



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**

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

**Autora:**

**Goretty Fernández Lamela**

**Tutor:**

**José Antonio Portero Molina**

## ÍNDICE

<b>SUPUESTO:</b> Venta de cosa ajena y violencia doméstica.....	<b>2</b>
<b>Cuestión 1</b>	
<b>1.1</b> La declaración de ausencia y la declaración de fallecimiento.....	<b>5</b>
<b>1.2</b> Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial.....	<b>9</b>
<b>1.3</b> 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.....	<b>10</b>
<b>Cuestión 2</b>	
<b>2.1</b> El delito de homicidio y asesinato.....	<b>11</b>
<b>2.2</b> Determinar las características del delito cometido por María en el barco.....	<b>14</b>
<b>2.3</b> Aplicabilidad de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal....	<b>15</b>
<b>2.4</b> Determinar la validez de las escuchas telefónicas.....	<b>17</b>
<b>Cuestión 3</b>	
<b>3.1</b> La violencia doméstica y la violencia de género.....	<b>21</b>
<b>3.2</b> Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo de Marcial hacia María.....	<b>22</b>
<b>3.3</b> Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo de Marcial hacia Elisa.....	<b>27</b>
<b>3.4</b> Aplicabilidad de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal....	<b>28</b>
<b>3.5</b> Vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia.....	<b>30</b>
<b>Cuestión 4</b>	
<b>4.1</b> 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.....	<b>36</b>
<b>4.2</b> Especificar qué derechos ostentan cada uno sobre el inmueble citado.....	<b>40</b>
<b>Conclusiones</b> .....	<b>41</b>
<b>Bibliografía</b> .....	<b>47</b>

## **SUPUESTO DE HECHO**

### **VIOLENCIA DOMESTICA 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.

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CE	Constitución española de 1978
CP	Código Penal
CC	Código Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOVG Género	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LRC	Ley del Registro Civil
RRC	Reglamento del Registro Civil
LH	Ley Hipotecaria
TS	Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial

# CUESTIONES

## Cuestión 1

### 1.1 La ausencia legal y la declaración de fallecimiento

La ausencia legal y la declaración de fallecimiento se encuentran reguladas en el CC y en la LEC. La declaración de fallecimiento objeto de análisis en este caso, se produce en el año 2008, por lo que la ley que le será de aplicación será la vigente en aquel entonces. Por ello, los preceptos a los que se hará referencia a continuación, no tienen en cuenta la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ya que la declaración de fallecimiento es previa a ese año.

En términos coloquiales, cuando se hace referencia a que una persona está ausente tiende a entenderse que se encuentra fuera del lugar en que habitualmente mora, reside o trabaja. Sin embargo, para el Derecho, el término "ausencia" tiene una significación más concreta, entendiéndose que está ausente quien, además de encontrarse fuera del lugar en el que habitualmente desarrolla su vida ordinaria, ha desaparecido sin dejar noticias o sin comunicarse con sus familiares o allegados; es decir, de la persona desaparecida de su domicilio no se conocen o no se tienen noticias. Así, puede afirmarse que la ausencia es la institución jurídica que atiende a la situación de la persona no presente, de quien no se tienen noticias y con quien no pueden comunicar las personas con las que se relaciona jurídicamente, tanto en el ámbito personal como el patrimonial<sup>1</sup>.

Desde el punto de vista práctico, resulta evidente que la suerte del ausente o desaparecido no puede constituir una incógnita permanente y sin límite temporal alguno, ya que, desde el punto de vista del Derecho, las relaciones jurídicas atinentes al ausente y a terceros no pueden quedar indefinidamente en suspenso. A tal efecto, el Código Civil establece una serie escalonada de medidas que, comenzando por una representación interina y provisional de los intereses del ausente, puede concluir incluso con la declaración de fallecimiento del desaparecido, a partir de la cual el ausente debe ser considerado oficialmente muerto<sup>2</sup>.

La primera medida que adopta el CC ante esta situación es la posibilidad de designación de un defensor del desaparecido, para que interina o transitoriamente atienda los asuntos más urgentes atinentes a aquél. Estas medidas son calificadas unánimemente como provisionales, para acentuar su carácter transitorio, ya que están previstas para que su duración sea limitada en el tiempo: a partir del año de desaparición o de las últimas noticias, según el párrafo primero del art.183 CC, deberían verse sustituidas por las correspondientes a la situación de ausencia legal.

El mencionado nombramiento de un defensor para el desaparecido no requiere que haya transcurrido plazo alguno, siendo suficiente con la incógnita sobre la posibilidad de que el desaparecido atienda a sus propios asuntos para que pueda ponerse en marcha el nombramiento del defensor.

En lo referente a la determinación de la persona en la que ha de recaer el nombramiento, el mismo precepto establece que en primer lugar, lo será el cónyuge presente mayor de

---

<sup>1</sup> PARRA LUCÁN, M.A., "La ausencia", en DE PABLO CONTRERAS, P.(coord.), *Curso de Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la persona*, Ed. COLEX, Madrid, 2001. p.495.

<sup>2</sup> LASARTE, C., *Parte General y Derechos de la persona: Principios de Derecho Civil I*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015. p.222.

edad no separado legalmente; en segundo lugar, a falta del mismo, el pariente más próximo hasta el cuarto grado, también mayor de edad.

Una vez que haya sido nombrado, antes de empezar a ejercer sus funciones como defensor, será necesario que el mismo practique inventario de los bienes muebles y hacer descripción de los inmuebles del desaparecido, lo cual deberá de realizarse con intervención del Ministerio Fiscal. La finalidad principal de la figura del defensor es amparar y representar al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave, según se deriva del propio párrafo primero del art.181 CC. Así, el defensor contará con la representación procesal del desaparecido en toda clase de juicios o procedimientos. A mayores, si el Juez lo considera necesario para una más adecuada protección de los intereses, podrá conferir al defensor, de acuerdo con lo que se dispone en el apartado último del art.181 CC, la administración de todo o parte de los bienes del desaparecido<sup>3</sup>. El art.89 LRC establece, en su párrafo segundo, que el auto judicial por el que se nombre el defensor del desaparecido se inscribirá en la Sección 4ª (tutelas y representaciones legales), en el Registro correspondiente al lugar en el que se constituya la defensa; dicha inscripción se extenderá de oficio por testimonio judicial y abre folio registral en esa Sección, según el art.287 CC.

La situación de desaparición termina con la aparición del desaparecido, e igualmente lo hace si se comprueba la muerte del desaparecido o si se procede a su declaración judicial de ausencia o de fallecimiento, dando lugar, en consecuencia, al cese en sus funciones del defensor del desaparecido.

El nombramiento del defensor tiene carácter provisional, tal y como se ha expuesto, y puede enfocarse como un primer paso para atender a los asuntos del que presuntamente ha desaparecido, que no puede prolongarse de forma indefinida. En consecuencia, si transcurriese un determinado período de tiempo sin que reaparezca el presunto desaparecido o se tengan nuevas noticias del mismo, la mayor parte de los sistemas jurídicos tratan de promover una segunda fase, conocida doctrinalmente en el sistema español como declaración de ausencia legal. Así, a diferencia de la situación ya analizada de desaparición, en la que el elemento que determina el nombramiento de un defensor es la imposibilidad de localizar a la persona, cuando la desaparición se prolonga en el tiempo comienza a tomar cuerpo la idea de que el desaparecido puede no seguir con vida. Por ello, se permite que ante este estado de duda determinadas personas insten el nombramiento de un representante del ausente que se ocupe no ya de sus asuntos puntuales y urgentes, sino de la defensa de su patrimonio. Para que proceda el nombramiento del representante del ausente, es necesario que se den los siguientes presupuestos: en primer lugar, que una persona haya desaparecido de su domicilio o de su última residencia sin que desde esa desaparición se tengan noticias de ella; en segundo lugar, que hayan transcurrido los siguientes plazos: o bien un año desde las últimas noticias, o a falta de éstas, desde su desaparición si no hubiese dejado un apoderado, según el párrafo primero del art.183 CC, o bien tres años para el caso de que sí hubiese dejado un apoderado con facultades de administración de todos sus bienes, a tenor del párrafo segundo del art.183 CC; y en tercer lugar, que se declare judicialmente la ausencia. Dicha declaración se sustancia a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que se iniciará a solicitud de quienes están obligados a promover e instar el expediente de declaración de ausencia, de cualquier parte interesada o del Ministerio

---

<sup>3</sup> PUIG I FERROL, L./ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C./ GIL RODRÍGUEZ, J./ HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Civil: Introducción y Derecho de la persona*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001. p.275.

Fiscal. El objeto de la misma consiste en comprobar si concurren los presupuestos necesarios para declarar legalmente ausente al desaparecido, caso en el que procederá el nombramiento de representante. Es, asimismo, el CC en su art.182 el que establece quiénes son los obligados a promover esta declaración de ausencia, mencionando al cónyuge del ausente no separado legalmente o de hecho, los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y el Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia. No hay orden de preferencia, por lo que podrá hacerlo indistintamente cualquiera de ellos. Quien promueva el expediente deberá aportar las pruebas precisas para lograr acreditar la concurrencia de los requisitos del art.183 CC, y podrá, asimismo, el Juez ordenar la práctica de todas aquellas pruebas que considere oportunas en orden a obtener el convencimiento de proceder o no con la declaración de ausencia en cuestión. A continuación, el Juez emitirá Auto por el que se denegará o accederá a la declaración legal de ausencia. En el supuesto de que se proceda con la misma, en el propio Auto se designará el representante del ausente. Dicho auto es apelable en un solo efecto y el nombramiento de representante podrá también ser impugnado, tal y como establece el art.2.039 LEC. En el caso de que antes del procedimiento de declaración de ausencia legal se hubiera procedido a nombrar un representante al desaparecido, podría aquél continuar en el ejercicio del cargo.

La representación del ausente es un cargo al que le corresponde, además de la representación del ausente propiamente dicha, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y por último el cumplimiento de las obligaciones del declarado ausente, según se recoge en el art.184 CC. El mismo artículo recoge quiénes serán las personas llamadas al cargo, y en este caso sí que se establece un orden de preferencia, sin perjuicio de la posibilidad de que el Juez pueda alterarlo cuando aprecie un motivo que así lo justifique. El orden que establece el artículo mencionado es el siguiente: en primer lugar los que el art.186 CC ha dado en denominar representantes legítimos, que son el cónyuge mayor de edad no separado legalmente o de hecho, el hijo mayor de edad (si hubiese varios, el que conviva con el ausente, y de entre éstos, el de mayor edad), el ascendiente más próximo de menor edad o el hermano mayor de edad que haya convivido familiarmente con el ausente (en caso de que hubiese varios, preferencia del mayor sobre el menor). En segundo lugar, para el caso de que no existiese ninguna de las personas mencionadas, el Juez deberá nombrar a un representante dativo, según la denominación del párrafo segundo del art.185 CC, que será la persona solvente de buenos antecedentes que el Juez, oído el Ministerio Fiscal, designe a su prudente arbitrio. El cargo de representante lleva aparejado el derecho a percibir una retribución por el ejercicio del mismo.

El cargo del representante le obliga a realizar la administración de su patrimonio ajustándose, como ya se ha mencionado, a las previsiones de la Ley procesal, la cual establece que los representantes legítimos administran el patrimonio del ausente con las más amplias facultades y sin necesidad de rendir cuentas de su administración, salvo que el Juez haya considerado oportuno imponerles alguna limitación. Los representantes dativos, sin embargo, tienen limitadas sus facultades de administración, ya que sólo podrán realizar sin autorización judicial los actos cuya cuantía no sea superior a la establecida por el Juez en el auto de nombramiento y deberán rendir cuentas de su gestión al Juzgado de manera semestral.

Las facultades de disposición del representante, independientemente de que sea legítimo o dativo, están muy restringidas, como parece lógico. Sólo podrán realizar actos que impliquen transmisión o gravamen de los bienes del ausente en aquellos supuestos en



los que haya necesidad o utilidad evidente, la cual, además, deberá ser apreciada por el Juez, que será el que determine el destino de las cantidades obtenidas; de esto puede deducirse que cualquier acto de disposición que se practique sin autorización judicial tendrá nulidad absoluta. Además, los representantes legítimos tienen la posesión temporal del patrimonio del ausente, salvo que, mientras dure esa situación de ausencia, alguien pruebe su mejor derecho a la representación del ausente.

La situación de ausencia legal tampoco será indefinida en el tiempo, y podrá finalizar por las siguientes circunstancias: por la reaparición del ausente, caso en el cual se dictará auto dejando sin efecto la declaración de ausencia, recobrando aquél sus bienes en el estado en que se encuentren, tal y como establece el art.197 CC; por la prueba de muerte del ausente, la cual provocará que se abra la sucesión en beneficio de los que en el momento de su fallecimiento fuesen sus sucesores voluntarios o legítimos; o bien por la declaración de fallecimiento del declarado ausente.

Cuando la desaparición de una persona o la falta de noticias sobre la misma se prolonga en el tiempo, o si su desaparición se ha producido en circunstancias de evidente peligro para su vida, la situación se vuelve más compleja, y empieza a coger fuerza la idea de que la persona pueda haber fallecido. En ese sentido, conviene tutelar los derechos de los herederos del mismo, para dar solución a una situación de incertidumbre, aunque no pueda comprobarse certeramente su defunción. Así, se permite que se solicite la declaración de fallecimiento del desaparecido con la consiguiente apertura de su sucesión, la cual se practicará con determinadas cautelas por, precisamente, esa falta de certeza en lo referente a su defunción. La declaración de fallecimiento no requiere partir de las situaciones previamente expuestas. La iniciativa para esta declaración, de carácter voluntario, no obligatoria, podrá surgir de parte interesada o del Ministerio Fiscal. Y la declaración de fallecimiento la realizará el Juez, fijando la fecha a partir de la cual se considera fallecido al ausente<sup>4</sup>.

Los supuestos en los que procede la declaración de fallecimiento se contemplan de forma asistemática en los artículos 193 y 194 CC, y son los siguientes: transcurso de diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o a falta de éstas, desde su desaparición -párrafo primero del art.193 CC-; transcurso de cinco años desde las últimas noticias, o, en defecto de éstas, desde su desaparición si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años -párrafo segundo del art.193 CC-. En este caso, el plazo se acorta por la avanzada edad del desaparecido.

En lo referente a sus efectos, el art.195 CC establece que por la declaración de fallecimiento, cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputarse fallecido, salvo investigaciones en contrario. Por la declaración de fallecimiento cesan los efectos de la situación de defensa provisional del desaparecido o de la ausencia declarada, en caso de que se hubieran producido, y se extinguen las relaciones jurídicas que ordinariamente finalizan con la muerte de la persona<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> MORENO QUESADA, B., "Localización jurídica de la persona", en SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho Civil (I). Parte General y Derecho de la persona*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.124.

<sup>5</sup> PARRA LUCÁN, M.A., "La ausencia", en DE PABLO CONTRERAS, P.(coord.), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado, Derecho de la persona*, op.cit. p.510.

Procederá la revocación de la declaración de fallecimiento si se comprueba efectivamente la muerte del desaparecido o ausente, si se presentase o si se probase su existencia, según dispone el art.197 CC. El auto que deje sin efecto el de declaración de fallecimiento, por aparición del ausente o comprobación de su existencia, lleva implícito la aplicación de lo dispuesto en el art.197 CC. En consecuencia, recobrará éste los bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido o a los bienes que con este precio se hayan adquirido. Sin embargo, no podrá reclamar de sus sucesores las rentas, frutos ni productos obtenidos sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber fallecido.

El auto de declaración de fallecimiento y el auto que lo dejase sin efecto se deberán inscribir de oficio al margen de la inscripción de nacimiento (art.46 LRC).

En el caso concreto, el supuesto en base al cual Manolo fue declarado fallecido habría sido el de siniestro, recogido en el art.193 CC, ya que, según la versión que María dio encajaría en tales circunstancias, por lo que su declaración de fallecimiento habría tenido lugar a los tres meses del supuesto siniestro.

## **1.2 Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial**

En base a todo lo expuesto anteriormente, se entiende que la declaración de fallecimiento produce una serie de efectos de diferente índole, abarcando también sus relaciones familiares y personales, incluyendo, por tanto, el matrimonio del declarado fallecido.

En lo referente al matrimonio, el mismo se encuentra regulado en el Título IV del Código Civil. Más concretamente, en el Capítulo II del mencionado título se recoge la regulación referente a los requisitos del matrimonio. Así, según los arts.44 y siguientes CC, el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo. No pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados, o los que estén ligados con vínculo matrimonial<sup>6</sup>, así como tampoco pueden contraer matrimonio entre sí los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado o los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal<sup>7</sup>. De este modo, aquellos quienes cumplan los requisitos enunciados anteriormente, podrían contraer matrimonio legítimamente, según los cauces que el propio Código Civil prevé en los artículos siguientes a los mencionados anteriormente.

Ahora bien, el matrimonio de María y Manolo cuenta con la peculiaridad de que éste ha sido declarado fallecido, por lo que será necesario analizar los efectos de dicha declaración en lo relativo al vínculo matrimonial. Así, estando el declarado fallecido casado, la declaración de fallecimiento produce la disolución de su matrimonio, sea cual fuere la forma de su celebración, tal y como establece el art.85 CC, por lo que quien fue su cónyuge hasta la declaración de fallecimiento puede volver a contraer matrimonio. Por ello, parece acertado concluir que María podría contraer nuevo matrimonio legítimamente, ya que al haber sido declarado su primer marido fallecido judicialmente, se encontraría en la misma situación que si éste hubiera fallecido efectivamente o si se

---

<sup>6</sup> Art.46 CC.

<sup>7</sup> Art.47 CC.

hubiesen divorciado, quedando disuelto el vínculo matrimonial que los unía, y quedando ella en total libertad para contraer nuevo matrimonio.

### **1.3 Acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste**

Tal y como se ha visto, uno de los efectos específicos de la declaración de fallecimiento, es el de su repercusión en el matrimonio: la declaración de fallecimiento lo disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, lo mismo que lo hace la muerte de uno de los cónyuges y el divorcio<sup>8</sup>. En el supuesto de que Manolo reapareciese y tuviese la voluntad de poner fin a su matrimonio con María, la situación quedaría resuelta en virtud de lo expuesto anteriormente. Así, el vínculo matrimonial entre ambos habría quedado disuelto en el momento en el que se produce la declaración de fallecimiento de Manolo, según lo que dispone el art.85CC, ya mencionado, el cual establece que el matrimonio se disolverá, cualquiera que fuese su forma de celebración por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, o por divorcio.

Es decir, el momento en el que Manolo reapareciese, su matrimonio con María ya se encontraría disuelto (así desde el momento en que se procedió a declararlo fallecido), por lo que éste no contaría con ninguna acción concreta para finalizarlo, ya que no habría matrimonio alguno que disolver.

En conclusión, la muerte necesariamente extingue -disuelve- la relación jurídica matrimonial. Asimismo, por equiparación a la muerte, la extingue la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges; una vez declarado jurídicamente el fallecimiento, cesa total y definitivamente la eficacia del matrimonio, éste queda extinguido. Y si el declarado fallecido resulta estar vivo y regresa, su matrimonio ya está disuelto y tendrá que aceptar tanto su nuevo status como el de su cónyuge, que puede permanecer como viudo, o casado con tercera persona, o bien, incluso, si quieren reanudar su vida conyugal, deberán contraer de nuevo el matrimonio<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> MORENO QUESADA, B., "Localización jurídica de la persona", en SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho Civil (I), Parte General y derecho de la persona*, op.cit. p.125

<sup>9</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1996. p.129

## Cuestión 2

### 2.1 El delito de homicidio y de asesinato

La regulación del homicidio y del asesinato sufrió sustanciales reformas con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En su regulación actual, el artículo que regula el homicidio prevé que los hechos sean castigados en su mitad superior cuando concorra alguna de las circunstancias del art.140 CP, o cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550 CP. Asimismo, el artículo que regula el asesinato en su redacción actual, prevé que la pena de prisión sea de quince a veinticinco años. Además, prevé como nueva circunstancia el realizarlo para facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra, y establece, además, que cuando concorra más de una de las circunstancias se impondrá la pena en su mitad superior, circunstancia que previamente se regulaba en el art.140 CP. Finalmente, como última modificación relevante en esta materia, el nuevo art.140 CP establece que el asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando la víctima sea menor de dieciséis años o especialmente vulnerable; cuando el hecho sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual y cuando el delito se cometa por quien pertenece a un grupo u organización criminal, y establece en el apartado siguiente que al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En relación con el caso que nos ocupa, y la acusación de asesinato que se expondrá a continuación que procederá, es necesario determinar cuál será la norma penal aplicable al caso. En este sentido, la Disposición Transitoria Primera del CP establece que "*los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de este Código se juzgarán conforme al cuerpo legal y las demás leyes penales especiales que se derogan. Una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mismo son más favorables para el reo, se aplicarán éstas*". Es decir, en el caso del asesinato, procederá a juzgarse por la norma penal que lo regulaba en el año 2010, ya que se preveía una pena de entre quince y veinte años, y en el actual, tras la reforma del 2015, esta pena es de quince a veinticinco años, siendo el tiempo de la pena lo determinante a la hora de valorar si es más favorable o menos, tal y como establece la Disposición Transitoria Segunda.

El homicidio puede entenderse como el acto que le cause la muerte a otra persona. El delito de homicidio se encuentra regulado en el Título I del Libro II del CP, estableciendo el art.138 CP que *el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años*. En este delito, el bien jurídico protegido es la vida humana, que ha sido objeto de reconocimiento constitucional en el art.15 CE y que es, además, el soporte ontológico del resto de los derechos fundamentales de la persona. En este delito contra la vida independiente, coincide el sujeto pasivo y el objeto material, es decir, el titular del bien jurídico protegido y el cuerpo sobre el que recae la acción son coincidentes. Y como sujeto activo, en el delito de homicidio puede serlo cualquier persona, ya que es un delito común, y carece el tipo penal de una exigencia adicional respecto a la calidad o características personales del autor. El homicidio es un tipo de prohibición de resultado, esto es, un delito de resultado material sin medios de acción legalmente determinados, de forma que es indiferente la manera en la que se produzca el resultado de muerte. Sin embargo, será siempre que no se empleen los medios previstos en el art.139 CP, ya que entonces estaríamos ante un delito de asesinato, que se analizará a continuación.

El art.139 CP establece que se castigará como reo de asesinato con la pena de prisión de quince a veinte años al que matare ahora concurriendo las circunstancias que enumera, que son la alevosía; el precio, recompensa o promesa; y el ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

La muerte de una persona a consecuencia de la acción realizada por otra, valiéndose de medios especialmente peligrosos o revelando una especial maldad o peligrosidad, ha sido tradicionalmente castigada más severamente que el simple asesinato<sup>10</sup>.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en general, tienen la función de vincular la decisión judicial de determinación de la pena a la ley. En el asesinato, sin embargo, adquieren una mayor importancia porque la ley les otorga un mayor relieve, no solo a la hora de determinar la pena, sino dando lugar a la aplicación de una figura de la Parte Especial autónoma<sup>11</sup>. La ley describe una pluralidad de comportamientos adicionales al nuclear de matar. La especificidad de este delito frente al homicidio reside en que al hecho común de matar a otro, viene a añadirse la presencia de alguna de las circunstancias cualificativas que se han enumerado en el art.139 CP. Para comprender el alcance de las mismas, es necesario proceder con su exposición:

-La alevosía: la doctrina ha entendido de forma prácticamente unánime que la alevosía a la que se refiere el art.139 CP es coincidente con la genérica que se recoge en el apartado primero del art.22 CP, que recoge las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. Dicho precepto entiende que habrá alevosía cuando el culpable comete el delito empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. En base a esta explicación, puede deducirse que para que se pueda apreciar la alevosía deben concurrir tres elementos. En primer lugar, "medios, modos o formas en la ejecución" que tiendan a un determinado objetivo. En segundo lugar, que tiendan directa y especialmente a asegurar la ejecución de riesgo para el autor, es decir, asegurar la ejecución del delito evitando todo riesgo en la ejecución para el autor que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido, y en ningún caso el que pudiera proceder de la actuación de terceras personas. En tercer lugar, que el autor conozca los medios de aseguramiento y quiera utilizarlos, exigiéndose por tanto, para que haya alevosía, que el autor los conozca y desee emplearlos, no bastando con que el autor utilice determinados modos alevosos de ejecución del hecho, sino que es necesario que, además, conozca que son medios de asegurar dicha ejecución y quiera, por ello, utilizarlos con esa finalidad<sup>12</sup>. En este sentido, lo decisivo será que el autor se proveche y emplee los medios mencionados para impedir la defensa de la víctima, siendo indiferente que el propio autor los haya buscado por sí mismo o que le hayan venido previamente dados y organizados por otro sujeto. En línea con este razonamiento, la jurisprudencia del TS ha venido entendiendo que la muerte de seres indefensos, como niños, ancianos o impedidos, ha de reputarse siempre alevosa. Cuestión distinta es la que se suscita en los estados de inconsciencia, como personas dormidas o ebrias; aquí se reconoce comúnmente la posibilidad de

---

<sup>10</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. p.48.

<sup>11</sup> CARBONELL MATEU, J.C./ GONZÁLEZ CUSAAC, J.L., "Homicidio y sus formas (II)", en VIVES ANTÓN, T.S./ ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J.C./ GONZÁLEZ CUSAAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p.70.

<sup>12</sup> GANZENMÜLLER, C./ ESCUDERO, J.F. /FRIGOLA, J., *Homicidio y asesinato*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996. p.200-201.

aplicar la alevosía, sobre todo cuando la situación ha sido provocada por el autor, suministrándole un narcótico a la víctima o esperando a que ésta se duerma para matarla. Se entiende que, generalmente, el autor utilizará los medios alevosos ya desde el principio, pero es indudable que la alevosía puede aparecer en cualquier momento de la ejecución del hecho<sup>13</sup>. En definitiva, de lo antes expuesto se desprende que la esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados, y debe el actor conocer los efectos que aquéllos van a producir en la supresión de las posibilidades de defensa del agredido<sup>14</sup>. Siendo pues, el núcleo de la alevosía el aniquilar las posibilidades de defensa, tres son las modalidades admitidas jurisprudencialmente: la proditoria o traicionera, si concurre trampa, emboscada o traición, y que es la forma más comúnmente identificada con lo que es la alevosía; la sorpresiva, acción súbita o inopinada como equivalente a la acción imprevista, fulgurante o repentina; y la alevosía por desvalimiento, como característica genuina de la cobardía común<sup>15</sup>. La opinión mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia considera que la alevosía incrementa la gravedad del injusto, de ahí que se castigue con mayor rigor que para el supuesto de que no concurra.

-Precio, recompensa o promesa: se corresponde con la recogida en el apartado tercero del art.22 CP, aunque en el art.139 CP se sustituye la expresión "mediante" por la de "por", acentuándose, de este modo, el carácter motivador de esta circunstancia. No basta con la mera concurrencia de un precio, recompensa o por promesa en la ejecución de la muerte, sino que debe ser precisamente la entrega u ofrecimiento de la retribución lo que motive en el ejecutor material la resolución de llevar a cabo el delito, por lo que esta circunstancia no podría apreciarse si el autor estaba ya decidido a ejecutar el hecho con anterioridad al ofrecimiento. Especialmente problemática es la bilateralidad de la circunstancia, es decir, si tanto el inductor que ofrece el precio como el autor que obra impulsado por dicho ofrecimiento, responden por delito de asesinato, o bien si dicha figura delictiva es de aplicación exclusiva al autor, respondiendo el inductor por homicidio. En los últimos tiempos el TS se ha inclinado por esta segunda interpretación y entiende que la bilateralidad comporta una infracción del principio *non bis in ídem* cuando el precio es el único instrumento de la inducción, ya que considerarlo nuevamente a efectos de agravar la pena, pasando del homicidio al asesinato, supondría una doble valoración de un mismo elemento<sup>16</sup>.

-Ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido: se corresponde con el apartado quinto del art.22 CP. Consiste en causar a la víctima sufrimientos que sean innecesarios para la ejecución del delito. El sentido de la agravación que el ensañamiento representa, debe basarse en que efectivamente el sujeto activo no sólo quiera matar, sino hacer sufrir a la víctima, por ejemplo, torturándola

---

<sup>13</sup> GRACIA MARTIN, L./ VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. p.125.

<sup>14</sup> CARBONELL MATEU, J.C./ GONZÁLEZ CUSAAC, J.L., "Homicidio y sus formas (II)", en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSAAC, J.L./ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal, Parte Especial*, op.cit. p.74.

<sup>15</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2008. p70.

<sup>16</sup> FELIP I SABORTIT, D., "El homicidio y sus formas", en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.)/ RAGUÉS I VALLÉS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011. p. 38.

previamente, sin que ello sea estrictamente necesario para conseguir su propósito. Los casos de humillación y vejación de la víctima y la causación de dolor moral, entran también en el concepto de ensañamiento, y por tanto, si van seguidos de la ejecución de la muerte, ésta se debe calificar de asesinato<sup>17</sup>. Doctrina y jurisprudencia entienden que esta circunstancia sólo será aplicable cuando la víctima está con vida y consciente, dado que de lo contrario, no existiría el dolor característico de la agravante. De ahí no cabe afirmar que el descuartizamiento deliberado del cadáver pueda fundamentar la apreciación de la agravante de ensañamiento a los efectos de integrar el delito de asesinato.

En comparación con el homicidio, el asesinato es un ataque más grave al bien jurídico vida humana independiente por razones objetivas: por su mayor peligrosidad al facilitarse la realización del delito, en el caso de la alevosía y el precio, y por ocasionarse daños adicionales especialmente desvalorados, con el ensañamiento. Sin embargo, debe subrayarse que en la jurisprudencia y parte de la doctrina coexisten, a veces de forma algo confusa, justificaciones mixtas o estrictamente subjetivas. Según éstas, la mayor gravedad del asesinato no radica (o no sólo) en un mayor contenido de injusto objetivo, sino en que el autor de un asesinato manifiesta una actitud interna especialmente reprochable. Así, en el caso de ensañamiento, por expresar un especial desprecio hacia la vida y dignidad humana; en la alevosía, por evidenciar una actitud de cobardía o deslealtad; y en el precio, por ser singularmente reprochable que tal móvil impulse dicha acción<sup>18</sup>.

En cualquier caso, dado que las circunstancias referidas son agravaciones específicas, su presencia en un hecho provoca siempre la aplicación del marco penal correspondiente al asesinato, mientras que el riesgo de factores implicados en la determinación de la pena, como el grado de ejecución, participación, eximentes y circunstancias modificativas genéricas deben aplicarse separadamente y con posterioridad.

El tipo subjetivo está integrado por el dolo. La doctrina descarta la posibilidad de realizar el asesinato con dolo eventual, por entender que las circunstancias que califican el delito de asesinato implican una voluntad dirigida directa y finalísticamente a la producción del resultado de muerte, y, a este respecto, la jurisprudencia del TS, a pesar de que no es del todo uniforme, tiende a no admitirla, en tanto en cuanto las circunstancias mencionadas en el art.139 CP exigen claramente la intención de matar.

## **2.2 Determinar las características del delito cometido por María en el barco**

Según la narración de la propia María, cuando están a bordo del barco, Manolo le confiesa su intención de terminar con el matrimonio, ya que 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.

En consecuencia, y en base a todo lo hasta aquí expuesto, el delito del que María sería acusada es el de asesinato. Ello se deriva de la clara apreciación de la alevosía, la cual concurre en el momento en el que lo golpea fuertemente y lo tira por la borda del barco. Esto es así, ya que tanto el golpe, en primer lugar, como empujar a la víctima al mar,

---

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal Parte Especial*, op.cit. p.54.

<sup>18</sup> FELIP I SABORIT, D., "El homicidio y sus formas", en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.)/ RAGUÉS I VALLÉS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, op.cit. p35.

son medios o formas de ejecución que tienden a asegurar la misma, así como a evitar cualquier posible defensa por parte de la víctima, ya que encontrándose la misma aturdida tras el golpe, es arrojada al mar, donde le sería complicado poder defenderse o escapar a dicha situación de riesgo. A mayores, María abandona el lugar con la creencia de que, efectivamente, ha terminado con la vida de su pareja, por lo que se entiende que el estado en el que lo dejó hacía prever que la muerte de la misma estaba casi garantizada.

Cabe mencionar en este punto que, tras la reaparición de Manolo, se constata que el delito no ha sido consumado, por lo que María sería acusada de un delito de asesinato en grado de tentativa, la cual se recoge en el art.16 CP, estableciendo que *"hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes a la voluntad del autor"*. Ésta es la situación de María, ya que su voluntad era la de terminar con la vida de su cónyuge, y prueba de ello son, tanto el fuerte golpe que le propina en la cabeza, como el hecho de arrojarlo posteriormente al mar.

Por todo ello, se concluye, María sería acusada de tentativa de asesinato.

### **2.3 Aplicabilidad de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal**

Se podría apreciar, en tal sentido, la agravante de circunstancia mixta de parentesco. El art. 23 CP recoge dicha circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y establece que dicha circunstancia podrá agravar o atenuar la responsabilidad, en función de la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, así como que el agraviado sea o haya sido cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente o descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente. Así, dicha circunstancia opera efectos agravatorios o atenuatorios de la responsabilidad criminal según en el hecho punible en la que concurra. Según reiterada jurisprudencia del TS, en relación con la naturaleza del delito, esta circunstancia mixta de parentesco debe operar como agravante cuando se trate de delitos contra las personas o contra la libertad sexual, mientras que en los de contenido patrimonial su apreciación adecuada sería la de atenuante<sup>19</sup>.

El propio TS ha venido estableciendo cuáles son los requisitos para entender que pueda concurrir esta circunstancia como agravante en estos delitos, y en su STS 1153/2006 establece que ésta misma resultará aplicable cuando, atendiendo al tipo delictivo, la acción en cuestión merezca un reproche mayor o menos del que generalmente procede, a causa de esa relación parental que exista. Entiende también que en los delitos contra las personas, como es el caso, su carácter de agravante no está basado en la existencia de un supuesto cariño entre agresor y víctima, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la ley dirigido a evitar esa clase de conductas en esos casos. En la misma línea, la STS 147/2004 ha establecido con carácter previo que *"la justificación del incremento de la pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y el grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando solo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque*

---

<sup>19</sup> STS nº 370/2003, de 15 de marzo, Sala 2ª, de lo Penal, FJ tercero.



*como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión".*

En conclusión, dicha circunstancia debería aplicarse en el supuesto de María, ya que reúne todos los requisitos necesarios para entender la concurrencia y aplicabilidad de la misma.

Finalmente, es necesario, en este punto, pronunciarse con respecto a la obcecación que invade a María en el momento de realización del acto. El apartado tercero del art.21 CP recoge como circunstancia atenuante la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. En relación directa con este concepto, se pronuncia el TS por vez primera en la STS de 7 de diciembre de 1993, en su Fundamento de Derecho Cuarto, estableciendo que el fundamento de dicha atenuante se halla en la disminución de la imputabilidad que se origina en un sujeto sometido a esa tensión anímica, y establece, asimismo, que son dos los requisitos que la integran, ambos ligados entre sí por una relación de causa a efecto. El primero de ellos sería la existencia de los estímulos poderosos o las causas trascendentales como desencadenantes del anormal proceder, y el segundo de ellos es la concurrencia del arrebato en sí, de la pasión como efecto del estímulo. El TS diferencia entre arrebato y obcecación, entendiendo que el primero es una especie de conmoción psíquica de furor, y el segundo un estado de ceguera y ofuscación. Se diferencian también en base a criterios temporales, y así, el arrebato es una emoción súbita y de corta duración, y la obcecación es más duradera y permanente; la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa<sup>20</sup>. En el caso de María se hace referencia a una obcecación, cuando, quizás sería más acertado hablar de arrebato, por ser algo súbito, una explosión incontrolada que es más propia del arrebato según el TS. En cualquier caso, para apreciar la concurrencia de esta atenuante, es necesario que se constate la existencia de estímulos o causas generalmente procedentes de la víctima que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Así, el TS<sup>21</sup>, ha establecido que es en este sentido en el que ha de ser entendida la exigencia relativa a la proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia, y de la voluntad que acompaña a la acción. Si la reacción resulta absolutamente discordante, por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación. En la misma línea, el mismo Tribunal viene a entender que es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales estímulos repudiados por la norma sociocultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto sentido ético ya que su conducta y sus estímulos no pueden ser amparados por el Derecho cuando se apoyan en una actitud antisocial reprobada por la conciencia social imperante, que en esta relación de causa o afecto entre el estímulo desencadenante y la conducta ha de darse una conexión temporal y que cualquier reacción colérica que las que, con frecuencia, acompañan a estas acciones delictivas, no basta para la estimación de la atenuante<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> STS nº 2085/2001, de 12 de noviembre, Sala 2ª, de lo Penal, FJ quinto.

<sup>21</sup> STS nº 1147/2005, de 13 de octubre, Sala 2ª, de lo Penal, FJ cuarto.

<sup>22</sup> STS nº 357/2005, de 20 de abril, Sala 2ª, de lo Penal, FJ décimo séptimo.

Por todo ello, lo más acertado parece ser no aplicar dicha atenuante, ya que en caso de hacerlo, se estaría abriendo la puerta a atenuar la responsabilidad indiscriminadamente cuando se alegue la concurrencia de esta circunstancia, y en este caso en concreto, no concurren los requisitos necesarios, ya que la reacción es completamente desproporcionada al hecho motivador, y carente de cualquier sentido ético.

#### **2.4 Determinar la validez de las escuchas telefónicas**

Una de las medidas que es posible adoptar para la investigación penal es la intervención de las comunicaciones telefónicas. Es una diligencia de investigación, acordada por la autoridad judicial en fase de instrucción, ejecutada bajo el control y supervisión del órgano jurisdiccional competente, y acordada con el objeto de captar el contenido de las comunicaciones del sospechoso o de otros aspectos del "iter" comunicador, con el fin inmediato de investigar un delito, sus circunstancias y autores, y con el fin último de aportar al juicio oral materiales probatorios, bien frente al imputado, bien frente a otros con quien éste se comunique.

La intervención de las comunicaciones afecta a uno de los derechos consagrados institucionalmente, que es el secreto de las comunicaciones, recogido en el art.18.3 CE, que está conectado directamente con el derecho a la intimidad. En este sentido, el TS se ha pronunciado en numerosas sentencias con respecto al alcance del derecho en cuestión, entendiendo que el secreto al que hace referencia el precepto abarca no sólo el proceso de comunicación, sino también su contenido y la identidad subjetiva de los interlocutores. Además, entiende el TS que *sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de "comunicación", la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados) ajenos a la comunicación misma*<sup>23</sup>. Esta conexión tan estrecha con un derecho fundamental obliga a extremar las precauciones a la hora de realizar su interceptación, para lograr así el equilibrio necesario entre la actividad de investigación de las acciones delictivas, y el respeto al conjunto de los derechos de la persona. Esta realidad ha llevado a consagrar internacionalmente su status de derecho fundamental y a crear unas garantías que configuren su observación como una técnica excepcional sólo utilizable como última ratio en la investigación criminal. Esta doble vertiente ha sido acogida en los acuerdos multilaterales firmados para el reconocimiento universal de los derechos fundamentales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos -art.12-, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos -art.7- y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales -art.8-. En concreto, el art.8.2 de este último, en concordancia con el artículo 6, señala que la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones privadas cede ante determinados valores que en una sociedad democrática hacen necesario en casos individualizados la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones, como puede ser la investigación de los hechos delictivos, siempre bajo la tutela y garantía del Poder Judicial, debiendo por tanto ser un órgano jurisdiccional independiente quien, de forma razonada y previa ponderación de la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la medida, acuerde la intervención de las comunicaciones telefónicas a través del cauce previsto en las normativas internas.

La LECrim vigente en el momento de producción de las escuchas, recoge en su art.579.2 que *el juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia*

---

<sup>23</sup> STC nº 144/1984, de 29 de noviembre, FJ séptimo.

*importante de la causa* , y establece asimismo, en el art.579.3 que *el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.*

Debido a la escasa precisión y a lo incompleto de este precepto, ha sido el TS el encargado de definir, a golpe de sentencia, los requisitos necesarios para que las intervenciones telefónicas puedan producirse conforme a la ley. Así, ha venido señalando en reiteradas resoluciones los requisitos que siguen: a) La exclusividad jurisdiccional en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Es decir, solamente podrán acordar esta medida las autoridades judiciales, y deberá ser ejecutada bajo el control y orden del órgano jurisdiccional competente, tal y como se establece en la propia LECrim; b) La finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones para establecer la existencia de un delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo, como recoge el TS en su STS 5813/1994, de 12 de septiembre; c) La excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones. Esta condición deriva directamente de esa necesidad constitucionalmente reconocida de respetar el derecho de las personas al secreto de las comunicaciones, por lo que la excepcionalidad es uno de los valores sobre los que más énfasis se hace a la hora de establecerlo como requisito exigible, tal y como ha establecido el Auto de 1992; d) La proporcionalidad de la medida que sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves en los que las circunstancias que concurran y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida. La medida debe de ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como puede ser la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles y además, idónea e imprescindible para la investigación de los mismos, según ha establecido el TS<sup>24</sup>; e) La limitación temporal de la utilización de la medida interceptadora de las comunicaciones telefónicas. El mencionado art.579.3 LECrim establece períodos individuales trimestrales, y es destacable en este sentido, que la intervención no podrá prorrogarse nunca de manera indefinida o excesiva, porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal fuese cual fuese la naturaleza y gravedad del delito investigado; f) La especialidad del hecho delictivo que se investigue, pues como se desprende del ya mencionado Auto de 1992, no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos; g) La medida recaerá, además, únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares del teléfono o sus usuarios habituales<sup>25</sup>; h) La existencia previa de indicios de la comisión del delito y no meras sospechas o conjeturas<sup>26</sup>, de tal modo que se cuenta con noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de la existencia del mismo, así como de que mediante las intervenciones se pueda llegar a conocer los autores del ilícito; i) La

---

<sup>24</sup> STS nº 988/2003, de 4 de julio, Sala 2ª, de lo Penal, FJ primero.

<sup>25</sup> STS de 25 de junio de 1993, Sala 2ª, de lo Penal, FJ primero.

<sup>26</sup> STS de 18 de abril de 1994, Sala 2ª, de lo Penal, FJ octavo.

existencia previa de un procedimiento de investigación penal, aunque cabe que sea la intervención de las telecomunicaciones la que ponga en marcha un verdadero procedimiento criminal, pero sin que puedan autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación de éste<sup>27</sup>; j) Que la resolución judicial que acordando la intervención telefónica se halle suficientemente motivada, lo cual exige que el Juez proporcione una explicación razonada y razonable de acuerdo con la Ley y con los principios constitucionales, en la cual se recoja la explicitación de los indicios sobre cuya base se adopte la medida<sup>28</sup>; k) La exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención<sup>29</sup>.

Una vez expuestos los requisitos en cuestión, puede entenderse que en aquellos supuestos en los que los mismos concurren, las intervenciones telefónicas gozarían de plena validez y legitimidad.

Ahora bien, y en relación con este caso concreto, especial atención merecen los llamados descubrimientos o hallazgos ocasionales o casuales, esto es, la aparición de hechos delictivos nuevos no incluidos en la resolución judicial habilitante de la medida de intervención telefónica y que salen a la luz cuando ésta se está llevando a efecto. Estos nuevos hechos delictivos, puede suceder que tengan relación con el hecho criminal investigado, en cuyo caso se hablaría de delitos conexos que es necesario investigar y enjuiciar en la misma causa, o bien que sean delitos autónomos e independientes, produciéndose una especie de novación del tipo penal investigado. La forma de proceder en estos casos ha sido establecida en el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, que señala en su Fundamento de Derecho sexto que *respecto al problema de la divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga (...), basta con que en el supuesto de comprobar el funcionario de policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación a través de interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que se dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente*. En consecuencia, esta resolución declara incorrecto el mantenimiento de la intervención telefónica, con vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por no haberse dictado una nueva y expresa autorización judicial, ya que el Juez, al producirse los hallazgos casuales, debería haber valorado las infracciones individualmente.

Ésta es la línea mantenida por el TS en sus numerosos pronunciamientos con respecto a estos hallazgos casuales. Entiende que no puede renunciarse a investigar la "notitia criminis" incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquélla sea mero punto de arranque<sup>30</sup>. También la mantenida por el TC, que viene entendiendo que si de las conversaciones que se efectúan la policía deduce la posible existencia de un delito, debe ponerse inmediatamente de manifiesto al Juez ese inesperado dato<sup>31</sup>.

Partiendo de esta premisa se puede establecer un doble criterio de actuación. Una vez que el Juez tenga conocimiento del hallazgo casual de un hecho delictivo distinto al

---

<sup>27</sup> STS de 25 de junio de 1993, Sala 2ª, de lo Penal, FJ primero.

<sup>28</sup> STC nº 86/1995, de 6 de junio, Sala 1ª, FJ tercero.

<sup>29</sup> STS de 18 de abril de 1994, Sala 2ª, de lo Penal, FJ octavo.

<sup>30</sup> STS de 11 de octubre de 1994, Sala 2ª, de lo Penal, FJ primero.

<sup>31</sup> STC nº 49/1996, de 26 de marzo, Sala 1ª, FJ cuarto.

investigado, la solución dependerá de que se trate de un delito relacionado con el inicialmente investigado, esto es, que exista conexidad entre ambos, o, por el contrario, se trate de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior. En el primer caso, deberá darse una orden judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica y proseguir la investigación en la misma causa; por el contrario, en el segundo supuesto, el Juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar la oportuna causa, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se prosiga una investigación diferente de la que ha sido el mero punto de arranque.

En consecuencia, en el caso concreto que nos ocupa, las escuchas telefónicas en las que se escucha a María decir que ha asesinado a Manolo, podrían servir como punto de partida para, efectivamente, terminar por acusarla de asesinato, ya que según es de notorio conocimiento a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aquí se ha expuesto, no puede darse la espalda a un hecho delictivo y a su correspondiente sanción. Por ello, debería procederse a poner el hallazgo casual en conocimiento del juez, el cual debería dictar una autorización judicial para incoar la oportuna causa, abriendo una nueva investigación para el descubrimiento de ese nuevo delito conocido de forma casual. En el momento de producción de los hechos, ésta sería la forma idónea de actuar, tal y como venía estableciendo el TS por aquel entonces. Sin embargo, en la actualidad, y tras la reforma del año 2015, es la propia LECrim la que ha pasado a recoger este proceder en su art.579 bis -introducido por el apartado doce del artículo único de la L.O 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica-, en el cual se recoge el procedimiento a seguir en estos supuestos en los que aparecen evidencias probatorias no buscadas y relativas a la comisión de ilícitos penales ajenos a aquellos que fundamentaron la práctica de la diligencia de prueba en la que son advertidas, o cometidos por persona distinta a la investigada, y el art.588 bis i LECrim establece que será de aplicación también para las intervenciones telefónicas, por lo que en la actualidad la base para proceder con esas actuaciones se derivaría del precepto mencionado, y no solamente de la jurisprudencia, como en el caso en cuestión.

Esto quiere decir que las escuchas a las que en el supuesto práctico se hace referencia - las de la conversación de María con su amiga, que están interceptadas con motivo de una investigación por tráfico de drogas a Marcial- no valdrían para acusar a María de asesinato, ya que la forma de proceder es dar cuenta al juez de esa nueva circunstancia, de ese nuevo presunto delito, en tanto en cuanto aparenta una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente la adopción de medidas de investigación, para que de ese modo, se deduzca testimonio para que se inicie el correspondiente proceso. Así, una vez se dé cuenta al Juez, éste, valorando lo que corresponda, decidirá lo que proceda, y abrirá, en su caso, una nueva investigación para descubrir el delito de asesinato que María ha cometido, y cuyo conocimiento indiciario se produce en las escuchas referidas.

## Cuestión 3

### 3.1 Violencia doméstica y violencia de género

La violencia de género, a pesar de haberse constituido como un fenómeno invisible durante décadas, es una clara manifestación de la desigualdad y subordinación de los hombres sobre las mujeres. Diferentes organismos de carácter internacional han llevado a cabo en los últimos años una ardua tarea de lucha contra esta situación. Así, la Declaración sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, de Naciones Unidas (Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993), entre muchas otras que se han pronunciado al respecto<sup>32</sup>, la cual entiende, en su art.1, la violencia sobre la mujer como *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.*

Tomando como referencia las reflexiones internacionales entorno a esta cuestión, y a raíz del convencimiento de la necesidad de regular dicha situación, España procede a aprobar la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta ley, en su art.1.1 define la violencia de género como aquella que *como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, comprendiendo todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.* Sin embargo, este concepto no puede configurarse como un concepto jurídico penal, sino en un sentido mucho más amplio<sup>33</sup>.

Así, el concepto de violencia de género recogido en el seno de la Ley 1/2004, se caracteriza por ser el hombre quien la ejerce; ser la mujer quien la padece en un determinado ámbito como es el de la relación conyugal o relación de análoga afectividad, aun sin convivencia, presente o pasada; suponer el ejercicio de cualquier acto de violencia castigado en nuestro CP, y ser manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres<sup>34</sup>. A pesar de que en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer se identificara en su art.1 la violencia de género con "*todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado [...], tanto si se producen en la vida pública como en la privada*", el legislador del 2004 se inclinó por excluir, deliberadamente, del amparo de esta normativa, todas aquellas manifestaciones de violencia ajenas al constreñido ámbito de las relaciones afectivas. De tal modo que

---

<sup>32</sup> La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en su recomendación general nº19, afirmaba, en 1993, que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

<sup>33</sup> La Circular 4/2005 de la FGE señala "*la declaración del artículo primero no ha de entenderse tanto como la definición de un concepto jurídico-penal nuevo, sino como un concepto social y cultural más amplio que recoge la definición consolidada internacionalmente de lo que es violencia de género, aunque a diferencia de las instituciones supra nacionales y autonómicas, la circunscribe, por los motivos anteriormente expuestos, a la relación específica de pareja*".

<sup>34</sup> BODOVA PASAMAR, M.A./ RUEDA MARTÍN, M.A., *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Ed. Atelier, 2006, p.17.

bajo esta concepción permanecerían excluidos, por ejemplo, actos de violencia ejecutados sobre mujeres, tales como madres o hijas del agresor, acometidos como instrumento de dominio y sumisión al servicio de la histórica desigualdad entre hombres y mujeres. Esta restricción, colisiona con la propia concepción de violencia de género de la Ley, entendida como aquella ejercida contra las mujeres *por el hecho mismo de serlo*, tal y como se señala en el Preámbulo de la Ley<sup>35</sup>.

En el artículo 2 del Título Preliminar de la Ley se encuentran recogidos los fines que persigue esta norma. Aunque la finalidad genérica sea prevenir, sancionar y erradicar la violencia sobre la mujer, y prestar a ésta todo tipo de ayuda, debe señalarse que bajo la rúbrica de los principios rectores que establece el artículo 2, se puede concluir que, en concreto, con las medidas previstas en esta norma se pretende en primer lugar, otorgar a las víctimas de la violencia de género la asistencia íntegra y necesaria para poder recuperarse en todos los aspectos, concediéndole información y asesoramiento completo de todos los servicios y derechos que le son reconocidos; en segundo lugar, conseguir la especialización y coordinación de los distintos profesionales que intervienen en todos los niveles; y en tercer lugar, conceder a las víctimas que dependan económicamente del agresor los instrumentos de carácter económico, social y laboral que les permitan iniciar una vida independiente de éste<sup>36</sup>.

### **3.2 Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo de Marcial hacia María**

La conducta del sujeto implicado en este supuesto, en concreto la de Marcial, conforme a los hechos resaltados en el mismo supone una pluralidad de acciones que conforman diversas responsabilidades penales que a continuación serán analizadas.

El derecho a la integridad moral se proclama explícitamente en el art.15 CE, y el TS, así como el TC, se han pronunciado en no pocas ocasiones con respecto a este derecho fundamental. La protección penal específica de la integridad moral fue una novedad del Código Penal de 1995, que introdujo por vez primera en Derecho español el delito contra la integridad moral stricto sensu y agrupó en el mismo Título VII del Libro II otras conductas ya punibles como la violencia familiar habitual o las torturas.

El art.173.1 CP establece que *"El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. A continuación el 173.2 recoge que el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre esa persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, y en su caso, cuando el Juez o Tribunal*

---

<sup>35</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R (dir.)/ ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y Justicia*, USC. Santiago de Compostela, 2013. p.75.

<sup>36</sup> MARCHAL ESCALONA, A.N, *Manual de lucha contra la Violencia de Género*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010. p.175.

*lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

*Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.".* El art.173.3 CP, establece, finalmente, que "*Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores".* Esto es lo que establece en su redacción del momento de producción de los hechos que nos ocupan, y tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, la única modificación que se produce es la de el tiempo de duración de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, que en la actualidad es de tres a cinco años, lo cual no es más beneficiosa para el reo, por lo que en virtud de la Disposición Transitoria Primera y Segunda del CP, se aplicaría la del momento de los hechos.

Este derecho a la integridad moral que se protege, se encuentra reconocido en el art.15 CE, como ya se ha mencionado, que proscribe con carácter general los tratos degradantes y que se encuentra en conexión directa con la dignidad de la persona del art.10 CE. Dicha integridad moral se configura como un valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor<sup>37</sup>. En este sentido, por trato degradante deberá entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona: es aquel que pueda crear en la víctima sentimientos de terror, angustia e inferioridad susceptibles de humillarla, de envilecerla e incluso de quebrantar su resistencia física o moral, según las palabras del TS<sup>38</sup>, recogiendo las ideas del Tribunal de Estrasburgo. La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral.

En relación con el apartado segundo, se contempla una agresión continuada que afecta no sólo a la integridad física, sino a la dignidad y la estabilidad psíquica de la persona que, en el seno de una relación de las normativamente detalladas, se ve sometida, por uno de sus componentes, a una vejación y humillación continuada, metódica y deliberada, que tiene como objeto conseguir una situación de dominio, que vulnera la propia personalidad de la víctima. La violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad,

---

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código Penal comentado y con jurisprudencia*, Ed. La Ley, Madrid, 2005. p.384.

<sup>38</sup> STS nº 1122/1998, de 29 de septiembre de 1998, Sala 2º, de lo Penal. FJ segundo.



quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar<sup>39</sup>.

La "habitualidad" a la que hace referencia es un concepto que ha sido objeto de debate en la doctrina, habiendo surgido distintas líneas argumentativas en relación a dotar al término de una mayor seguridad. Según palabras del TS, la línea interpretativa que ha actuado con mayor acierto, no es la que determina que la habitualidad surge a partir del tercer acto violento, sino que lo relevante para apreciar la habitualidad es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente<sup>40</sup>.

Éste sería uno de los delitos que estaría cometiendo Marcial -se le impondría la pena en su mitad superior por lo que establece el párrafo segundo del art.173.2 CP, ya que se produce en el domicilio común-, en relación con su actitud hacia María, ya que además de los concretos actos violentos que ejerce sobre ella, el maltrato es habitual, y debe entenderse que María sí vive en un estado de agresión permanente, ya que ejerce sobre ella constantemente violencia tanto física como psíquica. Así, acusando a Marcial de la comisión de este delito, se estaría protegiendo la integridad moral de María, además de la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad, así como la paz familiar, sancionando aquellos actos de Marcial que exteriorizan una actitud tendente a crear una situación de dominio derivada del maltrato.

El comportamiento de violencia física habitual debe ser sancionado con independencia de las sanciones adicionales que correspondan por cada una de las agresiones lesivas realizadas, como delitos o faltas contra la vida e integridad física del menor, individualmente consideradas, sin que esto suponga una vulneración del principio non bis in ídem<sup>41</sup>.

Por ello, independientemente de la sanción por esta conducta habitual de Marcial, deberán considerarse el resto de agresiones lesivas realizadas, lo cual se efectuará a continuación.

El Título III del Libro II del Código Penal (arts.147-156), bajo el epígrafe "De las lesiones", está destinado a la protección de la salud de las personas. El bien jurídico protegido, de acuerdo con la doctrina dominante, es la salud humana entendida en sentido amplio, esto es, comprensiva tanto del bienestar físico y mental de la persona como del sustrato corporal. A partir de este concepto pueden considerarse lesiones tanto las situaciones de funcionamiento anormal del organismo (enfermedad), como las alteraciones de la configuración del cuerpo humano que supongan una merma funcional en su sentido más amplio (desde una cicatriz hasta la mutilación de un miembro). Quedarán, por tanto, fuera de los tipos de lesiones las alteraciones de la integridad corporal que no supongan una afectación de la salud<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> CLIMENT DURÁN, C., *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p.880.

<sup>40</sup> STS nº 1750/2003, de 18 de diciembre, Sala 2ª, de lo Penal. FJ. tercero.

<sup>41</sup> CLIMENT DURÁN, C., *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*, op.cit. p.887.

<sup>42</sup> FELIP I SABORIT, D., "Las lesiones", en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.) / RAGUÉS I VALLÉS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, op.cit. p.69.

El art. 147 CP establece que *"El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico."*

Una lesión corporal se debe apreciar siempre que exista un daño en la sustancia corporal, una pérdida de sustancia corporal, una perturbación de las funciones del cuerpo, o una modificación de la forma de alguna parte del cuerpo. Pero, fuera de estos casos, también se ha entendido por lesión la producción de malestares físicos de cierta entidad, como la producción de terror o asco, con respecto a los cuales se ha entendido que sólo se podrá apreciarlo cuando junto a la conmoción del equilibrio espiritual se dé también una excitación de los nervios sensitivos del sistema central nervioso que transmiten las impresiones sensibles<sup>43</sup>. Para que la lesión física o psíquica pueda calificarse de delito, se exige que la sanidad de la lesión, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico. Para saber cuándo será de aplicación, es necesario distinguir entre primera asistencia y tratamiento médico o quirúrgico. Aunque puede parecer forzado diferenciarlos, estos dos conceptos no son, desde luego, equivalentes. La asistencia es la ayuda que se presta a quien tiene algún problema, se queja o se duele de algo, sin que ello exija necesariamente la adopción de ninguna medida curativa. El tratamiento es, por el contrario, un conjunto sistemático de actos realizados en el transcurso del tiempo con finalidad eminentemente curativa. Obviamente la actuación médica de una u otra forma conlleva distinta gravedad de la lesión<sup>44</sup>.

En relación con el caso, el año 2012, Marcial le propina una paliza a María que hace que ésta tenga que ingresar en el hospital, teniendo que ser intervenida quirúrgicamente dos veces por lesiones en el hígado y bazo. En este sentido, esta circunstancia sería constitutiva de un delito de lesiones del art.147 CP, previamente expuesto. María necesita de un tratamiento quirúrgico para su sanidad, ya que precisó ser intervenida quirúrgicamente, y los golpes propinados por Marcial, le causaron efectivamente un menoscabo de su integridad corporal y salud física. El precepto en cuestión, sufrió modificaciones desde el momento en el que se produjeron los hechos con respecto al momento presente, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. En tal sentido, su nueva redacción prevé una pena de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, por lo que sería de aplicación este precepto, al ser más favorable al reo, en virtud de la Disposición Transitoria Primera.

Sin embargo, dada la cualidad de la víctima en este caso, el delito en el que Marcial incurriría sería uno de los subtipos agravados de este delito de lesiones, ya que el art.148.4 CP establece que dichas lesiones serán castigadas con pena de prisión de dos a cinco años si la víctima fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análogas relación de afectividad, aun sin convivencia, y este precepto no ha sufrido modificación alguna; éste sería el delito del que se acusaría a Marcial en relación con las lesiones físicas que le causa a María.

---

<sup>43</sup> STS nº 1400/2005, de 23 de noviembre, Sala 2ª, de lo Penal. FJ segundo.

<sup>44</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, op.cit. p.112.

A mayores, cabe destacar que las condenas por malos tratos tampoco impiden la aplicación del tipo del art.153 CP, que, precisamente, se ha producido para recoger y elevar a la categoría de delito el reiterado y anormal comportamiento de los que en el seno de la pareja hacen de la convivencia un infierno salpicado de conductas repetidas que, por su valoración aislada, serían una cantidad ingente de faltas, levemente castigadas, que no alcanzarían e reproche penal que tan ofensiva actitud merece. Así, en este punto, es necesario tener en cuenta dicho precepto, en orden a calificar otro de los delitos cometidos por Marcial para con María.

El art.153CP establece que *"El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años."* El mismo artículo, en su apartado tercero, establece que *"Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza"*. Contiene, por tanto, dos tipos básicos, que se diferencian entre sí exclusivamente por la condición del sujeto pasivo, un subtipo agravado y un subtipo privilegiado<sup>45</sup>. Ésta es la redacción del precepto en el momento de producción de los hechos a enjuiciar; sin embargo, con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, se modifica este precepto en su apartado 1, pasando a establecer en la actualidad que *"El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menos gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, [...]"*. La pena que se prevé para el delito que se entiende cometido por Marcial, no varía, por lo que se aplicaría igualmente el precepto del momento de sucesión de los hechos, en virtud de la Disposición Transitoria Primera del CP.

Así, con base en este precepto, se procedería a castigar otras actuaciones lesivas de Marcial hacia María. En concreto, dos de las que señala el caso. Por una parte, el derrame que le produce en el ojo tras propinarle un fuerte golpe en el mismo. En caso de que hubiese necesitado tratamiento médico o quirúrgico, se hablaría ya de un delito de lesiones, como los expuestos anteriormente. Sin embargo, ningún dato se aporta que pueda hacer pensar que ha sido así, por lo que esta conducta de Marcial se debe encuadrar en este precepto, ya que es una actitud no definida como lesión en el Código. Por otra parte, tras la vuelta a la convivencia, Marcial le propina a María tres golpes en el estómago. Esta conducta sería constitutiva también de un delito del art.153 CP, ya que no constituye una actuación calificada como lesión en el CP, y se encuadra a la perfección en dicho precepto. Sin embargo, sería en uno de sus subtipos agravados -el recogido en el art.153.3 CP-, ya que tiene lugar en el domicilio común y además,

---

<sup>45</sup> SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C., *Manual de Derecho Penal. Tomo II, Parte Especial*, op.cit. p.117.

quebrantando una orden, por lo que la pena, en este último delito, se le aplicaría en su mitad superior.

En este punto, cabe destacar que en el supuesto práctico se hace referencia a unas cicatrices que presenta María como consecuencia de algunos de los golpes que Marcial le había propinado previamente. Así, Marcial habría incurrido también en un delito recogido en el art.150 CP, que establece que *"El que causare a otro la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años"*. El art.149 CP recoge el mismo delito para el supuesto de que sea grave. El término deformidad ofrece en la práctica todas las variedades y relativismos de lo estético<sup>46</sup>. La jurisprudencia ha venido entendiendo que las cicatrices conforman una clara deformidad<sup>47</sup>, y con mucho más énfasis, cuando éstas se producen en lugares visibles. María las presenta en el rostro, por lo que Marcial sería acusado también de este delito, en su modalidad agravada o no dependiendo de la magnitud de los daños en cuestión, por lo que habría que valorar la entidad de la cicatriz en sí misma para dilucidar si es grave o no.

Finalmente, en relación con el infarto que sufre María, éste tendría relevancia penal para Marcial en el supuesto de que existiese un nexo causal entre la agresión de Marcial y el infarto en cuestión; es decir, si alguna de las actuaciones de Marcial fuesen encaminadas a producir ese resultado, o si el infarto se produjese como consecuencia directa de una de esas agresiones podrían exigírsele responsabilidades a Marcial (así sucedería, por ejemplo, en aquellos casos en los que el culpable asusta a quien padece del corazón). Sin embargo, nada parece indicar que esto sea así, dando a entender que las agresiones que realiza Marcial no son causa directa del infarto que finalmente sufre María, por lo que no podría exigirse responsabilidad criminal a Marcial en este sentido.

En definitiva, Marcial sería acusado de un delito de maltrato habitual del art.173 CP; de un delito de lesiones del 147 CP; de dos delitos de maltrato ocasional del art.153 CP, uno de ellos en su subtipo agravado, y de un delito del art.149 o 150 CP en función de la magnitud de las cicatrices, por causarle deformidad en el rostro, en relación con las actitudes sancionables que ejerce sobre María.

### **3.3 Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo de Marcial hacia Elisa**

El art.153 CP establece que *" El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior*

---

<sup>46</sup> LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010. p. 53 y 54.

<sup>47</sup> STS nº 806/2001, de 11 de mayo, Sala 2ª, de lo Penal, FJ segundo.

*fuere alguna de las personas a las que se refiere el art.173.2<sup>48</sup>, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años".* Ésta es la redacción del precepto en el momento en el que suceden los hechos; tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, la única modificación que se produce es en el apartado 1, tal y como se ha expuesto previamente, y en relación con la actuación de Marcial sobre Elisa que aquí se va a analizar, no sufre alteración alguna, por lo que se continuará teniendo en cuenta la redacción del momento de sucesión de los hechos,- ya que, además, la pena prevista es la misma-

Tras la vuelta a la convivencia, Marcial le propina un puñetazo a su hija Elisa produciéndole un importante derrame en el ojo derecho. En este sentido, Marcial habría incurrido en un delito tipificado en el artículo anterior, ya que el mismo castiga aquellas conductas que causan una lesión no recogida como tal en el Código, por no cumplir los requisitos de precisar de tratamiento médico o quirúrgico. Así, al igual que en el caso del derrame en el ojo de María, si el mismo no precisa de dichos tratamientos, quedaría encuadrado en este tipo delictivo. Por ello, Marcial sería acusado, en relación con su hija Elisa, de un delito de maltrato ocasional recogido en el mencionado art.153.2 CP.

#### **3.4 Aplicabilidad de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal**

En relación con la drogadicción, las consecuencias penológicas de la misma pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo total o parcialmente la responsabilidad penal -arts.20.2 y 21.1 CP-, o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal por la vía del art.21.2 CP, propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del art.21.6 CP. Así, es preciso valorar el caso concreto de Marcial para decidir sobre la aplicación o no de las mismas.

El apartado segundo del art.20 CP establece que "*Están exentos de responsabilidad criminal 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.*"

---

<sup>48</sup> Las personas a las que se refiere el art.173.2 CP son "*su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre esa persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*"

El art.21.1 CP establece que "*Son circunstancias atenuantes las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos*" y el art.21.2 CP establece que "*Son circunstancias atenuantes la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número segundo del artículo anterior.*"

En relación con la posibilidad de aplicar la atenuante del art.21.2 CP, es preciso apuntar que ésta no se aplica en todos los casos en los que el culpable sea consumidor de drogas tóxicas o estupefacientes, ya que no basta con la condición de toxicómano para que se entienda siempre disminuida la imputabilidad y la responsabilidad penal del sujeto, ya que es necesario probar no sólo dicha adicción, sino también el grado de deterioro mental y volitivo de aquél cuando el hecho aconteció<sup>49</sup>. Así, dicha atenuante sólo sería apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas, no bastando que sea real esa adicción, sino siendo preciso que sea precisamente esa dependencia la que cause la actuación del culpable. Es decir, la aplicación de esta atenuante exige que exista una grave adicción, y que el delito perpetrado se encuentre íntimamente vinculado a esa grave adicción<sup>50</sup>.

Sin embargo, en el caso de Marcial, parece apreciable que su conducta violenta y machista no deriva de esa adicción a sustancias tóxicas que él padece, sino que más bien es independiente de la misma. Es decir, no parece señalar el caso que Marcial propina esas palizas y golpes a su mujer y a su hija "a causa", tal y como es exigido por el TS, de esa fuerte adicción que pueda estar padeciendo. Por eso, debería rechazarse la idea de aplicar la atenuante en cuestión, ya que la STS nº577/2008, de 1 de diciembre, en su Fundamento séptimo, establece que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, por lo que no se puede solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ya que lo que hay que tener en cuenta es la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

En relación con la aplicabilidad de la eximente recogida en el art.20.2 CP, cabe destacar que la intoxicación plena a la que el precepto hace referencia, se origina por una ingestión episódica de las sustancias en cuestión, en tal cantidad que provoca una situación mental inductora de la inimputabilidad. Un caso muy particular de intoxicación plena es el provocado por una elevada ingestión de alcohol que deja postrado al individuo en situación de letargo. Pero, junto a este caso límite, importa destacar que la intoxicación plena hace difícil la comisión de hechos delictivos que presentan cierta complejidad ejecutiva, por lo que la aplicación de la eximente completa se dará en contadas ocasiones. La exención de responsabilidad criminal a la que se refiere el precepto en cuestión exige el cumplimiento de las siguientes exigencias: el sujeto debe encontrarse en estado de intoxicación plena; ésta debe concurrir al momento de cometer la infracción penal; y el estado en que se encuentre el individuo debe impedirle comprender la ilicitud del hecho<sup>51</sup>.

Sin embargo, en el caso de Marcial, nada se indica acerca de que en el momento de cometer los actos violentos se encontrase en esta circunstancia, por lo que tampoco será

---

<sup>49</sup> STS nº 209/1999, de 12 de febrero, Sala 2ª, de lo Penal. FJ tercero.

<sup>50</sup> BORJA JIMÉNEZ, E., *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. p.126

<sup>51</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. p.159.

de aplicación esta eximente en relación con los delitos que comete hacia María ni hacia Elisa.

### **3.5 Vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de María**

La prohibición judicial de acercamiento a la víctima, en lo que a su naturaleza se refiere, se podría decir que, por el contenido de la misma, se aproxima bastante a una pena privativa de libertad, o por lo menos restrictiva de libertad. Es cierto, que por medio de esta prohibición se podría decir que se ve limitada en cierta medida la libertad de movimiento de la persona sobre la que recae la imposición, pero, sin embargo, no se convierte por ello en una pena privativa de libertad. Éstas consisten en la privación de la libertad ambulatoria mediante la reclusión del condenado en un lugar determinado, sometiendo al condenado, además, a un determinado régimen de vida. Mediante esta pena del art.48 CP, el condenado no se ve constreñido a moverse en un espacio reducido, sino al contrario, se puede mover libremente por todas partes, salvo por un lugar determinado. Habrá que considerarla, entonces, como una pena privativa de derechos<sup>52</sup>

La prohibición judicial de acercamiento a la víctima es uno de los contenidos penales posibles adoptados dentro y fuera del marco de la orden de protección, y obliga a un distanciamiento del agresor respecto de su víctima como medio para asegurar la integridad física y moral de ésta. El art.544 bis CP presenta esta medida como cautelar, pero también la podemos encontrar dentro del ámbito de las penas accesorias y medidas de seguridad a imponer por el juez sentenciador cuando concurren eximentes incompletas (art.57 y 101-105.1.g), como condición para la suspensión de la pena (art.33 LOVG, que modifica el art.83.1.6 CP) y como forma de evitar la prisión provisional (art.93 CP) a controlar por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. El art.64 LOVG regula esta medida de alejamiento como medida cautelar, desarrollada en el art.544 bis de la LECrim, en sede de libertad provisional, alcanzando los contenidos posibles dentro de esta medida a: prohibición de aproximación a la víctima u otras personas señaladas por el juez, prohibición de acudir o volver a determinados lugares, salida del domicilio o suspensión de las comunicaciones<sup>53</sup>.

Como se ha visto, puede ser impuesta bien como medida cautelar (auto del juez de instrucción /juez de violencia), o bien como pena (sentencia del juez de lo penal/ Audiencia). El incumplimiento o quebrantamiento de esta prohibición judicial es uno de los fenómenos más frecuentes y característicos de la violencia doméstica y de la violencia de género. Cabe diferenciar entre el que la doctrina ha dado en denominar quebrantamiento ordinario, que es aquél que no es consentido por la víctima, y quebrantamiento consentido, tolerado o provocado incluso por la víctima beneficiaria de la medida. En el primero de ellos, existe un cierto consenso jurisprudencial sobre sus requisitos, mientras que en el segundo las discrepancias jurisprudenciales no podrían ser de mayor envergadura, dándose un auténtico caos jurisprudencial en la materia. Ello conlleva el inevitable resultado de que, en la praxis de las Audiencias, un mismo

---

<sup>52</sup> ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el derecho español*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007. p.223.

<sup>53</sup> BOIX REIG, J.(coord.)/ MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coord.), *La nueva ley contra la violencia de género*, Ed. Iustel, Madrid, 2005. p.369.

fenómeno como es la reanudación voluntaria y consensuada de la convivencia entre agresor y víctima pueda dar lugar a soluciones dispares y enfrentadas.

El art.488.2 CP establece que "*Se impondrá, en todo caso, la pena de prisión de 6 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 impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del CP*".

Así, la pena de prisión se extiende tanto a las penas, como a las medidas cautelares de la misma naturaleza, en contraposición con la anterior redacción del artículo<sup>54</sup>. Asimismo, la pena de prohibición de aproximarse a las personas del grupo del art.173.2 CP es de preceptiva u obligada imposición en los supuestos del art.57.2 CP.

Son requisitos comunes a ambos tipos de quebrantamiento -es decir, el ordinario y el tolerado-, los siguientes<sup>55</sup>: la resolución judicial que acuerde el alejamiento, bien como medida cautelar, bien como pena; la firmeza de la resolución en caso de pena; la notificación fehaciente de ésta al obligado, con apercibimiento de que incurre en responsabilidad penal en caso de incumplimiento de la obligación fijada, y requerimiento de abstenerse de realizar la conducta prohibida; la conducta objetiva de quebrantamiento, esto es, la vulneración de la prohibición, acercándose a la víctima a distancia no permitida por la resolución judicial; y finalmente, desde el punto de vista subjetivo, debe tratarse de un quebrantamiento doloso, excluyéndose formas imprudentes. El quebrantamiento de condena en general, tipificado en el art.468 CP, es esencialmente intencional, esto es, exige que siendo conocida por el sujeto la condena impuesta y la obligación de cumplirla, adopta no obstante una conducta o decisión a sabiendas de que con ello quebranta la correspondiente orden judicial. Por ello, dado que ese tipo delictivo sólo comprende su comisión dolosa, ha de acreditarse fehacientemente tal voluntad intencional de incumplir la pena impuesta<sup>56</sup>.

Con base en la existencia del último de estos requisitos, la jurisprudencia excluye del art.468 CP los supuestos de quebrantamiento no dolosos, no intencionales, sino fruto de encuentros entre el agresor y la víctima de carácter fortuito o casual.

En contraposición con el quebrantamiento ordinario se encuentra el ya mencionado quebrantamiento consentido, tolerado o provocado por la propia víctima. En él se incluyen los supuestos en los que la víctima beneficiaria de la medida consiente o tolera el acercamiento del agresor, o incluso propicia o impulsa dicho acercamiento. En relación con esta circunstancia, se suscita, si el consentimiento de la mujer a que se acerque su agresor es relevante para que exista o no delito de quebrantamiento de medida cautelar o de pena, según qué caso, del art.468.2 CP. Por ello conviene distinguir dos supuestos valorativamente muy distintos, que son el quebrantamiento consentido cuando la prohibición de acercamiento ha sido impuesta como medida

---

<sup>54</sup> El art.468.2 CP, previamente a su redacción por el art.40 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y en base a la redacción dada por Ley Orgánica 1/2003 establecía que "*En los demás supuestos, se impondrá multa de doce a veinticuatro meses, salvo que se quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del artículo 57 de este Código, en cuyo caso, se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 100 días*".

<sup>55</sup> JAVATO MARTÍN, M., "El quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio jurisprudencial", en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *Tutela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género*, Ed. Lex Nova. Valladolid, 2009, p.126

<sup>56</sup> SAP de Tarragona nº 106/2008, de 25 de febrero, Sección 2ª, FJ segundo.



cautelar, y el quebrantamiento consentido cuando la prohibición de acercamiento ha sido impuesta como pena.

En el primer caso, el de quebrantamiento consentido cuando la prohibición de acercamiento ha sido impuesta como medida cautelar, la jurisprudencia vuelve a ser discrepante, aportando varias líneas argumentativas. La primera de ellas, considera irrelevante el consentimiento, entendiendo que existe siempre y en todo caso un delito del art.468.2 CP, y lo hace con base en argumentos tales como los siguientes: que el bien jurídico que protege dicho artículo es el respeto y el acatamiento al cumplimiento de las resoluciones judiciales; que las medidas cautelares no pueden dejarse al arbitrio de las partes<sup>57</sup>; que se pondría a la víctima en el punto de mira de todo tipo de presiones y coacciones; o que el CP no recoge como causa de extinción de la pena el perdón de la víctima ni el consentimiento de ésta a reanudar la convivencia con la persona a la que se impone el alejamiento. Ésta ha sido la seguida por diversas Audiencias Provinciales, tales como la de Las Palmas, la cual en la SAP 170/2005, de 14 de julio afirma que las figuras delictivas que recoge el art.468 CP se incluye dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, y que por lo tanto, el bien jurídico protegido es el de la Justicia, como valor superior de la sociedad, en tanto que se exterioriza y hace actual por los órganos encargados de su administración. En consecuencia, aunque se dé el caso de que existan particulares directamente afectados por el delito, no son los derechos de estos particulares los tutelados por la norma, por lo que ante una resolución judicial firme, fehacientemente notificada, clara y sencilla en su entendimiento y alcance -la prohibición impuesta de aproximarse y comunicarse- se cumple o quebranta independientemente de que la destinataria de esta medida de protección, la mujer, se sienta o no coaccionada, amenazada o acosada ante la presencia de aquel que tiene prohibido la aproximación. El delito no lo constituye molestar a la mujer, sino el hacer caso omiso del mandato judicial. De esta forma, es irrelevante que la mujer se haya sentido o no, en el caso concreto, desprotegida.

La segunda línea argumentativa, considera que sí es relevante el consentimiento, y que por lo tanto no existe un delito del art. 468 CP. Para ello, emplea argumentos extraídos prácticamente en su totalidad de la STS de 26 de septiembre de 2005 nº 1156/2005, que venía a establecer, en síntesis en su Fundamento de Derecho quinto, que *la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener otra medida de alejamiento. La decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de la protección, y por tanto supone, de facto, el decaimiento de la medida de forma definitiva.*

La tercera línea argumentativa considera parcialmente relevante el consentimiento, entendiendo que existe un delito del art.468.2 CP con error de prohibición. En este sentido, la SAP de Huesca de 18 de octubre de 2005, nº 188/2005, condena por delito de quebrantamiento de medida cautelar con error de prohibición vencible, por haberse acreditado que los acusados incumplieron la orden de alejamiento pero sin saber que estaban cometiendo delito, al pensar que era algo normal para darse una nueva oportunidad como pareja.

La cuarta y última postura a tener en cuenta en este caos jurisprudencial es la mantenida por el TS, la cual, a su vez, es contradictoria entre sí. La STS de 16 de mayo de 2004, se

---

<sup>57</sup> SAP de Murcia nº 134/2007, de 3 de octubre, Sección 1º, FJ tercero.

pronuncia a raíz de que el acusado se presentase en el domicilio de la víctima, después de que le fuese prohibido por el Juez de Instrucción acercarse al mismo. El TS viene a decir en su Fundamento de Derecho cuarto, que la medida cautelar violada por el acusado está destinada a proteger esenciales bienes jurídicos, no disponibles, de las personas en cuestión, las cuales no pueden renunciar a esa protección aceptando la aproximación. Sin embargo, no se hace referencia alguna a la posibilidad de exigir responsabilidad a la víctima en esta sentencia. En un sentido opuesto se pronuncia el TS en la STS 1156/2005, de 26 de septiembre, la cual establece, en su Fundamento de Derecho quinto que el cumplimiento de una condena o medida cautelar no puede quedar al arbitrio del condenado, así como que si tras la imposición de la medida, la mujer consiente en la convivencia, cabría considerarla coautora por cooperación necesaria o por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes para el delito. Asimismo, la STS 69/2006, de 20 de enero, se pronuncia sobre un supuesto en el que no consta en los hechos probados el consentimiento de la víctima, por lo que no podría seguirse, según este propio pronunciamiento, lo establecido en la sentencia mencionada previamente a esta, ya que solo podría serlo con un consentimiento firme y relevante de la víctima, y siempre desde la óptica de un error invencible de tipo.

En el segundo caso, el de quebrantamiento consentido cuando la prohibición de acercamiento ha sido impuesta como pena, la respuesta jurisprudencial es también contradictoria, dándose también una clara diferenciación por grupos de resoluciones:

La primera de ellas es la que considera que el consentimiento es relevante y que, por tanto, no existe un delito de quebrantamiento. Han entendido que la doctrina de la STS de 26 de septiembre de 2005 sería también aplicable o extrapolable al supuesto del quebrantamiento del alejamiento impuesto como pena, y que por consiguiente, el consentimiento de la víctima también excluiría aquí la posibilidad de aplicar el tipo del art.468 CP<sup>58</sup>.

La segunda de ellas ha dado en considerar que el consentimiento es irrelevante, por lo que existe delito de quebrantamiento del art.468 CP, y es ésta la postura mayoritaria. La argumentación que emplean para defender esta postura se basa en argumentos como los que siguen: la víctima no puede dejar sin efecto una pena impuesta, dado que son indisponibles para las partes; las penas sólo se extinguen por la vía del art.130 CP, entre cuyos supuestos no se contempla el del consentimiento de la víctima; el bien jurídico que se protege es distinto al de la mera protección de la víctima; o que entienden que la STS de 26 de septiembre de 2005 es sólo aplicable al quebrantamiento del alejamiento impuesto como medida cautelar, no al impuesto como pena.

La tercera de ellas entiende que el consentimiento será relevante o no en función de quién se acerque. Ésta es la postura que mantienen algunas audiencias, tomando como referencia quién toma la iniciativa.

La cuarta postura entiende que el consentimiento es parcialmente relevante, existiendo delito pero apreciándose una atenuante analógica. Aquí, el consentimiento de la mujer sería irrelevante si es el condenado al alejamiento quien toma la iniciativa de acercarse, pero sí sería relevante si es ella quien provoca la comunicación o acercamiento y él se

---

<sup>58</sup> JAVATO MARTÍN, M, "El quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio jurisprudencial", en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *Tutela Jurisdiccional frente a la Violencia de Género*, op.cit. p.137

limita a responder o aceptar las citas, en cuyo caso existiría delito, pero se aprecia al acusado una atenuante analógica.

En último lugar, la última postura a tener en cuenta será la del TS. La línea jurisprudencial mayoritaria ya citada, que era contraria a dar eficacia típica al consentimiento para excluir el delito del artículo 468.2 CP cuando el alejamiento quebrantado fuese impuesto como pena, ha sido acogida por la STS 775/2007 de 28 de septiembre, la cual establece que una cosa es el incumplimiento de una medida de seguridad, que en principio, solo puede aplicarse a petición de parte y cuyo cese incluso podría acordarse si ésta lo solicitase al Juez, que además tiene por objeto una finalidad meramente preventiva, y otra muy distinta es aquella situación en la que aun contando con la aceptación de la protegida, se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima, cuando además sea propicia, con ese incumplimiento la comisión de hechos tan graves como los que se tratan.

Finalmente, aunque el TS no ha abandonado expresamente la doctrina fijada en la STS 1156/2005, lo cierto es que no ha vuelto a acudir a ella, viniendo a dejarla sin efecto, con el argumento, el realidad inexacto, de que la sentencia mencionada sólo se refería al quebrantamiento de medida cautelar y no de una pena impuesta en sentencia firme, que es el supuesto contemplado en las sentencias posteriores, subrayando la diferencia entre las dos hipótesis en cuanto a la indisponibilidad del alejamiento para la víctima y a su incondicionalidad para el condenado. Pero el hecho de que esta segunda tesis sea dogmáticamente más correcta -aunque siga sin estar muy claro el fundamento de la distinción según que el quebrantamiento afecte a una pena o a una medida- no contribuye a resolver el problema, sino en todo caso a agravarlo<sup>59</sup>.

El Seminario de Fiscales Delegados de Violencia Sobre la Mujer, procedió a analizar la relevante STS 1156/2005, y mantuvo una postura contraria al TS, al mantener que: las resoluciones judiciales están destinadas a ser cumplidas y que cuando un auto de protección se ha dictado motivadamente para proteger a una persona de la agresividad de otra, estando en riesgo su seguridad, su integridad física o moral o su propia vida, no puede quedar su virtualidad exclusivamente porque la persona que viene a proteger estime que ya no es necesaria tal protección, debiendo sólo quedar sin efectividad cuando el mismo Juez que la dictó estima que las causas que lo motivaron han desaparecido, no existiendo riesgo para aquella que, posiblemente, no sea capaz de valorarlo adecuadamente; si sin esperar a que se anule dicha medida la relación, con su consentimiento, entre la persona protegida y el sometido a alejamiento se produce existe un incumplimiento voluntario y consciente de una resolución judicial encajable en el tipo del art.468 CP, sin que dicho consentimiento opere como causa que excluye la tipicidad por faltar un elemento del delito, al no ser elemento del delito de quebrantamiento la voluntad contraria de la víctima a tal acercamiento<sup>60</sup>.

En definitiva, podría entenderse que en el supuesto que nos ocupa, habría que valorar si la orden de alejamiento ha sido impuesta como pena o como medida cautelar. En el primero de los casos, parece meridianamente claro que es irrelevante de todo punto el consentimiento de la mujer, por lo que el culpable estaría incurriendo en todo caso en un delito del art.468.2 CP. Y en el segundo de los casos, pese a que el TS no ha establecido

---

<sup>59</sup> LAURENZO COPELLO, P. (coord.), *La violencia de género en la ley*, Ed. Dykinson, S.L, Madrid, 2010, p.244.

<sup>60</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Las penas y medidas de seguridad*, Madrid, 2006.

una línea argumentativa clara y única, puede entenderse, y efectivamente así debe hacerse, que el consentimiento de la mujer es independiente e irrelevante a efectos de determinar la culpabilidad del cónyuge, quien, al margen de la voluntad de la víctima, es claro que está incurriendo en un quebrantamiento de condena del mismo modo que si ésta hubiese sido una pena.

Es necesario tener en cuenta la posición de la víctima y su responsabilidad penal en el quebrantamiento, ya que el consentimiento de la misma al acercamiento del agresor además de afectar a la responsabilidad de este último, o no, creará también la problemática de una posible responsabilidad de la víctima beneficiaria de la medida. Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que el apartado segundo del art.468 CP, posibilita que las penas o medidas de protección a las víctimas pueden ser quebrantadas por ellas mismas, a diferencia del apartado primero del mismo precepto, que se refiere a "*los que quebrantaren una pena de las contempladas en el art.48 CP o una medida cautelar...*", por lo que en este caso no podrían quebrantarla las víctimas. Por el contrario, otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia, tiende a entender que no puede la víctima participar en el delito. Sin embargo, son posturas muy desiguales y que dan soluciones completamente dispares.

Así, la postura de quienes están a favor de la responsabilidad penal de la mujer entienden que, debido a que el papel que juega la mujer en estos casos es fundamental, cuando se produce un quebrantamiento de condena, reanudando la convivencia, lo más acertado sería condenar al acusado como autor de un delito de quebrantamiento, y a la víctima beneficiaria de la medida como inductora y cooperadora necesaria del mismo delito.

Por el contrario, a favor de la impunidad de la mujer pueden encontrarse diversas vías argumentativas: hay quienes hablan de una vulneración del derecho a vivir juntos; quienes se apoyan en el error de prohibición; quienes toman en consideración un estado psicológico, el síndrome de la mujer maltratada, y falta de antijuricidad material; quienes entienden la imposibilidad de subsumir la conducta en el art.28.2 CP; o quienes defienden esa impunidad basándose en la falta de dolo.

En conclusión, la solución que aporta en la actualidad el ordenamiento jurídico no es del todo clara, siendo los Tribunales los que se encargan de ir dando los matices necesarios en esta materia, por lo cual la respuesta no es única, ya que está inmersa en un caos jurisprudencial. Son muchos los Tribunales que se han pronunciado al respecto, y fruto de la exposición que precede a estas líneas, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TS y la ley en sí misma, puede deducirse que es necesario condenar a Marcial por un delito de quebrantamiento de condena recogido en el art.468.2 CP, ya que no puede quedar el cumplimiento de esa prohibición judicial en manos del condenado ni a su libre arbitrio, independientemente de que la orden le hubiese sido impuesta como pena o como medida cautelar. Y, en relación a la culpabilidad o no de María en este aspecto, tras la exposición realizada parece acertado entender que, independientemente de la existencia de posturas que entienden que María actúa como cooperadora necesaria e inductora en caso de haberlo propuesto ella, no debe exigírsele responsabilidad alguna a la víctima beneficiaria de la medida hasta ese momento, ya que su consentimiento es irrelevante a la hora de entenderse producido el delito.

## Cuestión 4

### **4.1 Examinar la validez jurídica y las acciones a llevar a cabo por Manolo, con respecto a la cuenta bancaria y a los dos muebles vendidos por María a Eustaquio y a Miriam**

Si técnicamente la declaración de fallecimiento es una mera presunción *iuris tantum*, su existencia no excluye la eventualidad de supervivencia del declarado fallecido, y su posible reaparición, ya sea porque el ausente se presenta de nuevo en su círculo habitual, o porque, de cualquier manera, se acredite su existencia<sup>61</sup>. La declaración de fallecimiento afecta a todas las esferas de la vida del declarado fallecido, por lo que su situación patrimonial también se verá afectada, y es el art.197 CC el que se encarga de apuntar qué sucedería con sus bienes y su patrimonio en caso de que el declarado fallecido reapareciese.

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

En este supuesto, para poder delimitar qué sucede con todos los bienes que Manolo poseía y quiere recuperar, es necesario hacer referencia al régimen económico que regía en su matrimonio con María. En base a la información que se proporciona con relación a los bienes que poseen -Manolo posee un inmueble de forma privativa, ambos poseen un inmueble al cincuenta por cien, y tienen una cuenta a nombre de ambos-, se deduce que el régimen económico en el que se encuentran es el de gananciales, por explicitar que cuentan con bienes privativos y con bienes comunes. El matrimonio no sólo genera efectos personales, sino también patrimoniales, dado que la comunidad de vida establecida entre los cónyuges genera también una comunidad de intereses de carácter patrimonial que puede regularse de muy diferente forma. El art.1.344 CC establece que *mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla*. Celebrado el matrimonio, los bienes que desde entonces adquieren los esposos en tales condiciones pasan a integrar la masa consorcial en lugar de pertenecer de modo exclusivo al adquirente. Así, junto a los bienes privativos que cada uno de los cónyuges pueda poseer, se forma una masa común con los bienes de ambos.

En relación con la disolución de la sociedad de gananciales, el CC articula dos series de causas de disolución de la misma: una, cuando interviene un acontecimiento que opera automáticamente su extinción, sin que ésta haya de ser pronunciada por los tribunales; y otra, en la que la presencia de determinados eventos autoriza a uno de los cónyuges a pedir el cese de la comunidad, siendo el tribunal el que, previo examen de la causa, pronuncia su disolución.

La primera serie viene recogida en el art. 1392, que establece que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio, cuando sea

---

<sup>61</sup> LASARTE, C., *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013. p.93.

declarado nulo, cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges y cuando los cónyuges convengan en un régimen económico distinto. La segunda serie de causas la recoge el art.1.393 CC, el cual establece que concluiría por decisión judicial la sociedad de gananciales cuando uno de los cónyuges lo solicite, en los casos que establece el mismo precepto, que son haber sido declarado incapacitado judicialmente el otro cónyuge, pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia, así como cuando venga el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad.

En aplicación al caso concreto, la causa que propicia la disolución de la sociedad de gananciales sería la de disolución del matrimonio, ya que el art.85 CC establece como causas de la misma la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, y el divorcio. Partiendo de que Manolo ha sido declarado fallecido, se ha procedido con la disolución del matrimonio, como ya se ha visto previamente en este análisis, lo cual implica necesariamente la consiguiente disolución de la sociedad legal de gananciales.

En aplicación al caso práctico, María recibe todos los bienes en cuestión, tanto los que tenían ambos en régimen de gananciales, como el bien privativo que poseía Manolo, ya que aquélla es heredera universal del mismo. Y esto es así independientemente de que Manolo haya otorgado testamento o no, ya que, por una parte, en caso de que efectivamente lo haya otorgado, habría instituido heredera universal a María -así lo afirma el caso concreto-, y, por otra parte, en caso de que no hubiese otorgado testamento, se abriría la sucesión intestada, y al no haber ascendientes ni descendientes, sería María llamada, como cónyuge, en tercer lugar, pasando a heredar todos los bienes del causante.

En este sentido, la acción principal que compete al declarado fallecido en orden a recuperar sus bienes es la denominada acción de recobro, la cual es objeto de debate en la doctrina, ya que un sector de la misma comprende que puede tratarse de una acción de petición de herencia, y otro sector habla de acción reivindicatoria. La idea que cobra más fuerza a tal respecto es la que entiende que la acción de recobro como una acción sui generis, ubicándola a medio camino entre las dos acciones previamente mencionadas. Para comprender el significado de la misma, es preciso, en este punto, atender a la acción reivindicatoria y a la acción de petición de herencia.

La acción reivindicatoria se dirige a la recuperación de la cosa de quien la detenta o la posee, y, por tanto, a lograr la restitución al legítimo titular. Tiene carácter petitorio y no declarativo, porque para que prospere la acción es necesario haber acreditado que el reclamante ostenta la condición de propietario<sup>62</sup>. Sin embargo, debido a que lo que se pretende es devolver al propietario las facultades típicas de la propiedad, generalmente lleva implícita una acción que busca que se declare la titularidad dominical, la cual será el fundamento de la recuperación del bien de que se trate. Por ello, para que la acción pueda prosperar, debe poder demostrarse el derecho sobre la cosa, aportando el actor necesariamente el título en el que funda su pretensión, ya que si no puede acreditar su mejor derecho sobre la cosa en cuestión, la acción reivindicatoria no podría prosperar. La acción de recobro, en relación con esta, requiere también una mínima actividad probatoria con respecto a la titularidad dominical, como consecuencia de la necesidad de inventariar derivada del art.196 CC. Sin embargo, en la acción reivindicatoria no se

---

<sup>62</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Ed. La Ley, Madrid, 2011. p.382.

discute directamente sobre el derecho de propiedad en sí mismo, sino sobre la eficacia de la causa de adquisición alegada por la parte, es decir, de un negocio jurídico como el testamento o un contrato de compraventa, o el cumplimiento de determinados requisitos en la sucesión o usucapión, entre otros. En el caso de la reaparición del declarado fallecido, la discusión versaría sobre la ineficacia del testamento o del acta de notoriedad por el que se declara quiénes son los herederos, sobre la ineficacia de la aceptación de la herencia, y sobre la nulidad por haberse constatado la no concurrencia de causa para la apertura de la sucesión por supervivencia del declarado fallecido, lo que llevará aparejada la reviviscencia de la titularidad dominical sobre los bienes que erróneamente fueron objeto de transmisión hereditaria, con los límites establecidos legalmente. Ahora bien, a diferencia de la complejidad que pudiesen presentar otros casos en los que resultase legítimo el ejercicio de una acción reivindicatoria, bastará con probar la existencia del declarado fallecido para que se tenga por nula la apertura de la sucesión y demás consecuencias vinculadas a la misma, con respeto siempre de los derechos adquiridos por terceros de buena fe<sup>63</sup>.

En ese sentido, la acción reivindicatoria, es una acción por medio de la cual el propietario no poseedor hace efectivo su derecho a exigir la restitución de la cosa del poseedor no propietario, que es también, lo que ocurre, en la acción de recobro del art.197 CC.

La acción de petición de herencia, por su parte, compete al heredero para exigir, con base en su título hereditario, la restitución conjunta de los bienes pertenecientes al caudal relicto, los cuales posee otra persona. El declarado fallecido que resultó no estarlo, que ostenta en este caso la condición de heredero, se encuadraría en los requisitos de esta acción, pero sin embargo, no es así del todo, ya que no se puede reclamar en calidad de heredero aquello de lo que ya se es propietario.

Por ello, la acción de petición de herencia no podría ejercitarse cuando lo que se pretende es reclamar, frente a los propios sucesores, el patrimonio sobre el que se abrió la sucesión. Es decir, el hecho de que el patrimonio del declarado fallecido se haya convertido en herencia, no convierte al que fue el causante de la misma en heredero de su propio patrimonio. Así, debe hablarse de que lo que se genera, es un derecho a recuperar lo que a uno le pertenece, una vez constatada la existencia.

Así, según la literalidad del art.197 CC, el hecho de que aparezca el declarado fallecido lleva aparejado que recobrará sus bienes de forma automática. Con base en esto, y en la idea de que revocada la declaración de fallecimiento no es posible afirmar que haya existido verdadera apertura de la sucesión, el ausente debe recuperar las titularidades que ostentaba antes de la declaración de fallecimiento. Sin embargo, no será de una forma tan automática como debería producirse. En relación con la acción de recobro, la recuperación de los bienes no siempre tendrá lugar, y en algunas ocasiones, el reaparecido deberá conformarse con recibir el precio obtenido por su venta o los bienes adquiridos con el importe de la misma. En vinculación con tal derecho, un sector de la doctrina entiende que si el bien se ha vendido, pero aún no se ha efectuado la tradición, el ausente que reaparece tendrá, a su elección, el derecho de reclamar ese bien o de pedir al sucesor el precio de la venta<sup>64</sup>. En contra de este criterio, sin embargo, se posiciona la mayor parte de la doctrina, ciñéndose a la literalidad de la norma, y

---

<sup>63</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D.R, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, op.cit. p.383.

<sup>64</sup> CORRAL TALCIANI, H.F., *La declaración de fallecimiento*, Ed. Tecnos, D.L., Madrid, 2011. p.348.

sosteniendo, por tanto, que se ha optado por favorecer la posición jurídica del comprador en detrimento de la del declarado fallecido que reaparece.

En base a todo lo expuesto, puede deducirse que Manolo, en el momento en el que reaparezca, tiene, mediante la acción de recobro, derecho a recuperar los bienes o el valor que se haya obtenido con la venta de los mismos. Sin embargo, en este punto, se plantea la problemática referente a si los bienes adquiridos por terceras personas están inscritos en el Registro de la Propiedad como tal, o no lo están, y las consecuencias que esto pudiere producir sobre el derecho de Manolo. El principio de inscripción, en algunos ordenamientos de nuestro entorno, implica que la inscripción forma parte del proceso traslativo de los derechos reales, cuando tienen su origen en un negocio jurídico *inter vivos*. En consecuencia, la modificación jurídico real no se produce hasta que no se inscribe en el Registro. Con este significado el principio de inscripción no rige en nuestro ordenamiento, en el que la transmisión de los derechos reales se opera al margen del Registro, teniendo la inscripción un alcance declarativo, teniendo sólo para supuestos como la hipoteca u otros similares, carácter constitutivo<sup>65</sup>. Se dice que una inscripción es constitutiva cuando la misma es un elemento fundamental para la efectiva transmisión del dominio o constitución de un derecho real, de tal manera que ello no se produce hasta que el derecho accede al Registro. Por el contrario, se habla de inscripción declarativa cuando el efecto anteriormente descrito se opera al margen del Registro, que se limita a dar publicidad a la situación ya nacida. Asimismo, puede diferenciarse entre inscripción obligatoria o facultativa. Se habla de inscripción obligatoria cuando existe el deber de inscribir los títulos y derechos susceptibles de publicidad registral, dando lugar su incumplimiento a una sanción. Por contra, la inscripción facultativa implica que el acceso al Registro se deja a la iniciativa de los interesados, y ésta es la que rige en nuestro sistema registral inmobiliario, salvo concretas excepciones.

Una vez comprendido lo anterior, en relación a determinar la validez de la venta de inmuebles realizada por María, cabe decir, en este punto, que la misma goza de plena validez, ya que ella era la propietaria -así con motivo de la sucesión- de los inmuebles en cuestión en el momento en el que se produjo la compraventa de los mismo. En virtud de la apertura de la sucesión y la adquisición por parte de María de esos bienes inmuebles, ella pasa a ser inmediatamente la propietaria, por lo que puede disponer de ellos libremente, ya que la única limitación que prevé el CC para el disfrute de los bienes heredados tras una declaración de fallecimiento es con respecto a la disposición a título gratuito, fijando un plazo de 5 años. Así, no se trataría de un supuesto de venta de cosa ajena, ya que ésta se produce cuando la cosa o derecho objeto del contrato no pertenece al vendedor, y, en este caso, María sí es la propietaria del bien en cuestión.

Entendido lo anterior, cabe mencionar que el art.606 CC protege al tercero que adquiere un inmueble de quien no consta como propietario en el Registro Civil, y esto será así siempre que el mismo adquiera de buena fe, en base, asimismo, al art.34 LH.

En conclusión, Manolo dispone de la acción de recobro, en virtud del art.197 CC, para poder recuperar sus bienes, o bien el dinero que se haya obtenido con la venta de los mismos. No puede obviarse, en este punto, que el régimen económico matrimonial en el que se encontraba el matrimonio de María y Manolo era el de gananciales, por lo que

---

<sup>65</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., "El derecho inmobiliario registral español", en LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. (coord.)/ MONTÉS PENADÉS, V.L. (coord.), *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. p.804.



este derecho será ejercitable en relación con la mitad de lo obtenido. En este sentido, Manolo recuperaría la mitad del dinero obtenido en la venta de la casa a Eustaquio, así como el precio íntegro obtenido en la venta del piso a Miriam. Así, María tendría que entregarle a Manolo 120.000 €, cifra que se corresponde con la mitad de los 240.000 € que ella obtuvo con dicha venta; y 175.000€ € por la venta del piso a Miriam, ya que éste era un bien privativo de Manolo. Finalmente, en relación con la cuenta bancaria de la que ambos eran titulares al 50%, Manolo tendrá derecho a recuperar la mitad del dinero que se haya en la cuenta, es decir, 7.500 €.

#### **4.2 Especificar qué derecho ostentan cada uno sobre el inmueble citado.**

Una vez comprendido todo lo expuesto, puede especificarse, en este punto, qué derechos ostentan cada uno sobre los inmuebles en cuestión. Para ello, debe diferenciarse entre ambos. En primer lugar, sobre el inmueble que María vendió a Eustaquio, éste tendría sobre el mismo un derecho de propiedad, es decir, sería el propietario del inmueble, ya que lo adquiere de buena fe y no puede perjudicarse; María no tendría ya ningún derecho sobre el mismo, ya que se lo vendió a Eustaquio, y en ese momento finalizan sus derechos sobre el inmueble; y, en último lugar, Manolo, con respecto a ese inmueble, como no lo podrá recuperar, ya que se protege la adquisición de un tercero, tendrá derecho a que María le abone la mitad del dinero obtenido con la venta. En segundo lugar, sobre el inmueble que María vendió a Miriam, ésta será la nueva propietaria; María no tendría ningún derecho sobre el mismo por idénticos motivos al caso del otro inmueble; y Manolo, al igual que con el que se vendió a Eustaquio, no podrá recuperar el inmueble, ya que cuando el tercero adquiere de buena fe el bien es irrevindicable, por lo que tendrá un derecho de recobro en virtud del cual María deberá abonarle la cantidad previamente expresada.

## Conclusiones

### Cuestión 1

En relación con la validez del matrimonio entre María y Marcial, es necesario atender a la especial circunstancia que se produce en este caso, ya que María había contraído previamente matrimonio con Manolo, el cual, años atrás, ha sido declarado fallecido. En un primer momento, cualquier matrimonio que reúna los requisitos del art.44 y ss CC, gozaría de plena validez; es decir, no ser menor de edad no emancipado o estar ligado con vínculo matrimonial, ni contraerlo entre sí los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad. Así, quienes no se encuentren entre estas excepciones, podrían contraer matrimonio legítimamente, según los cauces que el propio CC prevé. Ahora bien, en el caso que nos ocupa debe valorarse la peculiaridad ya mencionada, por lo que es necesario exponer los efectos de la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges sobre el cónyuge no ausente. En tal sentido, estando el declarado fallecido casado, la declaración de fallecimiento produce la disolución de su matrimonio, sea cual fuere la forma de su celebración, tal y como establece el art.85 CC, por lo que quien fue su cónyuge hasta la declaración de fallecimiento puede volver a contraer matrimonio legítimamente, ya que al haber sido declarado su primer marido fallecido judicialmente, se encontraría en la misma situación que si éste hubiera fallecido efectivamente, quedando disuelto el vínculo matrimonial que los unía, y quedando ella en total libertad para contraer nuevo matrimonio. En definitiva, el matrimonio entre María y Marcial sería perfectamente válido.

En relación con las acciones a llevar a cabo por Manolo para poner fin a su matrimonio con María cuando éste reaparece, de lo explicado anteriormente puede deducirse que, en base a la declaración de fallecimiento, el matrimonio se disuelve, habiendo quedado, en este caso, el vínculo matrimonial que lo unía con María disuelto en el momento en el que se procede a declararlo fallecido. Por ello, en el momento en el que el declarado fallecido reaparece, no tiene ni puede llevar a cabo ninguna concreta acción para poner fin a su matrimonio, porque no habría matrimonio alguno que disolver.

### Cuestión 2

#### ➤ **En relación con el delito cometido en el barco por María hacia Manolo**

Estaríamos ante un delito de asesinato regulado en el art.139 CP, al concurrir la circunstancia de la alevosía. Esto puede afirmarse en base a que los medios y formas que María emplea a la hora de intentar terminar con la vida de Manolo, revelan una clara intención de asegurar la comisión del delito, evitando, con dichos medios, cualquier posible defensa por parte de la víctima, siendo esto lo definitorio de la circunstancia alevosa; es decir, María muestra una conducta agresora que, objetivamente, se valora como orientada al aseguramiento de la ejecución, en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que se aprecia en los medios, modos y formas empleados. Así, María le propina un fuerte golpe a Manolo y posteriormente lo arroja al mar, siendo ambas actuaciones medios que tienden a asegurar la ejecución en cuestión, y la víctima no podría defenderse ya que, encontrándose aturdida tras el golpe, es arrojada al mar, donde le sería complicado poder defenderse o escapar a dicha

situación de riesgo. A mayores, María abandona el lugar con la creencia de que, efectivamente, ha terminado con la vida de su pareja, por lo que se entiende que el estado en el que lo dejó hacía prever que la muerte de la misma estaba casi garantizada. Sin embargo, es necesario señalar que María sería acusado de asesinato en grado de tentativa, ya que con la posterior reaparición de Manolo se prueba que la muerte no se ha producido.

En este punto, es necesario pronunciarse respecto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En primer lugar, en este supuesto procede la apreciación de la agravante de circunstancia mixta de parentesco, del art.23 CP, ya que el TS ha venido estableciendo que esta circunstancia actuará como agravante en los delitos contra las personas, y como atenuante en los delitos patrimoniales. Por ello, siendo el agraviado su cónyuge, María vería modificada su responsabilidad criminal en virtud de esta circunstancia. En segundo lugar, procede también hacer referencia a la obcecación a la que se refiere el caso en cuestión. Para la apreciación de dicha circunstancia, regulada en el art.21.3 CP, el TS entiende que para apreciar la concurrencia de dicha atenuante, será necesario que se constate la existencia de estímulos o causas procedentes de la víctima que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. En este sentido debe entenderse la proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia, y de la voluntad que acompaña a la acción; si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación. Por ello, procede concluir que en el supuesto de María dicha atenuante no se aplicaría.

➤ **En relación con la validez de las escuchas telefónicas**

La intervención de las escuchas telefónicas es una diligencia investigación que se recoge y regula en el art.579 LECrim. Afecta a uno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente -art.18 CE-, por lo que son numerosos y estrictos los requisitos que el TS ha establecido para determinar la validez de cualquier intervención telefónica, destacando la exclusividad jurisdiccional, en el sentido de que solamente podrá ser acordada por la autoridad judicial competente; la finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones para establecer la existencia de un delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo; la excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otra medida menos gravosa; la proporcionalidad de la medida, que solamente será de aplicación en delitos graves y deberá ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo; la limitación temporal de las intervenciones por plazos trimestrales; la especialidad del hecho delictivo que se investigue, no pudiendo decretarse una intervención telefónica para tratar de descubrir delitos de manera general; la medida debe recaer sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas; la existencia previa de indicios de la comisión del delito; la existencia previa de un procedimiento penal; que la resolución judicial que acuerda la medida se halle suficientemente motivada; y la exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida. Una vez expuestos los requisitos en cuestión, puede entenderse que en aquellos supuestos en los que los mismos concurren, las intervenciones telefónicas gozarían de plena validez y legitimidad.

Ahora bien, y en relación con este caso concreto, especial atención merecen los llamados descubrimientos o hallazgos ocasionales o casuales, esto es, la aparición de hechos delictivos nuevos no incluidos en la resolución judicial habilitante de la medida de intervención telefónica y que salen a la luz cuando ésta se está llevando a efecto. Estos nuevos hechos delictivos, puede suceder que tengan relación con el hecho criminal investigado, en cuyo caso se hablaría de delitos conexos que es necesario investigar y enjuiciar en la misma causa, o bien que sean delitos autónomos e independientes, produciéndose una especie de novación del tipo penal investigado. La forma de proceder en estos casos ha sido establecida en el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, que señala en su Fundamento de Derecho sexto que *respecto al problema de la divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga (...), basta con que en el supuesto de comprobar el funcionario de policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación a través de interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que se dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente*. En consecuencia, esta resolución declara incorrecto el mantenimiento de la intervención telefónica, con vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por no haberse dictado una nueva y expresa autorización judicial, ya que el Juez, al producirse los hallazgos casuales, debería haber valorado las infracciones individualmente. Partiendo de esta premisa se puede establecer que cuando se trate de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior, el Juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar la oportuna causa, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se prosiga una investigación diferente de la que ha sido el mero punto de arranque.

En consecuencia, en el caso concreto que nos ocupa, las escuchas telefónicas en las que se escucha a María decir que ha asesinado a Manolo, podrían servir como punto de partida para, efectivamente, terminar por acusarla de asesinato, ya que según es de notorio conocimiento a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aquí se ha expuesto, no puede darse la espalda a un hecho delictivo y a su correspondiente sanción. Por ello, debería procederse a poner el hallazgo casual en conocimiento del juez, el cual debería dictar una autorización judicial para incoar la oportuna causa, abriendo una nueva investigación para el descubrimiento de ese nuevo delito conocido de forma casual. Esto quiere decir que las escuchas a las que en el supuesto práctico se hace referencia -las de la conversación de María con su amiga, que están interceptadas con motivo de una investigación por tráfico de drogas a Marcial- no valdrían para acusar a María de asesinato, ya que la forma de proceder es dar cuenta al juez de esa nueva circunstancia, de ese nuevo presunto delito, en tanto en cuanto aparenta una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente la adopción de medidas de investigación, para que de ese modo, se deduzca testimonio para que se inicie el correspondiente proceso. Así, una vez se dé cuenta al Juez, éste, valorando lo que corresponda, decidirá lo que proceda, y abrirá, en su caso, una nueva investigación para descubrir el delito de asesinato que María ha cometido, y cuyo conocimiento indiciario se produce en las escuchas referidas.

### Cuestión 3

#### ➤ **Consecuencias jurídicas del comportamiento que ostenta Marcial contra María y contra Elisa.**

La conducta de Marcial supone una pluralidad de acciones que conforman diversas responsabilidades penales a analizar.

En primer lugar, en relación con los delitos que comete contra María, Marcial sería acusado de un delito de violencia habitual tipificado en el art.173 CP y castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, ya que el caso recoge que son numerosas las ocasiones en las que Marcial se comporta de forma violenta sobre María. Se le impondría la pena en su mitad superior, ya que el párrafo segundo del art.173.2 CP recoge que así será en los supuestos en los que los actos en cuestión se produzcan en el domicilio común. Esto se debe a que además de los concretos actos violentos que ejerce sobre ella, el maltrato es habitual, y debe entenderse que María vive en un estado de agresión permanente. Acusando a Marcial de este delito, se protege la integridad moral de María.

Este comportamiento de violencia física habitual debe ser sancionado con independencia de las sanciones adicionales que correspondan a cada una de las agresiones lesivas realizadas. Por ello, Marcial sería acusado, asimismo, de un delito de lesiones del art.147 CP, ya que la paliza que le propina a María en una de las ocasiones, hace que ésta tenga que ingresar en el hospital teniendo que ser intervenida quirúrgicamente dos veces, siendo precisamente la necesidad de tratamiento médico o quirúrgico lo que permite calificar dicha actuación como delito de lesiones. Sin embargo, debido a la cualidad de la víctima, el precepto de aplicación sería el art.148.4 CP, establece que dichas lesiones serán castigadas con pena de prisión de dos a cinco años si la víctima fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Finalmente, el tercer delito por el que sería acusado Marcial en relación con María sería el del art.153 CP, castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, para castigar dos de las conductas que se recogen en el caso. Por una parte, el derrame que le produce en el ojo tras propinarle un fuerte golpe en el mismo. En caso de que hubiese necesitado tratamiento médico o quirúrgico, se hablaría ya de un delito de lesiones, como los expuestos anteriormente. Sin embargo, ningún dato se aporta que pueda hacer pensar que ha sido así, por lo que esta conducta de Marcial se debe encuadrar en este precepto, ya que es una actitud no definida como lesión en el Código. Por otra parte, tras la vuelta a la convivencia, Marcial le propina a María tres golpes en el estómago. Esta conducta sería constitutiva también de un delito del art.153 CP, ya que no constituye una actuación calificada como lesión en el CP, y se encuadra a la perfección en dicho precepto. Sin embargo, sería en uno de sus subtipos agravados -el recogido en el art.153.3 CP-, ya que tiene lugar en el domicilio común y además, quebrantando un orden, por lo que la pena, en este último delito, se le aplicaría en su mitad superior.

En segundo lugar, en relación con el derrame que le produce a Elisa, sería acusado de un delito del art.153 CP, ya que el mismo castiga aquellas conductas que causan una lesión no recogida como tal en el Código, por no cumplir los requisitos de precisar de tratamiento médico o quirúrgico. Así, al igual que en el caso del derrame en el ojo de María, si el mismo no precisa de dichos tratamientos, quedaría encuadrado en este tipo

delictivo. Por ello, Marcial sería acusado, en relación con su hija Elisa, de un delito de maltrato ocasional recogido en el art.153.2 CP, por ser la víctima su descendiente.

En relación con la drogadicción, y la posibilidad de aplicar la eximente del art.20 CP o la atenuante del art.21 CP, es preciso apuntar, para la primera de ellas, que lo que se requiere para su aplicación es que el sujeto esté en un estado de intoxicación por esas sustancias en el momento de producción de los hechos, y nada indica que esto sea así, por lo que no procedería su aplicación; asimismo, para que pueda apreciarse la segunda de ellas, debe ser esa circunstancia de dependencia la que lleva al sujeto a cometer el delito, y, en el caso que nos ocupa, las actuaciones violentas de Marcial no guardan esa exigida relación directa, ya que no propina las palizas "a causa" de su drogadicción.

➤ **Vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia**

Esta vuelta a la convivencia tiene una clara consecuencia jurídica, y es la acusación que recaería sobre Marcial por cometer un delito de quebrantamiento de condena recogido en el art.468.2 CP, ya que sobre él pesaba una orden de alejamiento en virtud de la cual no podría acercarse a la víctima beneficiaria de la medida -María-. Esto se debe a que el consentimiento de la víctima es indiferente e irrelevante, ya que no puede quedar el cumplimiento de esa resolución judicial en manos del condenado ni a su libre arbitrio, así como tampoco será la víctima la que lo realice. Este delito está castigado con la pena de multa de doce a veinticuatro meses por no encontrarse privado de libertad. En relación con María, al margen de las consideraciones de un sector doctrinal que entiende que la víctima debería considerarse cooperadora necesaria o inductora, no pesaría sobre ella ninguna responsabilidad criminal, ya que su consentimiento no tiene efecto alguno sobre el delito que Marcial comete con su actuación.

#### **Cuestión 4**

➤ **Examinar la validez jurídica y las acciones a llevar a cabo por Manolo, con respecto a la cuenta bancaria y a los dos muebles vendidos por María a Eustaquio y a Miriam**

El art.197 CC establece que si el declarado fallecido reaparece, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido. En base a tal precepto, cuando Manolo regresa, el mismo dispondrá de la acción de recobro para exigir que su heredera universal -María-, le entregue los bienes en cuestión.

Así, al estar casados en régimen de gananciales, María estaría obligada a entregarle la mitad del precio obtenido con la venta de la casa que tenían en común al 50%, por lo que deberá entregarle 120.000 €; el precio obtenido íntegramente con el piso de carácter privativo que tenía Manolo, es decir, 175.000€; y la mitad del dinero que se halla en la cuenta cuando Manolo regresa, que serían 7.500 €.

➤ **Explicar qué derecho ostenta cada uno sobre el inmueble citado**

Finalmente, en relación con los derechos que cada sujeto ostenta en relación con los inmuebles que han sido objeto de venta, serían los siguientes: en primer lugar, en relación con la casa que era propiedad de ambos y que se vendió a Eustaquio, éste tendría sobre ella un derecho de propiedad, la cual adquirió en virtud de la compraventa

y la tradición del mismo; Manolo, al no poder recuperar el bien por haber sido éste a un tercer adquirente de buena fe al cual se protege, tendrá derecho de recobro en relación con el precio obtenido por el mismo, pero por su mitad, debido al régimen económico matrimonial establecido. En segundo lugar, en relación con el piso privativo de Manolo que ha sido vendido a Miriam, ésta tendrá un derecho de propiedad sobre el mismo, es decir, tras la compraventa ella sería la nueva y única propietaria del inmueble en cuestión, quedando el derecho de Manolo, como en el caso anterior, únicamente limitado a poder exigir que se le entregue el precio obtenido con su venta, en este caso, en su totalidad. María no tendría ningún derecho sobre ninguno de los inmuebles, ya que, a pesar de haberse convertido en propietaria por sucesión, procedió a enajenarlos, quedando por tanto, privada de ningún derecho sobre los mismos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina:**

BODOVA PASAMAR, M.A., RUEDA MARTÍN, M.A., *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Ed. Atelier, 2006; BOIX REIG, J. (coord.), MARTÍNEZ GARCÍA, E. (coord.), *La nueva Ley contra la violencia de género*. Ed. Iustel, Madrid, 2005; BORJA GIMÉNEZ, E., *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y justicia*. USC, Santiago de Compostela, 2013; CLIMENT DURÁN, C., *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Las penas y medidas de seguridad*. Madrid, 2006; CORRAL TALCIANI, H.F., *La declaración de fallecimiento*. Ed. Tecnos, D.L., Madrid, 2011; DE HOYOS SANCHO, M., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009; DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso de Derecho Civil (I), Derecho Privado de la persona*. Ed. Colex, Madrid, 2001; GANZENMMÜLLER, C., ESCUDERO, J.F., FRIGOLA, J., *Homicidio y asesinato*. Ed. Bosch, Barcelona, 1996; GRACIA MARTÍN, L., VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal español, Doctrina y jurisprudencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., *La declaración de fallecimiento en el derecho español*. Ed. La Ley, 2011; LASARTE, C., *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil IV*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013; LASARTE, C., *Parte General y Derechos de la Persona, Principios de Derecho Civil I*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015; LAURENZO COPELLO, P. (coord.), ÁLVAREZ, R.M., MACHADO RUÍZ, M.D. /MAQUEDA ABREU, M.L., MOLINA CABALLERO, M.J., DE PAÚL VELASCO, J.M., RUBIO, A./ DE TORRES PORRAS, F., *La violencia de género en la Ley*. Ed. Dynkinson, Madrid, 2010; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., MONTÉS PENADÉS, V.L., BLASCO GASCÓ, F., CAPILLA RONCERO, F., CLEMENTE MEORO, M., DOMÍNGUEZ PLATAS, J., LÓPEZ DE HEREDIA, C., PRATS ALBENTOSA, L., ROCA I TRIAS, E., VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*. Ed. Dynkinson, Madrid 2010; MARCHAL ESCALONA, A.N., *Manual de lucha contra la violencia de género*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2010; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*. Ed. La Ley-Actualidad, S.A, Madrid, 1996; PUIG I FERROL, L., GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Civil: Introducción y Derecho de la persona*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código Penal comentado y con jurisprudencia*. Ed. La Ley, Madrid, 2005; ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el derecho español*. Ed. Bosch Penal, Barcelona, 2007; SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coord.), MORENO QUESADA, B., GONZÁLEZ PORRAS, J.M., *Curso de Derecho Civil (I), Parte General y Derecho de la persona*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), RAGUÉS I VALLÉS, R.J. (coord.), CASTIÑEIRA PALOU, M.T., FELIP I SABORIT, D., BENLLOCH PETIT, G., ROBLES PLANAS, R., PASTOR MUÑOZ, N., ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.,



MONTANER FERNÁNDEZ, R., LLOBER ANGLÍ, M., *Lecciones de Derecho Penal, Parte especial*. Ed. Atelier, Barcelona, 2011; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *La imputabilidad del consumidor de drogas*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Manual de Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial*. Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2008; VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSAAC, J.L., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal, Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

## **Jurisprudencia**

### Tribunal Supremo

STS de 25 de junio de 1993; STS de 7 de diciembre de 1993; STS de 18 de abril de 1999; STS nº 5813/1994, de 12 de septiembre; STS de 11 de octubre de 1994; STS nº 1122/1998, de 29 de septiembre de 1998 ; STS nº 209/1999, de 12 de febrero; STS nº 806/2001, de 11 de mayo; STS nº 2085/2001, de 12 de noviembre; STS nº 370/2003, de 15 de marzo; STS nº 988/2003, de 4 de julio; STS nº 1750/2003, de 18 de diciembre; STS nº 147/2004, de 6 de febrero; STS de 16 de mayo de 2004; STS nº 357/2005, de 20 de abril; STS nº 1156/2005, de 26 de septiembre de 2005; STS nº 1147/2005, de 13 de octubre; STS nº 1400/2005, de 23 de noviembre ; STS 69/2006, de 20 de enero; STS nº 577/2008, de 1 de diciembre; STS nº 775/2007 de 28 de septiembre; Auto del Tribunal Supremo de 1992.

### Tribunal Constitucional

STC nº 144/1984, de 29 de noviembre; STC nº 86/1995, de 6 de junio; STC nº 49/1996, de 26 de marzo.

### Audiencias Provinciales

SAP de Las Palmas nº 170/2005, de 14 de julio; SAP de Huesca nº 1887/2005, de 18 de octubre; SAP de Murcia nº 134/2007, de 3 de octubre; SAP de Tarragona nº 106/2008, de 25 de febrero.

## **Legislación**

-Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria; Ley de 8 de junio, de 1957, del Registro Civil; Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.; Constitución española de 1978; Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se aprueba el Código Civil; Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993.