constitución Española, se encuentran cuidadosamente tipificados en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>42</sup>, concretamente en el Título VIII del Libro II, que lleva por título “*De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución*”.

En el artículo 588.ter.b de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se prevé que los terminales investigados serán los “*habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado*”. Debido al hecho de que se trata de una medida que afecta a un derecho protegido en la Constitución, se requiere una autorización judicial para llevarlas a cabo. En la solicitud de autorización de cualquier tipo de intervención de comunicaciones, deberá contenerse la descripción del hecho objeto de investigación, junto con la identidad del investigado, la exposición detallada de los motivos por los que llevar a cabo la investigación, los datos de identificación del investigado y de los medios de para llevar a cabo la medida, la extensión de la medida y su contenido, la unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención, la forma de ejecución de la medida, la duración de la misma, y el sujeto que llevará a cabo la medida, tal y como se describe en el artículo 588 bis b LECrim. En el caso concreto de las intervenciones telefónicas, además de los requisitos incluidos en el artículo mencionado, se deberán cumplir aquellos otros estipulados en el artículo 588 ter d LECrim, que incluye la identificación del número de abonado, de terminal, o de la etiqueta técnica; la identificación de la conexión objeto de la intervención, y aquellos otros datos necesarios para identificar el medio de comunicación.

En lo que respecta a la extensión de la medida, en el mismo artículo 588.ter.d.2, se abre la posibilidad de realizar registro y grabación del contenido de la comunicación; conocimiento de origen o destino de la comunicación; localización del lugar de la comunicación; así como el conocimiento de otros datos relativos a la comunicación. Esto es lo que atenta en mayor medida contra el derecho a la intimidad contenido en la Constitución Española ya que, en palabras de Giménez-Salinas “*se trata de la captación*

---

<sup>41</sup> Vid. Gimeno Senra, V. Moreno Catena, V. Cortés Domínguez, V. *Derecho Procesal Penal*. Colex. Madrid. 2001

<sup>42</sup> *Boletín Oficial del Estado*, de 17 de septiembre de 1882. núm.260. En adelante, LECrim

*del sonido. Sin duda, es el supuesto más restrictivo del derecho de las comunicaciones, ya que su objeto es obtener y grabar su contenido*<sup>43</sup>.

Sin embargo, y pese a la existencia del procedimiento anterior, la autorización para intervenir comunicaciones podrá ser conferida por el Ministro del Interior o por el Secretario de Estado de Seguridad, en casos de extrema necesidad para prevenir la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Dicha medida deberá ser comunicada en la mayor brevedad al juez conecedor del caso, y se le informará de las razones que motivaron dicha medida, la actuación realizada, y el resultado obtenido. Una vez recibida esta notificación, el juez de forma motivada se pronunciará a favor o en contra de dicha actuación.

En el artículo 588.ter.e LECrim se hace referencia al deber de colaboración que ostentan los prestadores de servicios de telecomunicaciones y los relacionados con los mismos y que puedan facilitar dicha intervención. Este deber, consiste en facilitar su colaboración al Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial designados para la práctica de las medidas interventivas. Además del deber de colaboración, a estos agentes colaboradores se les impone también la obligación de guardar secreto acerca de las medidas que se llevan a cabo, so pena de incurrir en delito de desobediencia.

A continuación, en el artículo 588.ter.f LECrim, se hace referencia al control de la medida, que se llevará a cabo por el juez competente, a través de la actuación de la Policía Judicial, que deberá poder a disposición del juez periódicamente la transcripción de los pasajes de interés, así como las grabaciones íntegras realizadas, indicando asimismo el destino y el origen de dichas comunicaciones.

Finalmente, cabe mencionar que la duración máxima inicial de la intervención será de 3 meses, prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta un máximo de 18 meses. Sin embargo, para llevar a cabo dichas prórrogas, la Policía Judicial deberá aportar la transcripción de los pasajes que justifiquen la prórroga o mantenimiento de las medidas interventivas, tal y como se dispone en los artículos 588.ter.g y 588.ter.h LECrim.

### 3.2.2 Hallazgo casual de delito. Validez de las escuchas reveladoras del delito cometido por María.

Durante la investigación del presunto delito de tráfico de drogas en el que aparecía como investigado Marcial, se procede a la intervención telefónica del teléfono de éste. Sin embargo, María utiliza el mismo teléfono para confesar la comisión de su delito a su amiga. Dicho descubrimiento pone en tela de juicio la validez de dichas escuchas como medio de prueba y la realización de la consiguiente investigación.

En primer lugar, debe analizarse si dichas escuchas realizadas a Marcial cumplían todos los requisitos anteriormente mencionados para poder ser consideradas como prueba válida del presunto delito contra la salud pública. Tal y como especifica Pérez Álvarez, en el caso de que dichas intervenciones fueran nulas, no podría valerse como medio de

---

<sup>43</sup> Cfr. Giménez-Salinas Framis, A. González Álvarez, J.L. *Investigación criminal. Principios técnicas y aplicaciones*. LID. Madrid. 2015

prueba, y tampoco todos los descubrimientos obtenidos a partir de dichas escuchas<sup>44</sup>. Se trata de una doctrina conocida como “fruit of the poisonous tree”; es decir, “fruta del árbol envenenado”. Dicha doctrina ha sido aplicada por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, entre las que podemos citar la sentencia de 23 de junio de 1999, en la que afirma que *“los vicios de inconstitucionalidad de que adolece dicha medida provocan la nulidad radical de las intervenciones telefónicas que no pueden ser valoradas como prueba de cargo por su ilicitud constitucional y, por ello mismo, y en aplicación del art. 11. LOPJ, contaminan del mismo vicio al resto del elenco probatorio en que se ha basado el Tribunal juzgador para formar su convicción sobre los hechos que se declaran <<...>> toda vez que, existiendo una inequívoca relación de causalidad entre las intervenciones telefónicas y las pruebas de cargo que fundamentan el pronunciamiento de culpabilidad del acusado, la inconstitucionalidad de aquéllas expanden sus efectos invalidantes a éstas en virtud de la doctrina de los « Frutos del árbol envenenado », de suerte que la sentencia queda huérfana de toda apoyatura probatoria lícita, lo que implica necesariamente la revocación de aquélla y un nuevo fallo absolutorio por esta Sala”*<sup>45</sup>.

Partiendo de la base de que dichas escuchas son válidas, habría que entrar a examinar si la extensión de la prueba obtenida en dicha intervención telefónica puede ampliarse hasta la iniciación de una nueva investigación. En este punto, son muy numerosas las posturas contrarias a la extensión de unas intervenciones telefónicas a la investigación de un nuevo delito que, a priori, afecta a una persona que no tiene que ver con el delito investigado en origen. Además, otro de los inconvenientes que pueden alegarse, parte del derecho a un juez predeterminado por la Ley, recogido en el artículo 24 de la Constitución Española. Frente a esto, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de abril de 2014 afirma que debe tenerse muy en cuenta la posibilidad existente de que, ante una correcta actuación policial ejercitada sobre los principios básicos de la buena fe, fruto de las intervenciones telefónicas realizadas, pueda obtenerse algún indicio de actividad criminal que pueda dar pie a una nueva investigación que no necesariamente habría de ser seguida ante el órgano judicial competente<sup>46</sup>.

Pues bien, puesto que se está haciendo alusión a un hallazgo casual de un delito dentro de una intervención telefónica legal. Es importante mencionar que, si con el hecho investigado se descubre un hecho nuevo y distinto, no es precisa la comunicación para una nueva autorización, y basta con que la Policía Judicial ponga al juez competente en conocimiento de dicho hecho, y comience así una nueva investigación en otro procedimiento diferenciado, y así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, como en la sentencia de 22 de abril de 1999<sup>47</sup>. En estos casos, el Juez de Instrucción, con la correspondiente pieza separada, procederá al destino de la misma a la Oficina de Reparto, para la averiguación y castigo del posible hecho delictivo.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal también trata la posibilidad del descubrimiento casual de delitos diferentes al investigado en las intervenciones telefónicas en su artículo 588.bis.i, remitiendo para su estudio al artículo 579 bis del mismo texto legal. En este precepto, se hace alusión expresa que *“el resultado de la*

<sup>44</sup> Cfr. Pérez Álvarez, F. Zúñiga Rodríguez, L. *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra. 2015

<sup>45</sup> RJ/1999/5844 FJ 1º

<sup>46</sup> RJ/2014/2861

<sup>47</sup> RJ 1999/4864

*detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal*". A continuación, añade que se procederá a *"la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia"*, incluyendo los antecedentes requeridos, y la solicitud inicial para la adopción de la medida empleada, junto con la resolución judicial que la aprobó y demás documentos que rodearon la investigación del proceso de origen. A continuación, se requiere la autorización del juez competente, que valorará el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en el momento del descubrimiento.

Por lo tanto, si en el momento en que se detecta el indicio de delito de María, bajo la forma de un "hallazgo casual", y se sigue el procedimiento mencionado anteriormente, sí que gozaría de validez jurídica toda la investigación posterior que se realizaría sobre María en un nuevo procedimiento.

### 3.3 Medidas cautelares a tomar en caso de violencia de género y su extensión al menor

En el presente caso objeto de estudio, se presenta un contexto grave de violencia doméstica y, a causa de éste, se produce finalmente la adopción de una medida cautelar que impide que Marcial se acerque a María.

Sin embargo, mientras que dicha medida aún está vigente, se produce finalmente la vuelta o regreso de Marcial al domicilio familiar con el consentimiento de su esposa. Tal y como ya se ha adelantado en el capítulo correspondiente al ámbito penal, esta conducta resulta contraria al ordenamiento jurídico, ya que se está incumpliendo una resolución legal que todavía continúa vigente.

#### 3.3.1 Contextualización legal

A través de las medidas cautelares, se busca la prevención de la nueva comisión de un delito; es decir, se pretende reducir la peligrosidad criminal de un determinado sujeto.

En palabras de Vecina Cifuentes *"no se trata con ella de juzgar ni de hacer ejecutar lo juzgado, sino de servir a un fin distinto pero instrumental a ambos, cual es el de asegurar preventivamente que tanto la decisión definitiva del conflicto –que el juzgar implica-, como las actuaciones materiales – en que la ejecución consiste-, podrán tener en la práctica la misma eficacia que hubieran tenido de poder haber sido, la una dictada y las otras realizadas, de manera inmediata, sin necesidad de sustanciar proceso alguno"*<sup>48</sup>.

Por su lado, en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las

---

<sup>48</sup> Cfr. Vecina Cifuentes, J. *La potestad cautelar: contenido y límites*. CEJ. Estudios Jurídicos. España. 2007

víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>49</sup>, se hace referencia a la adopción de medidas cautelares, determinado claramente el objetivo de las mismas al estipular que “*persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima*”.

Existen diversos tipos de medidas cautelares y, a continuación, se procederá al examen de aquellas consistentes en medidas de alejamiento y de orden de protección.

### 3.3.2 Medidas de alejamiento

Se trata de una medida cautelar tipificada en el artículo 544.bis de la ya introducida LECrim. Se trata de una medida que, como característica típica de las medidas cautelares, trata de reducir el riesgo de reiteración delictiva, pero a través de la distancia impuesta entre agresor y víctima.

Este tipo de medida, tal y como se estipula en la LECrim, puede ser impuesta por el Juez y Tribunal, siempre de forma motivada y atendiendo a criterios de necesidad, cuando se investigue un delito de los recogidos en el artículo 57 CP. En este precepto legal se hace una enumeración de diversos tipos delictivos, tales como homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

El hilo conductor común a esta serie de delitos, tal y como explica de la Rosa Cortina es el de que “*todos ellos se integran en tipos que protegen bienes jurídicos individuales de la persona, vida independiente, feto, integridad física y psíquica, integridad moral, libertad sexual, intimidad e inviolabilidad del domicilio, honor, propia imagen y patrimonio*”<sup>50</sup>. Por otra parte, cabe destacar también el hecho de que este tipo de medidas no quedan asociadas a un tipo cerrado de delitos, pudiendo ser aplicada tanto en el caso de delitos graves como menos graves.

A través de esta medida cautelar, se abre la posibilidad de imponer la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias, etc, así como la prohibición de comunicarse o aproximarse a determinadas personas protegidas por dicha medida.

Tal y como se establece en el artículo 544.bis LECrim, para poder llevar a cabo dicha medida, deberá atenderse a las circunstancias que rodean al inculpado; es decir, su estado de salud, situación económica, relación laboral y consecuencias que sobre ésta pueda tener la imposición de dicha medida, entre otras, tanto durante la vigencia de la medida como tras la finalización de la misma.

---

<sup>49</sup> Boletín Oficial del Estado, de 10 de junio de 1999. núm.138

<sup>50</sup> Cfr. De la Rosa Cortina, J.M. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*. Bosch. Barcelona 2015

### 3.3.3 Orden de protección

La orden de protección, tal y como explica De la Rosa Cortina<sup>51</sup>, se trata de una medida dirigida a las víctimas de violencia de género, lo cual resulta ser una característica que la diferencia de la anterior medida de alejamiento explicada. Cabe mencionar que, si bien cabe aplicar el alejamiento en aquellos supuestos en los cuales no cabe aplicar una orden de protección; siempre estará abierta la posibilidad de aplicar una medida de alejamiento cuando esté vigente la orden de protección.

Este tipo de orden de protección, se encuentra en el artículo 544.ter LECrim. En dicho precepto legal, se establece el procedimiento a llevar a cabo en aras de proteger a las víctimas de violencia doméstica cuando el Juez de Instrucción considere la existencia de riesgo para la integridad de dichas víctimas. Esta medida será acordada por el juez, bien de oficio, o bien a instancia de parte; es decir, a petición de la víctima, o por parte del Ministerio Fiscal.

Además, dicha orden de protección, también podrá solicitarse ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ante la autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, por parte de *“las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas”*. Una vez que se recibe, esta solicitud será remitida al juez competente en la menor brevedad.

Cabe destacar, por lo tanto, que la orden de protección no tiene que requerir el consentimiento de la víctima, y en este mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona, en un auto de 15 de noviembre de 2005, en cual se alega que *“no podemos sino confirmar las resoluciones impugnadas por los siguientes motivos: en primer lugar, no se exige consentimiento de la víctima para acordar su protección, sino que basta, como se expone con claridad en la excelente argumentación del Auto de 9 de mayo de 2004, que existan indicios racionales de puesta en peligro de los bienes jurídicos de una persona, singularmente su integridad física y psíquica, para que puedan adoptarse las medidas precisas por el Juzgado de Instrucción.”*<sup>52</sup>

Una vez recibida la solicitud, se procede al llamamiento de la víctima, del solicitante de la orden de protección, del presunto agresor y del Ministerio Fiscal, bajo la finalidad de celebrar una audiencia en la cual se clarifiquen los hechos en los que se basa la petición o solicitud de tal medida, finalizando dicha audiencia con un auto del juez.

En lo referente al contenido de la mencionada orden de protección, cabe mencionar que ésta podrá contener cualquier medida cautelar de las recogidas en la legislación penal y criminal; así como cualquier otra medida del orden civil, siempre atendiendo a principios de necesidad y proporcionalidad, y en aras de proteger a la víctima de violencia doméstica.

Una vez aprobada, la orden de protección será comunicada por el Secretario Judicial a las partes, notificando asimismo el contenido íntegro de las mismas.

Además del obligado cumplimiento de las medidas adoptadas para el cumplimiento de la orden de protección, se recoge en el mismo artículo 544.ter.9 LECrim, el deber de informar a la víctima de forma constante y continua sobre *“la situación*

---

<sup>51</sup> Vid. De la Rosa Cortina, J.M *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*. Bosch. Barcelona 2015

<sup>52</sup> JUR 2005/6513 FJ 2º

*procesal del investigado o encausado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas*". Pero la ley es más concreta, y especifica el deber de informar a la víctima de forma ágil y actualizada acerca de la situación penitenciaria del presunto agresor.

Finalmente, esta orden de protección deberá ser inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género. Cabe destacar, asimismo, que en el caso de que exista riesgo para la integridad de las personas relacionadas con el agresor que se recogen en el ya explicado artículo 173.2 CP, el Juez o Tribunal concededor del caso podrá acordar la orden de protección de la nueva víctima siguiendo el anterior proceso.

### 3.3.4 Medidas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre

En el año 2004, entra en vigor la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>53</sup>. Tal y como se explica en la Exposición de Motivos de la mencionada ley, se basa en el derecho a la vida del artículo 15 CE, que impide las torturas, tratos inhumanos o degradantes. Se trata de una ley que trata de combatir la *"violencias que se dirige contra las mujeres, por el mero hecho de serlo"*.

Pues bien, en el Capítulo IV del Título V de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se trata el tema relativo a las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas que, junto con el articulado de la LECrim ya explicado, conforman un denso elenco de medidas de protección contra las víctimas de violencia doméstica y de género.

En el artículo 61 LOMPICVG, se comienza introduciendo la compatibilidad de las medidas que se contengan en el texto legal analizado, junto con cualquier otra medida cautelar o de aseguramiento que se incorpore a la víctima por medio de procedimientos civiles o penales. Además, se añade en este artículo la obligación del Juez de pronunciarse acerca de los hijos o personas que convivan con la víctima y agresor; es decir, que en el presente caso estudiado, el Juez debería pronunciarse sobre la protección a María y a Elisa, a causa del gran riesgo que podría sufrir la integridad de la menor.

Entre las particularidades que introduce el artículo 63 de esta ley, cabe destacar la especial protección a la intimidad de las víctimas y demás personas implicadas que trata de proteger esta ley, introduciendo la posibilidad de celebrar vistas a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.

Entre las medidas a tomar, que ya han sido explicadas en el presente capítulo y en el capítulo relativo al ámbito penal, pueden mencionarse la salida obligatoria del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones (art. 64 LOMPICVG), de suspensión de patria potestad o la custodia de menores (art. 65 LOMPICVG), suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores (art. 66 LOMPICVG) o de suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas (art. 67 LOMPICVG).

---

<sup>53</sup> *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de diciembre de 2004. Núm. 313. En adelante, LOMPICVG

En el artículo 68 LOMPICVG, se recogen las garantías para la adopción de estas medidas de protección a la víctima; es decir, que deben ser tomadas atendiendo siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad, que deberán ser motivadas por el juez mediante auto, y con la intervención del Ministerio Fiscal, cumpliendo y respetando los principios de contradicción, audiencia y defensa durante todo el procedimiento.

Finalmente, se recoge en el art.69 LOMPICVG, el mantenimiento de las medidas instauradas tras la sentencia definitiva y, además, durante la tramitación de los recursos que pudieran sucederse en el tiempo, haciendo costar siempre el mantenimiento de las mismas. Este rasgo resulta claramente diferenciador de otro tipo de medidas que sí pueden verse suspendidas durante la tramitación de los recursos, bien por la escasa necesidad de su mantenimiento, o bien por la excesiva dilación que se pueda producir en los mismos.

Con respecto al mantenimiento de la medida cautelar, se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 9 de abril de 2012, alegando que *“es evidente que la ausencia de mención expresa sobre el mantenimiento de la medida cautelar en la Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal conlleva la finalización de la vigencia de dicha medida en el momento en que tal Sentencia fue dictada. En consecuencia, la falta de este pronunciamiento por parte del Juzgado determina el decaimiento de la referida medida de protección y, por ello, su pérdida de eficacia, aunque la Sentencia dictada no fuera firme y estuviera pendiente de recurso o no hubiera transcurrido el plazo legal previsto para su interposición.”*<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> JUR 2012/224234

## Conclusiones

- I. El matrimonio entre María y Marcial queda viciado de nulidad de acuerdo al artículo 47 del Código Civil, ya que todavía permanece vigente el primer matrimonio de María con Manolo. Una vez que Manolo regresa, podrá poner fin al matrimonio con María a través del divorcio, tipificado en los artículos 81 y siguientes del Código Civil.
- II. En el barco, María agrede a Manolo fuertemente en la cabeza, con lo cual, es culpable de un delito de lesiones dolosas del artículo 147 del Código Penal, en concurso con un delito de tentativa de homicidio del artículo 138 del Código Penal, al tirar a Manolo por la borda tras la agresión.
- III. La intervención telefónica que revela el delito cometido por María debe ser considerada válida, siempre y cuando éstas estuvieran siendo realizadas bajo lo estipulado en el artículo 588.ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y la investigación del delito descubierto en dicha intervención, gozará de plena validez jurídica siempre y cuando haya sido cumplido el proceso en el cual se cree una nueva investigación o proceso paralelo y diferenciado del inicial; es decir, investigación de un presunto delito de lesiones u homicidio separado de la investigación de tráfico de drogas inicial.
- IV. Marcial comete un delito de violencia doméstica tipificado en el artículo 173 del Código Penal, contra María y contra Elisa, siendo considerado autor de un delito de malos tratos continuados por el gran número de golpes que propina a ambas y que terminan con ambas víctimas hospitalizadas.
- V. Manolo podrá ejercer la acción reivindicatoria contra María, con la finalidad de que le devuelva el importe íntegro de lo que recibió por el piso de Manolo, la mitad de lo que recibió por el piso propiedad de ambos, y la mitad del dinero que existía en la cuenta bancaria de titularidad conjunta; y contra Eustaquio, quien gozaría de la condición de tercero hipotecario siempre y cuando se cumplan los requisitos incluidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

## Conclusions

- I. The marriage between María and Marcial is nullified according to article 47 of the Civil Code, because the first marriage between María and Manolo remains effective. Once Manolo is back, he will be able to put an end to his marriage with María through divorce, as typified on articles 81 and following of the Civil Code.
- II. On the boat, María fiercely attacks Manolo on the head, so she is guilty of malicious injury as said on article 147 of the Criminal Code, in conjunction with a crime of attempted manslaughter on article 138 of the Criminal Code for throwing Manolo overboard after the attack.
- III. The wiretapping investigation that reveals the crime committed by María must be considered valid, as long as it followed the rules stipulated on article 588.ter of the criminal procedure law. Besides, the investigation of the uncovered crime on that operation will have full legal validity provided that a new investigation is carried out parallel to investigate the initial operation against drug trafficking.
- IV. Marcial commits a crime of domestic violence, typified on article 173 of the Criminal Code, against María and Elisa. He is considered the author of a crime of continuous mistreatment due to the amount of blows that he hits to both of them, leading the victims to end up in hospital
- V. Manolo will be able to practice the declaratory action for the recovery of ownership against María so she gives him back the whole amount of what she received for Manolo's apartment, half of what she received for the apartment owned by both of them and half of the money in their bank account; and against Eustaquio, who would have the condition of third party as long as the requisites included on article 34 of the mortgage law are fulfilled.

# Bibliografía

- AGUILAR RUIZ,L. PIZARRO MORENO,E. *Derecho de familia*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015. pp116-127
- ÁLVAREZ LATA, N. *Curso de Derecho Civil de Galicia*. Atelier. Barcelona. 2015. pp.428-429; 449-450.
- ALVENTOSA DEL RÍO,J. DERECHO CIVIL I (Derecho de la persona). Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2016. p.131-140.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,R. *Manual de Derecho Civil*. Bercal SA. Madrid. 2008. pp.44-50
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Bercal SA. Madrid. 2011.p.169
- DE LA ROSA CORTINA, J.M *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*. Bosch. Barcelona 2015
- DE MIGUEL ASENSIO. “La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho Internacional Privado”. *Revista española de Derecho internacional*. Vol. XLVII, 1995 núm.2, pp 41-70.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J.L. *Investigación criminal. Principios técnicas y aplicaciones*. LID. Madrid. 2015
- GIMENO SENRA,V. MORENO CATENA, V. CORTÉS DOMÍNGUEZ,V. *Derecho Procesal Penal*. Colex. Madrid. 2001
- GONZÁLEZ POVEDA,P. SIERRA GIL DE LA CUESTA,I. *Derecho de Sucesiones. LA LEY*. Madrid. 2006. Pp 34-35
- GRUPO DE SALUD MENTAL DEL PROGRAMA DE ACTIVIDADES DE PREVENCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA SALUD DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA DE FAMILIA Y COMUNITARIA. “Violencia Doméstica”. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid. España. 2003

ÍAZ ALABART, S. *Comentarios del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*. 20ª Edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2015, p.30

PÉREZ ÁLVAREZ,F. ZÚÑOGA RODRÍGUEZ,L. *Instrumentos jurídicos y operativos en la lucha contra el tráfico internacional de drogas*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra.2015

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, ” *La indignidad sucesoria en el Código Civil español*”. McGraw-Hill, Madrid,1997. Pp129-139

VECINA CIFUENTES,J. *La potestad cautelar: contenido y límites*. CEJ.Estudios Jurídicos. España. 2007

VIDALES RODRÍGUEZ C. *Tráfico de drogas y delincuencia conexas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014. pp.172-182

## **Legislación**

Constitución Española de 1978 «*Boletín Oficial del Estado*», de 29 de diciembre de 1978. Núm 311, páginas 29313 a 29424

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria << *Boletín Oficial del Estado* >>, de 27 de febrero de 1946. Núm 58

Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil << *Boletín Oficial del Estado* >>, de 8 de enero de 2000. Núm. 7

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género << *Boletín Oficial del Estado* >>, de 29 de diciembre de 2004. Núm. 313

Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil << *Boletín Oficial del Estado* >>, de 11 de agosto de 2006. Núm. 191 Galicia <<*Diario Oficial de Galicia*>>, de 29 de junio de 2006. Núm. 124

Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas << *Boletín Oficial del Estado* >>, de 26 de marzo de 1988. Núm. 74. pp.9498 y ss

Ley Orgánica 10/ 1995, de 23 de noviembre, del Código Penal << *Boletín Oficial del Estado*>>, de 24 de noviembre de 1995. Núm. 281

Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal << *Boletín Oficial del Estado*>>, de 10 de junio de 1999. Núm. 138

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género << *Boletín Oficial del Estado* >>, de 29 de diciembre de 2004. Núm.313

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal << *Boletín Oficial del Estado*>>, de 17 de septiembre de 1882. Núm. 260

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil << *Boletín Oficial del Estado*>>, de 25 de julio de 1889. Núm. 206

## **Jurisprudencia**

Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil), Sentencia de 10 de abril de 1990 (RJ/1990/2712)

Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 1889/1994 de 31 de octubre de 1994 (RJ/1994/9076)

Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 2093/1994 de 28 de noviembre de 1994 (RJ/1994/9997)

Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 711/1996 de 19 de octubre de 1996 (RJ/1996/7834)

Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 628/1999 de 22 de abril de 1999 (RJ/1999/4864)

Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 1069/1999 de 23 de junio de 1999 (RJ/1999/5844)

Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 933/1999 de 25 de noviembre de 1999 (RJ/1999/8434)

Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal), Sentencia núm. 1579/2002 de 2 de octubre de 2002 (RJ/2002/10099)

Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 382/2010 de 28 de abril de 2010 (RJ/2010/5055)

Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 228/2012, de 27 de marzo de 2012. (RJ 2012/4650)

Tribunal Supremo, (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 246/2014 de 2 de abril de 2014 (RJ/2014/2861)

Audiencia Provincial de A Coruña, (Sección 1ª), Sentencia núm. 355/2012 de 29 de junio de 2012 (ARP/2012/905)

Audiencia Provincial de Albacete, (Sección 2ª), Sentencia núm. 76/2012 de 8 de marzo de 2012 (JUR/2012/130418)

Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 9ª), Auto núm. 1037/2004 de 15 de noviembre de 2004 (JUR/2005/6513)

Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 7ª), Sentencia núm. 868/2015, de 20 de noviembre de 2015 (JUR/2016/16199)

Audiencia Provincial de Jaén, (Sección 2ª), Sentencia núm. 16/2012 de 15 de febrero de 2012 (JUR/2012/159248)

Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 9ª), Auto núm. 120/2004 de 13 de mayo de 2004 (AC/2004/1203)

Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 7ª), Auto núm. 337/2012 de 9 de abril de 2012 (JUR/2012/224234)

Audiencia Provincial de Murcia, (Sección 1ª), Sentencia núm. 520/2012 de 19 de noviembre de 2012 (AC/2012/1631)

Audiencia Provincial de Murcia, (Sección 2ª), Sentencia núm. 147/2013 de 13 de junio de 2013 (JUR/2013/251393)

Audiencia Provincial de Salamanca, (Sección 1ª), Sentencia núm. 82/2012 de 17 de junio de 2013 (JUR/2013/253287)

Audiencia Provincial de Tarragona, (Sección 1ª), Sentencia núm. 241/2014 de 23 de junio de 2014 (JUR/2014/235771)