



## **Trabajo Fin de Grado**

# **Caso sobre violencia doméstica y venta de cosa ajena.**

Autora: Clara Fernández Souto.

Titulación: Grado en Derecho

Año académico: 2015/2016

Tutor: D. Ramón Perfecto Rodríguez Montero.

# Índice de contenido

|                                                                                                                                                                |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| - INDICE DE ABREVIATURAS.....                                                                                                                                  | 2  |
| - CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO.....                                                                                          | 3  |
| I. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.....                                                                                                                | 4  |
| 1 - Validez jurídica del matrimonio Marcial-María y acciones legales ejercitables por Manolo para poner fin al matrimonio.....                                 | 4  |
| 1.1 - Consideraciones previas a cerca de la declaración de fallecimiento de Manolo.....                                                                        | 4  |
| 1.2 - Determinación de la validez jurídica del vínculo matrimonial existente entre María y Marcial....                                                         | 7  |
| 1.2.1 - Posibilidad de celebración matrimonial especial: Matrimonio católico.....                                                                              | 7  |
| 1.3 - Posibles acciones a ejercitar por Manolo con el objetivo de poner fin a su matrimonio con María.....                                                     | 9  |
| 2 - Delito cometido por María y Escuchas telefónicas.....                                                                                                      | 9  |
| 2.1- Análisis de las características del delito cometido por María.....                                                                                        | 9  |
| 2.1.1 - Posible apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de María.                                                              | 12 |
| 2.1.2 - Conclusiones penológicas.....                                                                                                                          | 15 |
| 2.2 - Análisis relativo a la validez de las escuchas telefónicas.....                                                                                          | 15 |
| 2.2.1 - Cuestiones previas sobre la diligencia de intervenciones telefónicas y el derecho de secreto de las comunicaciones.....                                | 15 |
| 2.2.2 - Análisis de la cuestión de los “hallazgos casuales”.....                                                                                               | 18 |
| 3 - Responsabilidad Penal de Marcial por los delitos cometidos.....                                                                                            | 21 |
| 3.1 - Imputabilidad delito de violencia doméstica habitual del artículo 173.2 del Código Penal.....                                                            | 21 |
| 3.1.1 - Aplicación del subtipo agravado por cometerse en domicilio común.....                                                                                  | 23 |
| 3.1.2 - Conclusiones penológicas.....                                                                                                                          | 23 |
| 3.2 - Episodios de violencia individualizados.....                                                                                                             | 24 |
| 3.2.1 - EPISODIO 1.....                                                                                                                                        | 24 |
| 3.2.1.1 - Posibilidad o no de aplicar la atenuante por estado pasional: celotipia.....                                                                         | 26 |
| 3.2.1.2 - Conclusiones Penológicas.....                                                                                                                        | 26 |
| 3.2.2 - EPISODIO 2.....                                                                                                                                        | 26 |
| 3.2.2.1 - Conclusiones Penológicas.....                                                                                                                        | 27 |
| 3.2.3 - EPISODIO 3.....                                                                                                                                        | 27 |
| 3.2.3.1 - Conclusiones penológicas.....                                                                                                                        | 30 |
| 3.2.4 - Delito de quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento.....                                                                                    | 30 |
| 3.2.4.1 - Conclusiones Penológicas.....                                                                                                                        | 31 |
| 3.2.5 - EPISODIO 4.....                                                                                                                                        | 31 |
| 3.2.5.1 - De la apreciación de posibles circunstancia modificativas de la responsabilidad penal de Marcial por drogadicción y reparación del daño causado..... | 34 |
| 3.2.5.2 - Conclusiones Penológicas.....                                                                                                                        | 39 |
| 3. 3 - PENA TOTAL IMPUTABLE A MARCIAL: APLICACIÓN DE CONCURSO REAL.....                                                                                        | 39 |
| 4 - Acciones legales que puede ejercitar Manolo al reaparecer y derechos sobre los bienes inmuebles...                                                         | 39 |
| 4.1 - Apertura del testamento, ventas y posterior reparación de Manolo.....                                                                                    | 39 |
| 4.2 - Acciones legales ejercitables.....                                                                                                                       | 41 |
| II. APÉNDICE DOCTRINAL.....                                                                                                                                    | 47 |
| III. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....                                                                                                                             | 49 |
| IV. APÉNDICE NORMATIVO .....                                                                                                                                   | 51 |
| V. ANEXOS.....                                                                                                                                                 | 52 |

## **- INDICE DE ABREVIATURAS**

-AAVV: Autores varios

-AP: Audiencia Provincial

-Art: Artículo

-CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

-CE: Constitución Española de 1978

-Cfr: Confróntese

-CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

-FGE: Fiscalía General del Estado

-LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

-Lecrim: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

-LH: Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

-LO: Ley Orgánica

-LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial

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

-LO 11/2003: Ley Orgánica, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

-Núm: Número

-RP: Registro de la propiedad

-SAP: Sentencia Audiencia Provincial

-STC: Sentencia Tribunal Constitucional

-STS: Sentencia Tribunal Supremo

-TC: Tribunal Constitucional

-TS: Tribunal Supremo

## - CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO.

Con motivo de modificaciones legislativas que se han ido sucediendo con el paso de los años en determinadas materias es necesario llevar a cabo una serie de consideraciones antes de entrar en el fondo del asunto, para poder entender si será pertinente la aplicación al tema que se trate de la citada modificación o por el contrario de otra ley anterior, en base a diferentes razones.

En primer lugar, con respecto a la primera pregunta, puede llamar la atención que se apliquen determinados preceptos del Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de Promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de procedimiento para emisión de la declaración de fallecimiento y de su posterior revocación.

La razón de ser de la aplicación de esta ley se encuentra en lo dispuesto por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil actual que prevé que mientras no se promulgue una nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, la aplicación referente a estas cuestiones se reservará a la ley del 1881.

Actualmente, estas cuestiones procedimentales se rigen por lo dispuesto en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

A pesar de lo dispuesto en el artículo 2<sup>1</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil actual con respecto a que deben aplicarse al conocimiento del asunto las leyes procesales vigentes y que éstas no serán retroactivas, la Ley de 2015 no resulta de aplicable en este caso porque en los momentos en los que se declara y revoca el fallecimiento – año 2007 y 2014, respectivamente - no se había promulgado todavía la ley de jurisdicción del 2015 y por tanto, no se podía aplicar algo que no estaba vigente.

Por lo que respecta a la segunda y tercera pregunta, se aplicará en relación con la conducta delictiva de María y con la responsabilidad de Marcial por sus delitos, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, sin tener en cuenta para la calificación de los hechos las modificaciones implantadas por la Ley 1/2015, de 30 de marzo que constituye el nuevo Código Penal vigente.

Los motivos por los que se aplica el Código Penal del 1995 en lugar del reformado de 2015, residen en el principio de irretroactividad que rige para las normas penales y que consiste en la imposibilidad de que la ley despliegue efectos hacia atrás en el tiempo por lo que sus efectos sólo operarán a partir de la fecha de promulgación.

En nuestro caso, el intervalo de tiempo en el que ocurrieron los hechos transcurre del año 2007 al 2014; a un año de promulgarse la nueva ley, por lo que en base al citado principio no resultará de aplicación la misma.

Habría una posibilidad de que se pudiera aplicar el nuevo Código Penal y sería que éste en su redacción resultase más favorable para el reo que el de 1995.

Para determinar si la ley resulta más o menos favorable al reo se realizará una comparación entre las penas previstas en ambos códigos con respecto al hecho enjuiciado, determinando finalmente la aplicación del que no desfavorezca al reo.<sup>2</sup>

En conclusión, realizando esa comparativa es evidente que la aplicación del Código Penal de 2015 no resultaría más favorable al reo con respecto a los delitos calificados en este caso, por lo que se aplicará el Código Penal de 1995.

En lo que se refiere a la pregunta de las escuchas telefónicas, surge la duda de si procede la aplicación de la Lecrim antigua o de la reforma que establece la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas-, puesto que en la disposición transitoria única de dicha ley dice que “ esta ley se aplicará a los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor”.

Nos encontramos entonces ante un problema debido a que en la relación de hechos no consta la fecha en la que se decretaron las escuchas para Marcial y lo más importante a efectos de aplicación de la ley, el momento en el que a raíz de los descubrimientos casuales que implicaban a María se ampliaron las escuchas y se procedió a incoar un nuevo procedimiento por *notitia criminis*.

---

1 Aplicación en el tiempo de las normas procesales civiles: Art 2º: Salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas”.

2 Circular 3/2015 de la FGE, por la que se establecen criterios en relación con el régimen transitorio establecido por la referencia del CP. Se hace referencia a esta Circular puesto que en materia de régimen transitorio no se ha modificado con respecto a las Circulares de 1996, 2000, 2004 y 2010.

Parece lógico presuponer que el orden de la redacción del caso se equipara a la cronología o sucesión de los acontecimientos, por lo que basándonos en ese razonamiento hemos llegado a la conclusión de que el nuevo procedimiento por tentativa de asesinato se incoa antes del año 2015, siendo de aplicación en virtud de la disposición antes mentada, la Lecrim anterior anterior a la modificación de 2015.

Hemos de tener en cuenta no obstante, que si se hubiese incoado procedimiento habiendo entrado ya en vigor la lecrim de 2015 debe aplicarse la misma aunque los hechos se haya cometido con anterioridad, por el principio procesal de aplicación de la normativa actual.

Además la materia de las escuchas telefónicas ha sido de las que más se han modificado en 2015, incorporando un gran número de preceptos que regulan de un modo menos ambiguo su duración, resolución habilitante, tipos de delitos que pueden ser objeto de investigación, suponiendo la novedad más importante la previsión por fin de los “hallazgos casuales”.

## **I. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.**

### **1 - Validez jurídica del matrimonio Marcial-María y acciones legales ejercitables por Manolo para poner fin al matrimonio.**

#### **1.1 - Consideraciones previas a cerca de la declaración de fallecimiento de Manolo.**

En la cuestión planteada en primer lugar se trata de determinar si es o no válido el segundo matrimonio contraído entre María y Marcial, tras declararse a Manolo fallecido a causa de un accidente en barco.

Considero necesario analizar brevemente la cuestión de declarar fallecido a Manolo, puesto que, dicha declaración, supondrá el punto de partida para, posteriormente- como resultado de una serie de efectos jurídicos derivados de la misma-, determinar la validez jurídica del matrimonio celebrado entre María y Marcial en el año 2007.

Se define la declaración de fallecimiento como la resolución judicial que reviste forma de Auto y que en los casos en los que concurren determinadas circunstancias se puede presumir o “concebir racionalmente la sospecha de muerte”.<sup>3</sup> De este modo, no existen evidencias o certeza de la muerte, pero se puede llegar a crear la convicción de que efectivamente se produjo a través de esta ficción legal. Según BERCOVITZ “No existe prueba de la muerte pero tampoco es posible acreditar que se continúa con vida”.

Por ello, la declaración de fallecimiento se constituye como un sustituto legal de la muerte cuando no se puede confirmar la misma por la razones que sea.

Esta ficción legal está formada atendiendo a una serie de rasgos o características que pueden ser, entre otras, por ejemplo, su carácter autónomo.

Se trata de una figura autónoma con respecto a la declaración de ausencia y a la muerte. Asimismo goza de eficacia constitutiva y *erga omnes*<sup>4</sup>

Cabe añadir que la declaración de fallecimiento contiene una presunción de muerte “*iuris tantum*”<sup>5</sup>, es decir que admite prueba en contrario, lo que significa que al reaparecer Manolo podrá ser dicha declaración revocada.

En referencia a los elementos que integran esta institución de la declaración de fallecimiento se contemplan tres bien diferenciados que son;

Una afirmación base o de los hechos; una afirmación presumida y un enlace o nexo de unión, que permite el paso de la afirmación base a la afirmación presumida; dicho enlace lo predetermina el legislador en función de determinados elementos de juicio<sup>6</sup>

En cuanto a su regulación, la declaración de fallecimiento aparece recogida en el Capítulo II del Título VIII del CC - arts 193 y ss-, relativo a la “ausencia”. Dicha normativa se ha visto modificada por la reforma introducida por la Ley 4/2000, de 7 de enero, *de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento en los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros*.

3 OGAYAR AYLLON: “Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales”, El Derecho Reunidas S.A, Madrid, 1985.

4 DE CASTRO BRAVO, F: “Derecho Civil de España”, Civitas, Madrid, 2008, p. 452.

5 con respecto al aspecto concreto de presunción de muerte, no de presunción a mayores, de la causa de la muerte y que admite prueba en contrario; Cfr. STS núm 407/ 2010, de 18 de junio (RJ\2010\4890)

6 GUINEA FERNÁNDEZ, D: “La declaración de fallecimiento en el Derecho español”, LA LEY, 2011, p.270

En lo que se refiere al procedimiento aplicable, dicha declaración tiene que ser emitida por un juez a través del procedimiento recogido de los artículos 2042 a 2947 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, por encontrarse vigente- en esa materia en el momento de emitir la declaración.<sup>7</sup>

En el caso que nos ocupa, la declaración de fallecimiento de Manolo se da por la circunstancia que se recoge en el párrafo segundo del artículo 194<sup>8</sup>- precepto modificado por la Ley 4/2000-, que contempla el supuesto de persona desaparecida por inmersión en el mar.

Según la redacción de los hechos, Manolo cae por la borda del barco, lo que supone que con toda probabilidad, no fuese capaz de sobrevivir en Alta Mar a la intemperie, pudiendo sufrir una hipotermia en pocos días o pudiendo morir por ahogamiento, inanición..., entre otras causas.

La finalidad de la aplicación de esta ficción jurídica de la declaración de fallecimiento es garantizar o preservar un mínimo de seguridad en las relaciones jurídicas ante la situación de incertidumbre provocada por la desaparición de una persona de la cual no se tiene certeza de si sigue o no con vida.

Se pretende superar así, las discordancias entre la realidad material y la realidad jurídica, analizando las circunstancias concurrentes para determinar si se puede declarar muerte probable de la persona en base a un “juicio de probabilidad de la muerte”<sup>9</sup>

Este juicio de probabilidad es el que lleva a cabo el juez que analiza si concurren las circunstancias necesarias recogidas en los preceptos del CC referentes a la declaración de fallecimiento.<sup>10</sup>

Estos preceptos que regulan la declaración de fallecimiento han sido creados por el legislador en base a dos criterios; por un lado el criterio de la desaparición sin mediar circunstancias trágicas o especialmente peligrosas y por otro, una serie de supuestos “ad hoc” que contemplan sucesos que llevan aparejada una alta probabilidad de muerte.

En este caso, nos encontramos ante uno de esos preceptos extraordinarios, el 194.2 del CC que recoge además de la posibilidad de naufragio, la de desaparecido por inmersión en el mar, que es la que nos ocupa.

El Tribunal en estos casos se basa únicamente en la razón y en la lógica para establecer esta presunción judicial, una vez comprobado si se cumplen los requisitos legales.<sup>11</sup>

El plazo que debe transcurrir para declarar a Manolo fallecido es el de 3 meses desde la desaparición, que tiene lugar el 30 de junio de 2007, día del supuesto accidente por el cual Manolo cae por la borda del barco, no habiendo tenido ninguna noticia sobre él desde la citada fecha.

Según LACRUZ BERDEJO<sup>12</sup> el requisito de los plazos es el más complicado de todos porque varía en función de determinadas circunstancias.

En este caso, el accidente que sufre Manolo podría clasificarse según el sistema del citado autor dentro de la categoría de “*desaparición en situación actual (comprobada o presunta) de riesgo inminente*”.

La razón de que el plazo a transcurrir sea tan breve es por todo lo expuesto anteriormente sobre las altas probabilidades – desde el punto de vista objetivo- de que Manolo hubiese perdido la vida al sufrir ese tipo de accidente, lo que hace razonable que se facilite antes el acceso a la declaración de fallecimiento.

Como consecuencia pues, de la falta de noticias en ese periodo de 3 meses y ante la alta peligrosidad de los hechos acaecidos, se declara a Manolo fallecido en el mes de septiembre de 2007.

Por lo que se refiere a los efectos que la declaración de fallecimiento lleva aparejados, cabe indicar que los mismos inciden en las relaciones que tienen que ver con la personalidad jurídica, con el patrimonio, con los estados civiles...etc.<sup>13</sup>

No obstante, el legislador no atribuye expresamente a la declaración de fallecimiento un efecto extintivo de la personalidad jurídica, puesto que este efecto sólo se prevé legalmente por el artículo 32 del CC para los supuestos de muerte comprobada<sup>14</sup>. Por ello, la declaración de fallecimiento no resulta equiparable a la

7 En base a lo dispuesto por disposición derogatoria única de la LEC del año 2000 que determinó que dicho libro dedicado a la Jurisdicción Voluntaria se mantendría en vigor mientras no se promulgase una nueva Ley de Jurisdicción voluntaria.

8 Art 194”: De los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquellos”.

9 CORRAL TALCIANI, H: “La declaración de Fallecimiento”, Tecnos, Madrid 1991

10 Cfr: SAP de Pontevedra de 5 de febrero de 2009 (JUR\2010\40173)

11 Cfr: STS de 26 de abril de 1901 que decía que cuando hubiese tenido lugar un accidente y se hubiera comprobado el mismo, existía un fundamento de carácter racional para poder creer y afirmar que la persona de cuya desaparición se trata fuera víctima del accidente y consecuentemente, pereció en él, resultando por otro lado anómalo declararlo simplemente ausente.

12 LACRUZ BERDEJO.J: “Elementos de derecho civil I: parte general, personas, Dykinson, 2008.

13 En relación a los mismos, Cfr: SAP de Cádiz, de 15 de junio de 2001 (JUR\2001\248236)

14 Art. 32”: La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”

muerte puesto que, carece de la cualidad de definitiva, que acompaña a la segunda. Consecuentemente, cabe decir que la personalidad jurídica y la capacidad de obrar del sujeto declarado fallecido no se extinguen.

En este sentido, el legislador en los artículos 196 y 197 del CC, establece ciertas cautelas sobre los bienes patrimoniales del declarado fallecido en casos de reaparición. De los que se deduce que la personalidad jurídica del declarado fallecido no se extingue

En esta línea argumentativa, David Rafael Guinea<sup>15</sup> indica que “la persona es un *prius* para el Derecho, lo que significa que el Legislador no está legitimado para extinguir artificialmente la personalidad de nadie por medio de la actividad normativa”. Siguiendo el mismo parecer doctrinal, CORRAL TALCIANI<sup>16</sup> afirma con rotundidad que “la personalidad jurídica nunca se extingue por la declaración de fallecimiento”. En lo que se refiere al ámbito de las relaciones patrimoniales, la declaración de fallecimiento provoca como principal efecto la apertura de la sucesión del declarado fallecido, es decir, en este caso el patrimonio de Manolo se convierte en herencia puesto que, a efectos legales se considera que ha muerto. María se convertirá entonces, en heredera universal del mismo, cuestión que se analizará en profundidad en la última parte del trabajo.

Centrándonos en la cuestión principal sobre la que gira esta pregunta, debe analizarse ahora, la cuestión de la incidencia que tiene la declaración de fallecimiento sobre los estados civiles y en concreto, sobre su matrimonio con María.

Desde el punto de vista familiar, la declaración genera consecuencias sobre el matrimonio contraído con el cónyuge declarado fallecido puesto que se produce la disolución del mismo. Este efecto se despliega desde que se inscribe en el Registro Civil la declaración que supone la fecha a partir de la cual se entiende sucedida la muerte, salvo prueba en contrario.

En cuanto a los términos nulidad y disolución matrimonial resulta necesario establecer una serie de diferenciaciones, con la finalidad de evitar confusiones.

Al respecto cabe señalar que, mientras que la nulidad matrimonial comporta la retroactividad de la ineficacia con efectos “*ex tunc*” desde el momento de celebración del matrimonio, la disolución del mismo cobra efectos “*ex nunc*”, es decir, la disolución solo operará al adquirir firmeza la resolución judicial, sin que pueda retrotraerse a un momento anterior.

En atención a ello, debe considerarse por tanto, que el momento exacto en el que tiene lugar la disolución del matrimonio debe coincidir con la fecha en la que adquiriera firmeza el auto que declare el fallecimiento.

Aclarado este aspecto, procede continuar con la regulación jurídica de la disolución matrimonial para lo que habrá que estar a lo establecido en el artículo 85 del CC<sup>17</sup>- que conserva la inicial redacción que le dio la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio-, que desarrolla el mandato contenido en el artículo 32 de la CE, que *afirma que el matrimonio se disolverá, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges*<sup>18</sup>

Con la intención de aportar un concepto que no se limite a transcribir literalmente el precepto citado anteriormente, ACEDO PENCO define la disolución matrimonial como “la ineficacia sobrevenida, fortuita de un matrimonio plenamente vigente, que, debido a la concurrencia de uno de los supuestos previstos en la ley, hace desaparecer entre los cónyuges definitivamente el vínculo matrimonial que les venía uniendo”.<sup>19</sup>

Esta disolución tendrá el carácter de automática – inmediata tras la declaración de fallecimiento de Manolo- y permanente.

El rasgo de permanencia que caracteriza a la disolución del vínculo matrimonial del que forma parte el declarado fallecido permite afirmar que aunque Manolo reaparezca y se revoque por ello, la declaración de fallecimiento, el vínculo matrimonial con María se mantendrá disuelto, siendo necesario que se vuelvan a

15 GUINEA FERNÁNDEZ D., op cit, p. 203

16 CORRAL TALCIANI, H: “La declaración...”, cit 10

17 “Art.85: Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

18 Cfr, STS de 13 de mayo de 1983. (RJ\1983\2819)

19 ACEDO PENCO, A.: “El matrimonio, Derecho de familia, Dykinson, Madrid, 2013, p. 87 y ss

casar siguiendo los trámites pertinentes que tuvieron que llevar a cabo en su día para volver a constituir la unión conyugal.

Esa disolución es lo que precisamente posibilita a María casarse con Marcial, es decir, a contraer segundas nupcias sin tener que cumplir ningún requisito complementario, ya que la declaración de fallecimiento supone la disolución de manera automática sin trámites a mayores.<sup>20</sup>

Asimismo, ante esta posible hipótesis de que ambos deseen volverse a casar- que no es el caso-, resultaría necesario previamente disolver el matrimonio contraído por Marcial y María a través de los cauces legales oportunos, cuestión que genera divergencias doctrinales pues algunos autores piensan que debería tramitarse como un supuesto de nulidad matrimonial y otros como un divorcio

## **1.2 - Determinación de la validez jurídica del vínculo matrimonial existente entre María y Marcial**

Partiendo de la base de que Marcial y María hayan contraído su matrimonio válidamente, cumpliendo todos los requisitos formales establecidos para el mismo y sin encontrarse viciado el consentimiento por error, coacción o miedo grave, ya que de ser así, el matrimonio devendría nulo en origen, según las causas de nulidad recogidas en el artículo 73 del CC, resulta de enorme trascendencia que el matrimonio tenga que estar inscrito en el Registro Civil.<sup>21</sup>

Cierto es que esta institución produce efectos civiles desde el momento de su celebración en virtud del artículo 61.1 del CC. No obstante, según precisa el artículo 61.2 del CC, para que este reconocimiento de efectos civiles sea pleno, y para que pueda ostentar un título de legitimación de la situación matrimonial, será necesaria dicha inscripción.

Tras llevar a cabo una breve alusión a la validez del segundo matrimonio celebrado - independientemente de la existencia de un primer vínculo- corresponde, en contestación a la pregunta planteada, determinar la validez de dicho segundo matrimonio atendiendo a la circunstancia de la declaración de fallecimiento, con la consiguiente disolución matrimonial y la posterior reaparición de Manolo.

Como consecuencia de lo expuesto en el epígrafe anterior cabe concluir que el matrimonio contraído entre María y Marcial tiene una validez plena puesto que, se celebra con posterioridad a la declaración de fallecimiento de Manolo, que produjo la disolución automática del vínculo conyugal .

Así, la celebración a posteriori, una vez declarado inexistente el primer matrimonio, queda acreditada a través de la constatación de la fecha de la declaración de fallecimiento y de la celebración del segundo enlace, años 2007 y 2009, respectivamente.

De este modo, a pesar de la reaparición de Manolo, el estado de las cosas no es alterado con respecto al nuevo matrimonio contraído por parte de María en virtud del artículo 9.3 de la CE que obliga a mantener el nuevo “status quo” creado a partir de la ficción legal de la declaración de fallecimiento de Manolo.<sup>22</sup>

### **1.2.1 - Posibilidad de celebración matrimonial especial: Matrimonio católico**

Analizada la cuestión de la plena validez del matrimonio celebrado entre Marcial y María desde el punto de vista civil, que es el relevante a efectos jurídicos, procede analizar de modo complementario, la validez del matrimonio tomando en consideración que María y Marcial hubiesen celebrado su matrimonio a través del rito católico, encontrándose ésta casada también con Manolo anteriormente por la iglesia.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión conviene hacer mención de una serie aclaraciones con respecto a este tipo o forma especial de matrimonio religioso.

Las formas matrimoniales especiales contemplan supuestos de celebración conocidos desde la antigüedad, en los que las reglas generales civiles en cuanto a la forma resultan simplificadas, al omitirse la preceptiva presencia de alguna de las formalidades ordinarias.

Esto no quiere decir sin embargo, que el mismo no se deba regir, en ciertos aspectos, además de por el Derecho Canónico, por las disposiciones del Derecho Civil vigente.

El artículo 59 del CC prevé la celebración del matrimonio en forma religiosa teniendo en cuenta que se debe regir por los términos acordados con el Estado o autorizados por la Legislación del mismo.

20 Cfr: SAP de Barcelona, de 10 de julio de 2002 (JUR\2002\278769). Esta sentencia aplica de forma incorrecta el artículo 85, puesto que el matrimonio ya se encontraba disuelto con la propia declaración de fallecimiento

21 LASARTE, C: “Principios de Derecho Civil (Tomo VI), Derecho de familia, Marcial Pons, Madrid, 2015.

22 AAVV. LLEDÓ YAGUE, F (Coord.); MOLINER NAVARRO, R: “Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia”, Dykinson, año 2011 pags 117 y ss



Con el objetivo pues, de dotar de efectividad las prescripciones del Código Civil, España establece acuerdos con la Santa Sede en el año 1979.

Como resultado, el matrimonio católico inscrito<sup>23</sup> producirá efectos de carácter civil desde su celebración, siendo necesaria su inscripción en el Registro Civil para su reconocimiento pleno. En este sentido, cabe destacar los votos particulares del FJ 6º la Sentencia del TC nº 199/2004, de 15 de noviembre indicando que no se puede dejar a un lado o pretender anular los efectos civiles por celebrarse el matrimonio en forma religiosa. Deberá regirse, por tanto, por la Legislación Civil, debiendo ser inscrito el enlace en el Registro Civil, con independencia de la forma elegida para contraer matrimonio y a pesar de los efectos que se puedan desprender por el mero acto de celebración.

Aclaradas estas cuestiones previas, si se diese la hipótesis del deseo de María y Marcial de casarse por la iglesia- estando ésta casada anteriormente con Manolo del mismo modo-, se tendría que tener en cuenta la diferencia de tratamiento que hace el Derecho civil frente al Derecho Canónico, respecto a la declaración de fallecimiento.

Por una parte, el Derecho Civil, como comentábamos anteriormente, equipara de modo automático la declaración de fallecimiento a la muerte, admitiendo prueba en contrario en caso de que el supuesto fallecido reaparezca, aunque disolviendo el vínculo matrimonial ante las dos posibilidades, posibilitando por ello la celebración de un segundo matrimonio en ambos casos.

Sin embargo, el Derecho Canónico no equipara la declaración de fallecimiento civil del ausente a la muerte “por mucho tiempo que pase desaparecido”, en virtud de lo dispuesto en el canon 1707 del Código de Derecho Canónico.

La razón de ser de esta disposición se encuentra fundamentada en las propiedades esenciales del matrimonio canónico, cuyo origen se encuentra en el Derecho Natural y que constituyen notas o rasgos inherentes al vínculo matrimonial y se encuentran recogidas en el canon 1056.

Estas propiedades son; en primer lugar, la indisolubilidad, que consiste en la imposibilidad de que una persona comparta matrimonio con más de un cónyuge, por lo que, mientras exista vínculo matrimonial no se permite que se contraiga nuevo matrimonio; y, en segundo lugar el principio de indisolubilidad que, según lo dispuesto en el canon 1055 considera que el matrimonio es un “consorcio para toda la vida”, manifestando el “contenido vital o vivencial de este consorcio”.<sup>24</sup> De este modo, el principio de indisolubilidad refleja la perpetuidad del matrimonio, no pudiendo, ser interrumpido por la voluntad de los contrayentes o por la intervención de las autoridades, sino solo por la muerte y por una serie de supuestos excepcionales previstos por el Derecho Canónico.

Teniendo en cuenta esto, en principio y como norma general, sólo la muerte y algunas circunstancias tasadas harán que se disuelva el primer matrimonio.<sup>25</sup>

Para conseguir la disolución del matrimonio canónico celebrado con Manolo, María tendría que instar la instrucción de un procedimiento de “declaración de muerte presunta del cónyuge” que se regula en el canon 1707 del Código de Derecho Canónico.

El citado precepto establece que, en el caso de que no se pueda probar la muerte por documento oficial, el otro cónyuge no puede considerarse libre del vínculo matrimonial a no ser que el Obispo Diocesano competente haya emitido una declaración de muerte presunta, disolutoria del vínculo matrimonial.

En este caso, la muerte no puede probarse por documento porque, obviamente, no hay constancia en ese momento de un fallecimiento real, sino que, a causa de un accidente, se presume que Manolo ha muerto, por lo que no se puede alegar un certificado de defunción, ni una partida parroquial que acredite dicho fallecimiento, por ejemplo.<sup>26</sup>

Por lo tanto, la única forma de que María pudiese disolver el vínculo matrimonial con Manolo para poder casarse por la iglesia con Marcial sería solicitar que se le declarase presuntamente muerto al primero.

---

23 Art 61”: El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración.

Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil

El matrimonio no inscrito no perjudicará a los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”

24 Expresión utilizada por BERNARDEZ CANTÓN, A: “Compendio de Derecho Matrimonial Canónico”, Tecnos, Madrid, 1986, p. 244

25 AAVV: JUSDADO RODRIGUEZ-CAPILLAS M (coord): “La disolución del matrimonio canónico” , Constitución y Leyes, Colex, 2008, p157

26 FERNÁNDEZ CASTAÑO , J.M; “Legislación Matrimonial de la Iglesia” , San Esteban, Salamanca, 1994

Sin embargo esto no resulta tan sencillo, puesto que la simple ausencia no basta para disolver la unión, resultando necesaria la creación de la “convicción de la certeza moral de la muerte” en el Obispo que instruye el procedimiento <sup>27</sup>, no siendo suficiente la declaración de fallecimiento del desaparecido como ocurre en el Derecho Civil.

Dicha convicción se puede crear a través de la aportación de evidencias, testificales, pruebas en el seno de una investigación....etc.

Por ello el matrimonio católico entre Marcial y María no sería válido y lícito si no consiguiesen la nulidad eclesiástica.

Suponiendo que les concedan la nulidad eclesiástica con respecto a la unión Manolo y María, tras declarar al primero presuntamente fallecido, si éste reaparece- como ocurre en el presente caso-, subsistiría el primer vínculo matrimonial en base al principio de unión e indisolubilidad, anteriormente explicados, pese a la declaración de muerte presunta efectuada.

Por tanto, reaparecido Manolo, el matrimonio que conforma con María sigue siendo válido y el contraído con Marcial pasa a ser declarado nulo por impedimento de vínculo o ligamen<sup>28</sup>, sin perjuicio de que se considere - para los contrayente de buena fe no conocedores de la causas de nulidad -, como un matrimonio putativo <sup>29</sup> que aparece contemplado en el artículo 79.2 del CC y que prevé la posibilidad de que a pesar de que se declare el matrimonio nulo, los cónyuges de buena fe que constituyen dicho matrimonio, se puedan beneficiar de ciertos efectos civiles, evitando el efecto retroactivo de la nulidad.<sup>30</sup>

### **1.3 - Posibles acciones a ejercitar por Manolo con el objetivo de poner fin a su matrimonio con María.**

Las acciones que Manolo podría ejercitar- entendidas como el poder que éste tiene de dirigirse a la jurisdicción con la finalidad de que se le reconozca un derecho- , habrá que contemplarlas desde la perspectiva civil y canónica que hemos analizado con anterioridad.

En el ámbito civil, Manolo no podría ejercitar ninguna acción tendente a poner fin a su matrimonio con María, puesto que según lo explicado en el epígrafe relativo a la disolución matrimonial, éste habría quedado disuelto aún habiendo reaparecido Manolo, a consecuencia del carácter automático y permanente de la mencionada disolución.

Por lo que respecta al Derecho Canónico, Manolo podría solicitar la nulidad eclesiástica para poner fin a un matrimonio que sigue siendo plenamente válido a los ojos de la Iglesia.

Una vez presentada la demanda, habrá que esperar a la resolución de los Tribunales Eclesiásticos, que podrán declarar la validez (sentencia validitate) o la nulidad del vínculo (sentencia nullitate).

En caso de que se declarase el matrimonio de Manolo y María como nulo, la unión conyugal de Marcial y María sería convalidada por sanación de raíz- mecanismo regulado de los cánones 1161 al 1165 del Código Canónico-, que permite otorgar validez a los matrimonios declarados nulos por impedimento, sin necesidad de renovar el consentimiento .

Cabe decir que es prácticamente imposible que los Tribunales Eclesiásticos declaren la nulidad del matrimonio, puesto que las causas- tasadas en el Código Canónico- para su nulidad están basadas en defectos de forma en la celebración y principalmente, en defectos en lo referente al consentimiento previo al enlace y no en circunstancias posteriores que tuvieran lugar en la vida de los contrayentes.

Esto quiere decir que, aunque María intentase matar a Manolo en el barco, si estos contrajeron en su día matrimonio carente de defectos de los citados anteriormente, no sería posible declarar nula la unión conyugal.

## **2 - Delito cometido por María y Escuchas telefónicas.**

### **2.1- Análisis de las características del delito cometido por María.**

Respecto a las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo, al no estar acreditada como tuvo lugar la agresión, podrían establecerse varias hipótesis al respecto:

Por un lado puede interpretarse que María atacó a Marcial de frente, propinándole un fuerte golpe en la cabeza que hizo que éste se cayese por la borda del barco.

27 A este respecto, ALZATE MONROY P: “Sobre el proceso de declaración de la muerte presunta del cónyuge” año 2014.

Recuperado de: <http://www.am-abogados.com/blog/del-proceso-de-declaracion-sobre-la-muerte-presunta-del-conyuge/5678/>

28 A este respecto; PERALES AGUSTÍ, M: “Los impedimentos matrimoniales...”, cit. 23, p.132

29 A este respecto; Cfr: STS 13 de mayo de 1983

30 REGEL SÁNCHEZ L.; “Nulidad, Separación y Divorcio en la Jurisprudencia”; Reus; Madrid, 2003, p.7

En relación con este *modus operandi* cabría apreciar un delito de homicidio del artículo 138 del CP en grado de tentativa.<sup>31</sup>

Sin embargo, teniendo en cuenta determinados probabilidades circunstanciales, basadas en nociones de la experiencia, considero más factible que los hechos se consumaran atendiendo a la siguiente hipótesis:

María atacó a Manolo de modo sorpresivo por la espalda, golpeándole con un objeto contundente, que podría ser por ejemplo, una botella y que probablemente le hizo perder la consciencia, o, cuanto menos, entrar en un estado de aturdimiento.

Teniendo en cuenta esta posibilidad en cuanto al ataque, cabría imputar a María como autora de un delito de asesinato del artículo 139 del CP en grado de tentativa.<sup>32</sup>

La razón por la que se califica en este caso la conducta de María como un asesinato y no como un homicidio se fundamenta en este caso, en que, en base a los actos por ella ejecutados, además de intentar atentar dolosamente contra la vida de su marido, concurre específicamente la circunstancia 1ª del artículo 139 del CP; la denominada “alevosía”. Dicha circunstancia, por tanto, convierte el homicidio en asesinato.<sup>33</sup>

Por su parte, el artículo 22.1 del CP, que enuncia la agravante genérica de alevosía aporta un concepto de la misma diciendo que “*hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*”.

Esta definición normativa de la alevosía en nuestro CP la misma, a todos los efectos tanto cuando actúa como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal- es decir, circunstancia genérica-, como cuando opera específicamente.

La Doctrina, en líneas generales, está de acuerdo con el concepto normativo de alevosía,<sup>34</sup> recalcando la idea de la necesidad del aseguramiento de la ejecución para su apreciación,<sup>35</sup> que no es necesario que busque los medios *ex ante*, sólo que se aproveche de los mismos<sup>36</sup> y que el motivo por el que se vale de esa conducta alevosa radique en el ánimo de matar.<sup>37</sup>

En base a todo esto algunos autores también afirman que la alevosía está conformada por dos elementos; uno normativo y otro tendencial o teleológico.<sup>38</sup>

El elemento normativo estaría formado por esa consideración de tratarse de delitos contra las personas y por los medios y formas que requiere para su apreciación el precepto legal.

Por lo que respecta al elemento tendencial o teleológico, lo que pretende es el aseguramiento y eliminación de riesgos como si de una meta u objetivo se tratase, impidiendo que se materialice la defensa por parte de la víctima.<sup>39</sup>

En nuestro caso, resulta evidente que María, con sus posibles acciones – golpear a Manolo con un objeto contundente por la espalda y en una zona tan delicada como la cabeza que le pudo provocar un gran aturdimiento o matarlo directamente-, intencionadamente aprovecha la situación de indefensión de éste, asegurando que no habrá una reacción de defensa por parte del mismo, es decir, asegurando la ejecución del resultado constitutivo de delito.

Por otro lado, la Jurisprudencia que sobre la materia se ha mantenido a lo largo de los años en una línea unánime y reiterada, establece diferentes tipos o clases de alevosía, teniendo en cuenta que “*sólo se*

---

31 Art 138”: El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.”

32 Art 139”: Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1ª Con alevosía

2ª Por precio, recompensa o promesa

3ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido

33 Cfr: SAP de Toledo nº 18/2015, de 6 de julio (ARP\ 2015\1462); con respecto a la diferencia entre el asesinato y el homicidio.

34 CAMARGO HERNÁNDEZ : “La Alevosía, Barcelona, Bosch , Madrid 1953 pág 33

JIMENEZ ASENJO, J: “Del homicidio y sus formas”, Comentarios al Código Penal, 1997, pág 398

35 CEREZO MIR, J: “Curso de Derecho Penal Español II, Tecnos, Madrid, 2004 p.372.

36 Cfr: STS 2 de enero de 1931 y QUERALT JIMÉNEZ, J.J : “Derecho Penal Español: parte especial”, Atelier Libros, 2010.

37 GRACIA MARTÍN, L y VIZUETA FERNÁNDEZ, J: “Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal Español, Doctrina y Jurisprudencia”, Tirant Lo Blanch, año 2007.

38 ARIAS EIBE , J.M ; “La circunstancia agravante de alevosía: estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 7-03, 2005

39 RODRIGUEZ DEVESA , J.M: “Derecho Penal Español: parte general”, Dykinson, 2002, p.728

*logrará la perfecta configuración de la alevosía, desde la perspectiva del Derecho Penal si se conjugan sendas posturas, esto es, analizando no sólo la intención seguida sino la forma real de comisión”.*<sup>40</sup>

Los tipos de alevosía<sup>41</sup> creados jurisprudencial y doctrinalmente- en atención a sus peculiaridades comisivas- son los siguientes:

En primer lugar podemos citar la alevosía proditoria, aleve o “a traición” que se da en los supuestos de acechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar en el que no se lo espera. Además, se sirve de cierta nota de premeditación tendente a conseguir su objetivo y que se materializa en procedimientos engañosos, estratagemas, ocultación sinuosa del ánimo hostil...etc.

Seguidamente, los Tribunales establecen la alevosía por desvalimiento de la víctima situada en desamparo o indefensión. Este tipo de alevosía se lleva a cabo de la manera más ruin aprovechándose el autor de una situación de vulnerabilidad que no ha sido creada por él.

Al requerir que la vulnerabilidad sea consustancial a la persona o no haya sido producto de una acción del sujeto, queda eliminada la aplicación de este tipo al caso que nos ocupa, puesto que, si Manolo hubiese perdido la consciencia, o estuviese aturdido, sería a causa del golpe asestado por María.

Por último se menciona la alevosía sorpresiva, súbita o inopinada, que tiene carácter *ex improvisu* y que se traduce en una agresión fulgurante, repentina e inesperada. Asimismo, el lapso de tiempo entre el pensamiento y la ejecución es corto, por lo que en ese tipo de alevosía no se aprecian rasgos de premeditación.

Además de clasificarse los tipos de alevosía en función de sus particularidades ejecutivas, también se puede clasificar atendiendo al lapso de tiempo en el que se ejecuta o tiene lugar la misma.

De este modo, puede ser inicial, que significa que la conducta alevosa se produce al comienzo de la acción constituyendo una acción única junto con la agresión ; o sobrevenida, que implica que la conducta alevosa se presente en una acción posterior a la comisión de otro ilícito penal, de manera que se establecerían dos secuencias diferenciadas en la conducta del autor.

En el caso que nos ocupa, considero que la alevosía concurrente podría enmarcarse por su modalidad comisiva dentro de dos tipos de alevosía diferentes dependiendo de si Manolo a causa del golpe pierde la consciencia/ presenta un estado de aturdimiento o no. De este modo, si el golpe no agrava su situación de indefensión, debería apreciarse la concurrencia de alevosía de tipo sorpresivo por su carácter de ataque totalmente inesperado por Manolo, al suponer que se trató de un ataque por la espalda. Sin embargo, si el golpe en la cabeza le dejó inconsciente o aturdido, concurriría alevosía por desvalimiento porque podemos entender que Manolo se encuadraría dentro de la categoría de víctima desvalida, puesto que María creó la situación de desvalimiento e indefensión y se aprovechó de la misma durante la ejecución de los hechos.<sup>42</sup>

Asimismo, en reiteradas Sentencias del Supremo se ha incidido en la necesidad de cumplir con una serie de presupuestos o requisitos que se desprenden de la definición legal que contempla el CP y cara a poder apreciar la citada alevosía.<sup>43</sup>

Por un lado, resultará necesario un elemento normativo- ya comentado anteriormente, que significa que el delito perpetrado tendrá que ser un delito contra las personas. En nuestro caso se cumple de modo evidente el primer requisito puesto que María atenta contra la vida de Marcial.

En segundo lugar, debe concurrir un elemento objetivo que se traduce en el aprovechamiento de los medios para eliminar la defensa de la víctima. A pesar de no estar acreditado de que modo tuvieron lugar los hechos en el barco, basándome en la hipótesis escogida, considero que se cumple con el requisito objetivo, ya que María se aprovecharía de la situación en la que se encontraba Marcial – dándole la espalda, pudiendo ésta asestarle un golpe y prevalerse de su aturdimiento o inconsciencia para tirarlo por la borda del barco.

En tercer lugar, se establece un requisito subjetivo consistente en la intencionalidad o dolo que mueve al autor. En este sentido, teniendo en cuenta la sucesión de hechos, resulta prácticamente obvio que María actuó dolosamente, con ánimo de matar, quedando claro que no se trató de un accidente como anteriormente se pensaba.

40 A este respecto la STSS 19 de junio de 1980 ; 21 de octubre de 1985, entre otras.

41 Cfr: SAP de Toledo, nº 18/2015 de 6 de julio (ARP\2015\1462); STS nº 282/2009, de 10 de febrero (RJ\2009\3435); STS 29/10/2007, STS 178/2001, de 13 de febrero (RJ\2001\1256); STS 1214/2003, de 24 de septiembre (RJ\2003\6483)

42 Cfr: STS 550/08, de 18 de septiembre; Tol 1378483

43 A este respecto, Cfr: STS nº 748/2009, de 29 de junio (F.J 4º) (RJ\2009\4346)

Un dato que refuerza la argumentación señalada lo constituye el hecho de que ella misma confesara a una amiga la consumación del delito y su arrepentimiento por el mismo.

Por último, el Alto Tribunal afirma que será necesaria la concurrencia de una antijuridicidad mayor, es decir, un mayor desvalor, como consecuencia del *modus operandi* empleado para la consecución de las finalidades de ejecución.

### 2.1.1 - Posible apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de María

En cuanto a la posibilidad de apreciar algún tipo de circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, cabe decir que sería aplicar la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del CP<sup>44</sup> en su vertiente agravatoria.

El concepto penal de parentesco está estrechamente relacionado con el concepto de parentesco del derecho civil, que lo utiliza en sentido amplio para referirse a las relaciones tradicionales incluidas en el derecho de familia. El matrimonio, como es sabido y resulta preciso recordar, origina una relación de parentesco.

No obstante, el parentesco penal supone un concepto jurídico mientras que el de familia es social, además de ser menos amplio que el concepto penal del mismo.

Asimismo, se considera como una institución positiva en el derecho, puesto que, permite establecer los deberes que de ella se derivan y esto posibilita ir analizando en cada caso cuáles son las expectativas defraudadas en los delitos en los que se de la relación de parentesco y que permiten agravar la pena.<sup>45</sup>

Esta circunstancia modificativa de la responsabilidad es de carácter personal y el parentesco en ella contenido despliega efectos distintos, pudiendo absolver al autor, atenuar su responsabilidad o agravarla, según dispone el artículo 23 del CP. Uno u otro efecto, actuará teniendo en cuenta la naturaleza, motivos y efectos del delito perpetrado.<sup>46</sup>

De este modo, si se trata de delitos contra las personas, <sup>47</sup>actuará como agravante y si se han llevado a cabo delitos que no atente contra un bien jurídico individual, como por ejemplo los patrimoniales, se apreciará como atenuante.<sup>48</sup>

En este caso en concreto, nos centraremos en el análisis de la circunstancia de parentesco por la que se agrava la responsabilidad penal, al haber atentado María contra la vida de su -entonces esposo-, Manolo.

La circunstancia mixta de parentesco ha estado presente desde el principio en los Códigos Penales españoles, pero ha sido sometida a cambios sociales, por lo que han ido surgiendo nuevas leyes que han tratado la cuestión como la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, referida a medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros-, interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales.<sup>49</sup>

En el seno doctrinal, se discute el fundamento de esta circunstancia, siendo dos las hipótesis planteadas:

Por una parte la doctrina afirma que la circunstancia afecta al injusto penal; mientras que por otra se establece que lo hace con respecto a la culpabilidad.

En referencia a esta cuestión, el Tribunal Supremo se pronunció y dijo que “con independencia” del fundamento de la circunstancia, la misma se aplicará en el caso de que se produzcan delitos entre parientes por concurrir un doble injusto: el que se deriva de la tipología delictiva concreta – en este caso, atentar contra la vida,, y el que se origina a raíz de la relación existente entre autor y víctima.

El Tribunal fundamenta su criterio alegando que este tipo de conductas merecen un reproche mayor del injusto debido a la existencia de una serie de deberes morales que la convivencia familiar de los parientes determina.<sup>50</sup>

44 Art 23”: Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

45 CORROZA IÑIGO ELENA; “Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de las relaciones de parentesco: algunos criterios para atenuar, agravar o eximir la pena en caso de concurrencia de esta circunstancia”- *Revista para el análisis del derecho Indret del 4/2011*, Barcelona, octubre 2011.

46 Cfr: STS 15 de julio de 1986

47 Cfr: STS de 17 de junio de 2002 (RJ\2002\7599) y Auto del TS de 21 de junio de 2006

48 Cfr: STS 27 de mayo de 2003 (RJ\2003\4278)

49 LORENZO REGO, IRENE “La circunstancia mixta de parentesco” *Concepto de familia en el Derecho Penal Español*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 146-153

50 Cfr: STS 370/2003, de 13 de marzo.

Sin embargo, no cualquier vínculo parental implica la apreciación automática de la agravante sino que la Jurisprudencia exige el cumplimiento de dos requisitos de carácter formal y material.

En lo que respecta al requisito formal, los Tribunales exigen que se presente una relación de parentesco en sí, entendida la misma en un sentido amplio, puesto que se viene admitiendo para parejas divorciadas que ya no son parientes.<sup>51</sup>

Sin embargo, este requisito formal por sí solo no supone nada, siendo necesario que concurra también el requisito material, que consiste en la situación de afecto que dota de contenido a esa relación establecida entre los sujetos.

Aplicado al supuesto que estamos analizando, entendemos que en el mismo concurren ambos requisitos ya que, por un lado María y Manolo eran cónyuges en el momento que sucedieron los hechos (requisito formal), por lo que tenían pleno conocimiento del vínculo que les unía; y, por otro, se da la existencia de una relación de afecto especial, que constituye la razón de ser de la norma, puesto que, en el momento que sucedieron los hechos se fueron de vacaciones como cualquier matrimonio feliz, sin acreditarse que entre ellos existiese hostilidad, distanciamiento o intereses enfrentados hasta el momento de la confesión por parte de Manolo. Además, consta en la relación de hechos que el delito se cometió por motivación pasional, derivada de una relación de convivencia afectiva normal.<sup>52</sup>

Por lo que a atenuantes se refiere, hemos de tener en cuenta el estado mental de María en el momento de comisión de los hechos, es decir, la posible alteración de sus facultades cognitivas y volitivas, en atención a poder aplicarle algún tipo de eximente que la exonere de la responsabilidad o una atenuante por arrebatu o obcecación del artículo 21.3 del CP.<sup>53</sup>

Del artículo 20.1 inciso segundo<sup>54</sup> se deduce “sensu contrario”-, una eximente de la responsabilidad penal por trastorno mental transitorio.<sup>55</sup>

El trastorno mental transitorio aparece por primera vez en el Código Penal Español de 1932 a instancias del psiquiatra Sanchís Banús y el jurista Jiménez de Asúa.

El Tribunal Supremo lo define como *la perturbación mental pasajera, de aparición más o menos brusca producida por causas inmediatas y exógenas*.<sup>56</sup>

El efecto psicológico es bastante similar al de una anomalía o alteración psíquica, ya que anula por completo las capacidades cognitivas y volitivas, cumpliendo con los criterios de apreciación cuantitativos y cualitativos de las mismas. La diferencia entre ambas reside en la transitoriedad o temporalidad del efecto psicológico.

El Tribunal Supremo en Sentencia 831/1999, de 28 de mayo ha establecido una serie de requisitos para su apreciación: aparición brusca, afectación de facultades o capacidades mentales, breve duración, curación sin secuelas y que no se deba a la auto-provocación por parte del sujeto que lo padece.

En nuestro caso, consideramos que, al no estar debidamente acreditado, no puede considerarse a María como inimputable en base a este tipo de trastorno porque, además, no se ha podido probar que no estuviera en uso de sus plenas facultades mentales y que no pudiera comprender el alcance o consecuencia de sus actos en el momento de comisión de los hechos, acordándose la autora de todo lo ocurrido con detalle cuando habla por teléfono con una amiga. Por ello, descartamos la posibilidad de aplicar eximente completa e incompleta del artículo 20.1 CP ya que, María sabía en todo momento lo que hacía y actuando conforme a esa comprensión. La hipótesis de que pudiese padecer en ese momento una alteración de la psique de tal envergadura nos parece descartable.

No obstante, alguna sentencia<sup>57</sup> ha apreciado la eximente por trastorno mental transitorio en casos de arrebatu o obcecación de gran intensidad y entidad, al entender que se había producido una afectación de las facultades mentales, aunque esto no resulta de aplicación habitual.

---

51 MESTRE DELGADO, E: “La atenuante y la agravante de parentesco”, Tecnos, Madrid, 1995

52 BIELSA CORELLA, M<sup>a</sup> DEL CARMEN: “La circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal Español, Tirant Lo Blanch, 2014.

53 Art 21.3”: (...) la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatu, obcecación u otros estado pasional de entidad semejante”.

54 Art 20.1”: (...) el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

55 MAZA MARTÍN J.M ; “Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad criminal” LA LEY, 2007, p.25

56 Cfr: STS 869/08, de 3 de diciembre (RJ\2008\6994)

57 Cfr: STS 1113/98, de 29 de agosto (RJ\1998\7597)

Con respecto a la posible apreciación de la atenuante por arrebató, obcecación o estado pasional análogo del artículo 23.1, comenzaremos aproximándonos a ella a través de su fundamento que se recoge en una Sentencia de TS<sup>58</sup> indicando que el mismo, reside en la posibilidad de disminución de la imputabilidad por la ofuscación que se produce en la mente, pero siempre debiendo cumplir una serie de requisitos para poder apreciarla: *“Precisa para su estimación que haya en su origen un estímulo de carácter exógeno o exterior, y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas, de modo que sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio completo o incompleto, exceda del aturdimiento que suele acompañar a ciertas infracciones”*.

Los dos requisitos principales que la conforman son la causa y efecto.<sup>59</sup>

La causa o estímulo ha de ser importante, es decir, lo suficientemente potente – excluyéndose los estímulos nimios ante el que cualquier persona reaccionaría con normalidad,<sup>60</sup> de modo que permita explicar la reacción delictiva que se produjo.

Además debe concurrir una lógica proporcionalidad entre el estímulo y la reacción en el momento que tiene lugar la acción, de manera que el estímulo, en conexión con la reacción provoque la causación del ilícito.

En relación con el motivo, cabe añadir que no debe ser repudiable desde el punto de vista de un espectador imparcial y desde la perspectiva socio-cultural.<sup>61</sup>

Por lo que respecta al requisito temporal, para apreciar la concurrencia de la atenuante, debe transcurrir un lapso corto de tiempo, de manera que no se haya recuperado ya la frialdad del ánimo del sujeto.

Analizada la causa o estímulo, corresponde hacer mención al efecto, que consiste en la respuesta, e una alteración del estado del ánimo del sujeto que puede que llegue a incidir en la disminución de su imputabilidad.

La alteración objeto de apreciación de la atenuante de arrebató u obcecación del artículo 23.1 del CP se encuentra ubicada a medio camino entre el trastorno mental transitorio, que conlleva la aplicación de una eximente completa o incompleta, según el caso, y una leve reacción colérica o acalorada.

Conectando con la cuestión de las reacciones en el seno de una discusión acalorada, el TS ha determinado que cuando los sentimientos se hallan exaltados por problemas internos de las relaciones, el acaloramiento es consustancial a los enfrentamientos que se desencadenan, lo cual no implica la justificación de una disminución de las capacidades mentales que permitan disminuir la imputabilidad del autor.<sup>62</sup>

En el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta lo anteriormente comentado y en especial atendiendo a lo claramente dispuesto por el Alto Tribunal al respecto en la sentencia comentada en último lugar, no consideramos adecuado apreciar la atenuante puesto que, la reacción que presenta María resulta completamente desproporcionada y discordante con respecto al estímulo que la provoca (confesión por parte de Manolo de que se ha enamorado de otra y quiere poner fin a su matrimonio), no siendo suficientemente poderosa como para romper los mecanismos inhibitorios.

Además según ha declarado el TS, no se puede justificar la apreciación de una atenuante en base al desafecto o deseo de poner fin a una relación conyugal por no considerarse un estímulo lo suficientemente fuerte.<sup>63</sup>

Suponiendo, por otro lado que la conducta se llevara a cabo bajo emoción basada en los celos tampoco cabría apreciar la atenuante puesto las AP y el TS en reiterada jurisprudencia han determinado que los celos o el resentimiento por querer poner fin a una relación no puede justificar una reacción violenta, al estar fuera del marco social de convivencia tales conductas.<sup>64</sup>

Por último se podría contemplar la posibilidad de apreciar una atenuante análoga del artículo 21.7 del CP.<sup>65</sup> Este tipo de atenuante es susceptible de ser aplicada cuando parte del fundamento de la atenuante típica que se utiliza como referencia. Por ello, debe presentar similitudes o equipararse a la atenuante tipo, sin ser necesario, aún así que la similitud y correspondencia entre ambas sea absoluta.

---

58 Cfr: STS 632/2011, de 28 de junio (RJ\2012\11050)

59 Cfr: STS 26 de diciembre de 2014.

60 Cfr: STS 56/2002, de 13 de febrero (RJ\2002\3869)

61 Cfr: STS 554/1994, de 14 de marzo (RJ\1994\2146) ; STS 1301/2000, de 17 de julio (RJ\2000\6914)

62 Cfr: STS 1437/05 de 2 de diciembre (tol 795494)

63 Cfr: STS 1424/2004, de 1 de diciembre (RJ\2005\466) y STS 201/2007, de 16 de marzo (RJ\2007\1545)

64 Cfr: A este respecto, SAP de Barcelona 76/2015, de 5 de marzo.(APR\2015\425)

65 Art 21.7”: (...) Cualquiera otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”.

En nuestro caso , se pretendería equiparar la atenuante por arrebató u obcecación a la análogas, sin embargo, no cumple igualmente con ninguno de los requisitos mínimos que la típica exige.

### 2.1.2 - Conclusiones penológicas

Se imputa a María como autora de un delito de asesinato en grado de tentativa del artículo 139 del CP, castigado con la pena de prisión de 7 años y 6 meses a 15 años menos 1 día.

La pena expuesta anteriormente se incrementará por la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco, que agrava la responsabilidad de María, quedando una pena final de prisión de 11 años, 3 meses y 1 día a 15 años menos 1 día.

## **2.2 - Análisis relativo a la validez de las escuchas telefónicas.**

### 2.2.1 - Cuestiones previas sobre la diligencia de intervenciones telefónicas y el derecho de secreto de las comunicaciones

Antes de pasar a analizar la validez de las confesiones realizadas por María con referencia al delito cometido contra Marcial, resulta conveniente establecer unas consideraciones previas sobre la diligencia de escuchas telefónicas practicada a Marcial ante las sospechas de la comisión de un delito de tráfico de drogas.

En primer lugar debemos hacer referencia al derecho al secreto de las comunicaciones, regulado en el artículo 18.3 de la CE.<sup>66</sup>

Este precepto contiene un derecho fundamental que consiste en la facultad de poder utilizar un medio de comunicación técnico para difundir a otro la información que desee, pudiendo mantener la misma en el ámbito de la intimidad personal.

Con respecto a esta intimidad, se podría considerar a este derecho como parte configuradora del derecho general a la intimidad, al encontrarse recogido en el mismo precepto.

Sin embargo, no debe confundirse los derechos a la intimidad y libertad de expresión de los artículos 18 y 20 de la CE con el derecho al secreto de las comunicaciones.

La razón por la que no deben confundirse es porque, a pesar de formar parte del conjunto de “derechos de la personalidad”, el secreto de las comunicaciones supone un derecho fundamental de carácter autónomo, es decir, posee un objeto material propio que consiste en la comunicación, a través de una infraestructura o soporte concreto que puede ser como en el caso que nos ocupa , un teléfono.<sup>67</sup>

A nivel internacional el derecho al secreto de las comunicaciones se protege a través del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950, por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, así como por el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966.

Con respecto al artículo 8 del Convenio cabe decir que no menciona expresamente el secreto de las conversaciones de tipo telefónico. Sin embargo, el TEDH ha interpretado que, por analogía a las contempladas por el mismo, sí que estarían previstas las telefónicas.<sup>68</sup>

Jurisprudencialmente, el TC en Sentencia nº 167/1984, de 29 de noviembre ha señalado en relación a este derecho: “El artículo 18.3, consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente y de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas”.

En esta misma Sentencia del TC se extiende la protección del derecho no sólo al contenido de la comunicación sino a otros elementos de la misma, como por ejemplo, la identidad de los interlocutores y su duración, entre otros.

Por lo que se refiere a su carácter no absoluto o susceptible de ser limitado. Cabe indicar que , la CE limita la garantía del secreto de comunicaciones al anunciar el derecho, añadiendo una reserva expresa de intervención judicial.

Dicha intervención judicial se encuentra regulada en el artículo 579 de la Lecrim, que por vez primera, se reguló la restricción al derecho del secreto de las comunicaciones.

---

66 Art 18.3”: Se garantiza el secreto de las comunicaciones, y en especial, de las postales, telegráficas, telefónicas, salvo resolución judicial”.

67 DE URBANO CASTRILLO, E: “El derecho al secreto de las comunicaciones”, LA LEY, 2011, p. 227.

68 Sentencia Klass de 6 de septiembre de 1978, Sentencia Huvig y Kruslin, de 24 de abril de 1990.



Esta regulación fue criticada y sigue siéndolo por su condición de escasa, ambigua e incompleta ya que según se decía, no contemplaba cuestiones como por ejemplo, los mecanismos de control de la medida, la duración, los hallazgos casuales...etc.<sup>69</sup>

Las escuchas telefónicas son definidas por el TS en Sentencia de 2 de abril de 1996, como las “medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comuniquen. La finalidad será captar el contenido de las conversaciones para la investigación del concreto delito y aportación, en su caso, como elementos probatorios”.

De manera más sucinta se puede decir que la intervención consiste en una diligencia que se practica en virtud de autorización judicial, en el seno de una investigación policial, con la finalidad de descubrir la comisión de delitos ante sospechas fundadas.<sup>70</sup>

La intervención telefónica, posee una doble naturaleza, ya que por un lado constituye fuente de prueba dentro de la investigación, y, por otro, puede ser utilizada como medio de prueba.<sup>71</sup>

Independientemente de la finalidad con la que se practique, deberá cumplir una serie de requisitos que garantizarán que la injerencia en el derecho fundamental del artículo 18.3 de la CE se llevará a cabo conforme a los cauces legal y constitucionalmente previstos en cumplimiento de la función que atribuye la Carta Magna al poder judicial de garante de derechos fundamentales, recogida en los artículos 117.4, 53.1 y 3 de la CE.

Estos requisitos o exigencias imprescindibles que se deben cumplir en la toma y ejecución de la medida fueron establecidos en su gran mayoría jurisprudencialmente.

El TS los ha enunciado en múltiples sentencias<sup>72</sup>, resultando no obstante, el Auto del caso Naseiro<sup>73</sup> la resolución que abordó el tema de un modo más completo.

Tomando como referencia este Auto, se establecen como requisitos los siguientes:

En primer lugar, deben existir indicios suficientes -y no meras sospechas en base a una Sentencia de referencia del TC nº 259/2005 y a múltiples resoluciones del TS-, que permitan, a través de estas diligencias, el descubrimiento o la comprobación de algún hecho delictivo que forme parte de la investigación y que esté a su vez enmarcado en un procedimiento incoado por el juez instructor, resultando inviables las “diligencias indeterminadas” o medidas prospectivas- sin base fáctica objetiva-, destinadas a investigar futuros posibles delitos. Estos indicios cabe aclarar que son algo más que simple sospechas, como decimos, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Se trata por tanto de sospechas fundadas en datos objetivos<sup>74</sup>, de las que se pueda extraer una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer delito.

En segundo lugar, la intervención telefónica requiere, como hemos visto, de una habilitación legal que revestirá la forma de Auto y que debe estar suficientemente motivado en aras de respetar una serie de garantías con respecto al afectado que se relacionan con su derecho a la defensa.

Dicha motivación es definida por la resolución en cuestión como “la exteriorización razonada de los criterios en los que apoya la decisión judicial”.

Esta necesidad de motivar- aunque no sea de un modo minucioso y exhaustivo<sup>75</sup>-, el auto que habilita la medida, está contemplada en los apartados segundo y tercero del artículo 579 de la Lecrim y de ellos se desprende la exigencia de que el juez instructor deje constancia en el Auto de las razones que le han llevado a acordar o admitir la injerencia en el ámbito del derecho fundamental.

69 LOPEZ – FRAGOSO ÁLVAREZ, T. ; “Las intervenciones telefónicas en el proceso penal”, COLEX, 1991)

70 Cfr: STS 511/1999, de 24 de marzo

71 Circular de la FGE 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

72 Cfr: STS de 21 de febrero de 1991; STS nº 401/2005, de 21 de marzo (RJ 2006\1995) STS 1200/2009, de 25 de noviembre. (RJ\2010\705)

73 Cfr: Auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 (RJ\1992\6102)

74 Cfr: SSTC 171/1999 (FJ 8º) (RTC\1999\171)

75 A este respecto, Cfr: STS 986/2004, de 13 de septiembre

Asimismo, debe justificarse la proporcionalidad de la intervención<sup>76</sup>, a través de la ponderación de las circunstancias que concurran en el caso, en relación con el derecho fundamental del artículo 18.3 de la CE, que se trata de limitar y en base a la gravedad del delito y la necesidad e idoneidad de la medida.<sup>77</sup> A través de esta ponderación judicial se combina el “*ius puniendi*” del Estado y el “*ius libertatis*” de todo ciudadano.

Como comentábamos anteriormente, será preceptivo que se establezca en el contenido del Auto habilitante de la medida, el delito concreto que se investiga, en respeto del principio de especialidad establece que no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general- sin la adecuada precisión-, actos delictivos, constituyéndose como diligencias de prospección que no se pueden tolerar.<sup>78</sup>

Sin embargo, a raíz de la deficiente regulación legal de las escuchas telefónicas, que no prevé una enumeración cerrada de delitos en los que se puede llevar a cabo la medida, resulta muy complicado para la autoridad judicial delimitar a que tipologías delictivas podría aplicarse y a cuales no.

Para ello, resulta necesario volver a acudir al antes citado principio de proporcionalidad, en atención a la cual, la adopción de la medida se encuentra limitada a los delitos graves.

Para poder considerar un delito como grave, no sólo se debe atender a la pena que lleva aparejada, sino que el mismo, además deberá ser uno que cause alarma o impacto social.

Además, no sólo deberá constar como parte del Auto el delito concreto a investigar, o el contenido que explique en que consiste el mismo, sino que también deberá contener expresamente la identidad de la persona o personas cuyo derecho se verá limitado y el soporte técnico sobre el que se actúa (teléfono móvil, fijo y titular de la línea, en su caso).<sup>79</sup>

Otro de los requisitos fundamentales que debe contener el auto es la referencia a la duración concreta de la injerencia, contemplando el artículo 579 de la Lecrim, un plazo máximo de 3 meses, susceptibles de ser prorrogados por otros tantos, siendo necesario que el juez instructor justifique el resultado que pretende obtener con la extensión de la medida.

Una vez expuestas todas las exigencias relativas al contenido del Auto que habilita legalmente la intervención, haremos referencia al último de los requisitos imprescindibles que es el sometimiento a control judicial.<sup>80</sup>

A lo largo de la investigación policial, los agentes tendrán que informar y dar cuenta de su investigación al juez que instruye con el objetivo de que conozca el estado de la misma. Asimismo, al tratarse de una diligencia que supone la limitación de un derecho fundamental, resultará preceptiva la intervención del mismo para garantizar que no se cometan vulneraciones durante el transcurso de la medida.

Analizados los presupuestos necesarios, si se llevase a cabo una intervención telefónica sin dicha autorización judicial habilitante o sin los requisitos anteriormente expuestos, procedería declarar la nulidad sobre lo actuado conforme a los artículos 11.1<sup>81</sup> y 238.3 de la LOPJ sin perjuicio de las responsabilidades penales en las que podrían incurrir tanto las Autoridades judiciales como las policiales.<sup>82</sup>

La razón de ser de la declaración de nulidad reside en que si no se cumple con las garantías que lleva aparejada la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, dicha injerencia estaría vulnerando el mismo.

Asimismo, todas las pruebas que se deriven de una ilícita, es decir, obtenida mediante la vulneración del artículo 18.3 de la CE, se considerará ilícita del mismo modo, es decir suscitará efectos reflejos.<sup>83</sup> Esto significa que ninguna podrá formar parte en el proceso como elemento probatorio al estar incursas en un vicio de nulidad, radical e insubsanable.

76 Cfr: STC 513/2010, de 2 de junio (RJ\2010\3489) y 150/2006, de 22 de mayo (RJ 2006\150)

77 DE URBANO CASTRILLO, E: “El derecho...” cit. 65

78 Cfr: STS 276/1996, de 2 de abril (RJ\1996\3215) ; STS 669/1996, de 3 de octubre (RJ\1996\7018)

79 RIVES SEVA, A.P: “Intervención de las comunicaciones en el proceso penal: Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia”, Bosch, 2010.

80 Cfr: STS nº 1200/2009, de 25 de noviembre ( RJ\2010\705); STS 926/2007, de 13 de noviembre (RJ\2008\256)

81 Art 11.1”: En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

82 Cfr: STS 513/2010, de 2 de junio (RJ\2010\3489)

83 Cfr: STS 328/2010, de 8 de abril (RJ\2010\4858); STS 53/2010, de 5 de febrero (RJ\2010\3252); STC 253/2006, de 11 de septiembre ( RTC 2006\253).

La posibilidad de extender los efectos de una prueba declarada nula recibe el metafórico nombre de “Doctrina de los frutos del árbol envenenado”, en el sentido de que si un árbol se emponzoña, todos los frutos que den sus ramas también estarán corrompidos.<sup>84</sup>

Cabe añadir que esta nulidad no es susceptible, como decimos de subsanación por resolución ulterior, puesto que las condiciones mínimas exigidas deben ser adoptadas o cumplidas al inicio de la medida y no posteriormente.<sup>85</sup>

En consecuencia, por todo lo expuesto, si se da ilicitud probatoria, se cierra la posibilidad de que el juez valore las pruebas en el procedimiento, resultando finalmente, inservibles.

En nuestro caso, aunque no se acredita en la relación de hechos, partiremos de que las escuchas telefónicas iniciales realizadas a Marcial se han practicado conforme a los cauces legales establecidos y sin vulnerar el derecho fundamental de secreto de las comunicaciones del artículo 18.3. Si no fuese así, no se podría entrar a apreciar la posible validez de la confesión de María que se produjo en el seno de dichas escuchas, puesto que todos los resultados que de ella se derivasen serían nulos de pleno derecho.

### 2.2.2 - Análisis de la cuestión de los “hallazgos casuales”

En el transcurso de las escuchas telefónicas inicialmente practicadas a Marcial por un delito de tráfico de drogas, las autoridades policiales descubrieron accidental y casualmente que María atentó contra la vida de su marido durante sus vacaciones.

Este tipo de descubrimientos es lo que se conoce como los “hallazgos casuales”, cuya ausencia de regulación ha hecho que su análisis y tratamiento corresponda a la Jurisprudencia y Doctrina.<sup>86</sup>

El “hallazgo o descubrimiento casual” se produce en la situación en la que durante el transcurso de una diligencia de investigación- en este caso durante una intervención telefónica-, practicada con la finalidad de descubrir la comisión de uno o varios delitos, se descubren ilícitos distintos a los inicialmente investigados que pueden además, ser perpetrados por sujetos asimismo, diferentes. Estos hechos de los que inicialmente no se tenía constancia inicialmente cuando se habilitaron las escuchas, son susceptibles de ser fuentes de prueba de la comisión de ilícitos penales.<sup>87</sup>

Como antes comentaba, la escasa regulación de este tipo de descubrimientos hizo que se suscitara el principal problema que consistió en determinar si las evidencias probatorias obtenidas, podrían suponer la ampliación de la resolución que habilitaba la intervención, si serían susceptibles de iniciar un procedimiento nuevo y, en ambos casos, si se les podría dotar o no de valor probatorio.

La Jurisprudencia y la Doctrina enunciaban dos posibles soluciones ante los descubrimientos casuales.

Por un lado, atenerse a la posibilidad de que el hallazgo advertido guarde relación con el delito inicialmente investigado, es decir que exista conexión entre ambos ilícitos.

La Doctrina minoritaria mantuvo al respecto, una postura restrictiva, defendiendo que los descubrimientos casuales sólo podrán ser tenidos en cuenta si se presenta en ellos cierta homogeneidad.

Para algunos autores, los descubrimientos casuales solamente pueden servir para fundar una sospecha necesaria o como punto de partida para incoar un procedimiento, pero no para fundamentar una imputación y mucho menos, una condena.

LÓPEZ- FRAGOSO<sup>88</sup>, por ejemplo comparte esta teoría clasificando los descubrimientos casuales en función a si dan lugar a efectos puramente investigadores o a si constituyen pruebas sobre el hecho investigado- supuesto que solo se daría en los casos de conexidad.

---

84 LÓPEZ BARJA- DE QUIROGA J.: “Instituciones de Derecho Procesal Penal”, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, p.283 y ss.

85 En este sentido, Cfr : STC de 16 de diciembre de 1987

86 La nueva Lecrim de 2015 hace referencia a los mismos en el art 579 bis, regulándolos por vez primera como medios de prueba en otro proceso penal y estableciendo por tanto, una serie de disposiciones que regulan los aspectos más básicos de los mismos como la necesidad de una resolución judicial que autorice la ampliación de las escuchas al producirse el descubrimiento fortuito.

87 ECHARRI CASI, “Prueba ilícita: Conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, *Revista del Poder Judicial* nº 69, 2003; p. 261 y ss.

88 LÓPEZ- FRAGOSO: “Los descubrimientos casuales de las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal”, Universidad Carlos III ,Instituto Bartolomé de las Casas, BOE; 1993.

Por su parte, DIAZ CABIALE<sup>89</sup> apunta que no todos los descubrimientos casuales suponen la ruptura de los principios constitucionales, sino que habrá que examinar el caso concreto en base al principio de proporcionalidad con la finalidad de apreciar si existe o no conexidad entre los delitos.

Esta corriente doctrinal, por tanto, rechaza la posible utilización a efectos probatorios de los hechos descubiertos que no mantengan una relación con el delito inicialmente investigado. De ser así, podrían – tras informar inmediatamente al juez para que amplíe la diligencia basándose en los principios de proporcionalidad y necesidad-, ser considerados delitos conexos<sup>90</sup> y regirse por lo dispuesto en el artículo 17 de la Lecrim.<sup>91</sup>

Con respecto a los delitos que nada tengan que ver, establecen que no podrán ser utilizados con valor probatorio, pero que sí podrán constituir “notitia criminis” para iniciar un nuevo procedimiento.<sup>92</sup>

La Jurisprudencia se pronuncia señalando que en el caso de que los hechos descubiertos estén conectados con los que son objeto de la investigación inicial, los hallazgos surtirán efectos con respecto a la investigación y como posteriormente probatorios dentro del proceso.

Estos delitos se regirían por lo dispuesto en el artículo 17 de la Lecrim que prevé los supuestos de conexidad, por tanto, y serían apreciados conjuntamente tras haber procedido el juez instructor a la ampliación del auto que dio cobertura legal en su día a las escuchas iniciales.

Sin embargo, en el caso objeto de análisis, podemos apreciar que no existe ningún tipo de relación o vínculo de carácter objetivo - entre el delito de tráfico de drogas inicialmente investigado y el delito de tentativa de asesinato-, o subjetivo, ya que se produce un cambio de presunto delincuente de Marcial a María.

Por ello deseamos la posibilidad de tratar el tema de los hallazgos casuales por la vía de la conexidad.

Cuando los delitos no guarden relación entre sí, pero planteen la gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, serán estimados como “notitia criminis”, que servirá para incoar un nuevo procedimiento.<sup>93</sup>

La jurisprudencia del TS se ha planteado en reiteradas sentencias si la consideración de los descubrimientos casuales como elementos probatorios puede vulnerar el principio de especialidad y el principio de intervención indiciaria.

El principio de especialidad, como es sabido, se concreta en que sólo justifica la intervención para el delito investigado de forma específica, con el objetivo de “evitar que la autorización habilitante se convierta en una prospección del comportamiento común y general de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas”.<sup>94</sup>

El Alto Tribunal ha aclarado que los delitos descubiertos accidentalmente constituirán “notitia criminis”, independientemente de que se decida o no la ampliación de la medida o la apertura de un nuevo procedimiento.

Se trata además de una noticia cuyo conocimiento no debe ser obviado por el deber de las Autoridades de perseguir actos delictivos -bajo la que subyace el interés y orden público-, y en especial los de cierta gravedad como, por ejemplo en nuestro, en el que se perpetró una tentativa de asesinato, aunque ello de lugar a que se tenga que habilitar una nueva autorización de intervención en el marco de un nuevo procedimiento.<sup>95</sup>

El principio de intervención indiciaria por otro lado, no es un principio constitucional sino que es producto de una construcción jurisprudencial y doctrinal, y se encuentra estrechamente relacionado con el principio de especialidad y con el principio de interdicción de los poderes públicos del artículo 9.3 de la CE.

---

89 DIAZ CABIALE Y MARTIN MORALES: “La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida”, Aranzadi, 2001.

90 Cfr: STS de 15 de julio del 1993.

91 Art 17”: (...) No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para a determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso”.

92 ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER: “Los descubrimientos casuales en el marco de la investigación penal” *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº2, 2011.

93 Cfr: STS 25/2008, de 29 de agosto; STS 811/2011, de 21 de julio.

94 Cfr: Auto 18 de junio de 1992; STS 18 de febrero de 2002; STS 3 de octubre de 1996.

95 Cfr: STS 792/2007, de 30 de mayo; STS 31 de octubre de 1996; STS de 15 de julio de 1993.

Este principio establece que en el caso de los hallazgos casuales, la intervención limitativa se extiende en la restricción imponderada al aparecer repentinamente un nuevo objeto de investigación.

Como consecuencia de ello, no hay tiempo para realizar con antelación la correspondiente valoración indiciaria, ni para la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto que exige el principio de proporcionalidad<sup>96</sup>

Con respecto a lo mismo, MARTIN MORALES<sup>97</sup>, afirma muy tajantemente que “la valoración de la existencia o inexistencia de indicios respecto al delito no era posible, sencillamente porque éste no se conocía”

Analizados estos interrogantes, cabe plantearse a continuación la posibilidad de que pudiesen verse afectados o vulnerados los derechos fundamentales de María tras la obtención de la confesión para la que no se había previsto una resolución judicial inicial y que constituirá el punto de partida para incoar un procedimiento penal distinto al de Marcial.

En primer lugar hay que tener presente que, para que no se produzca la vulneración de derechos fundamentales, tendrá que existir un control judicial en todos los supuestos de hallazgos o descubrimientos casuales, incluso en los que se presente relación o conexión.

Este control judicial consiste en que la policía ponga en conocimiento del juez instructor de forma inmediata la aparición de hechos accidentales durante el transcurso de la investigación inicial, a efectos de que éste determine su competencia y lleve a cabo una ponderación en relación al principio de proporcionalidad, que se configura como la prohibición del exceso, a través de los principios de idoneidad, adecuación y valoración del interés.

A través del principio de proporcionalidad se establecerá una balanza entre el derecho a la defensa del investigado y el derecho del Estado a la comprobación y persecución del delito, debiendo inclinarse aquella hacia el interés que deba prevalecer en cada caso.

Para DIAZ CABIALE<sup>98</sup> “*el principio de proporcionalidad permitiría que la autorización judicial quedara implícitamente ampliada, sobre la base de si se concedió para la autorización para investigar lo menos grave, tanto más servirá para investigar lo más*”. No obstante, deja claro que en estos casos de descubrimientos casuales, será preceptivo que el juez realice una serie de valoraciones, entre otras, una valoración indiciaria.

Esta exigencia de poner en conocimiento del juez, los nuevos hallazgos es el quid para poder plantearse qué valor otorgarle a los descubrimientos casuales, puesto que sin que concurra la misma, se estaría vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 y todo lo actuado devendría nulo.<sup>99</sup> Dicha obligación se basa en el principio de reserva de intervención judicial, que requiere la exclusiva intervención del juez de instrucción para la adopción y ejecución de diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales o libertades públicas.<sup>100</sup>

Una Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz trata esta cuestión de un modo muy preciso señalando que : “*Es esencial que exista conocimiento temporáneo por parte del juez*”.<sup>101</sup>

Una vez que el juez tiene constancia de ello, será cuando, en base a una serie de ponderaciones, si ampliar la autorización de intervención<sup>102</sup>, incoar un nuevo procedimiento y ordenar una nueva investigación, que llevará aparejadas unas nuevas escuchas ...etc.

En el caso planteado, considero que lo más adecuado sería- una vez puesto en conocimiento inmediato del juez, la producción de la confesión de María a su amiga-, partir de esa “notitia criminis”, que servirá para incoar un nuevo procedimiento en el que se va a imputar a María como presunta autora de un delito de tentativa de asesinato contra su entonces marido, Manolo.

---

96 ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER: “Los descubrimientos casuales.... cit. 90, p.11

97 MARTIN MORALES , R.; La garantía constitucional... cit. 86

98 DIAZ CABIALE: “La garantía constitucional...cit 86

99 Cfr: Auto del TS de 18 de junio del 1992; STC 49/1996; STS nº 67/1998, de 19 de enero; STS 25/2008, de 29 de agosto; STS 811/2011, de 21 de julio (RJ\2011\5541)

100 GARCÍA SAN MARTÍN J.: “El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal”, *Sección de Derecho Procesal Penal, Julio-Agosto nº 109*, La Ley Penal, 2014.

101 Cfr: SAP de Cádiz, nº 247/2012, de 3 de septiembre.(ARP 2012\1587)

102 Cfr: STS 440/2006, de 7 de abril (RJ\2006\2247)

Como vemos, se podrá abrir un nuevo procedimiento en el que se tendrá en cuenta a efectos probatorios<sup>103</sup>, la confesión que llevó a cabo por teléfono María, dado que, aunque se hallase en el curso de una investigación distinta, no se declara la nulidad de la misma como prueba de cargo si se ha ampliado la resolución que autorizaba las escuchas telefónicas, con fundamento en el principio de especialidad.

Asimismo una vez que sabemos que los descubrimientos fortuitos pueden ser utilizados como prueba, estos deberán adaptarse y cumplir con un protocolo de incorporación de la prueba al proceso, a fin de favorecer el ejercicio de la debida contradicción.

Sin embargo, esto no quiere decir que vaya a ser prueba suficiente por sí sola para calificar los hechos y su autoría del modo en que se hizo, y ello porque, en general, el resultado de las escuchas telefónicas aisladamente consideradas en sí mismas es muy difícil que puedan servir de prueba indiciaria que desvirtúe o enerve la presunción de inocencia. Por tanto, la confesión de María podría servir para completar y corroborar las pruebas de cargo o indiciarias recabadas a través de otras vías, pero no para sustentar una condena directamente.

Una vez aportadas todas las pruebas de cargo, entre las que pueden darse declaraciones (por ejemplo de Manolo que ha reaparecido), testificales (posibles testigos el día de Autos, y sería admisible también la prestada por los funcionarios que hayan percibido las conversaciones telefónicas entre María y su amiga), el juez deberá valorarlas conforme al principio de libre valoración de la prueba que rige en nuestro sistema procesal penal, a efectos, como dijimos anteriormente, de que la defensa pueda contradecir la prueba de cargo, *“exigencia ineludible, vinculada a un proceso con todas las garantías que deben observar las Autoridades judiciales”*.<sup>104</sup>

El principio de libre valoración de la prueba<sup>105</sup> se encuentra recogido en el artículo 741 de la Lecrim supone la facultad de apreciar los elementos probatorios durante el juicio según el “criterio racional” del artículo 117 de la misma ley y los principios generales de la experiencia, sin poseer, no obstante, una facultad *“libérrima y onmníada”*, sin limitaciones, según indica el TS.

### **3 - Responsabilidad Penal de Marcial por los delitos cometidos.**

#### **3.1 - Imputabilidad delito de violencia doméstica habitual del artículo 173.2 del Código Penal.**

En primer lugar, como consecuencia de las conductas llevadas a cabo por Marcial según la relación de hechos, se le podría acusar por un delito de violencia doméstica o habitual recogido en el artículo 173.2 del CP.<sup>106</sup>

Dicho precepto fue introducido por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de violencia doméstica, con el objetivo de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas.

Asimismo, modifica su ubicación sistemática, ya que pasa a integrarse en el Título VII del Libro II “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral” en lugar de su anterior ubicación en el Título III “De las lesiones”.

A consecuencia de esta modificación, según la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria se deduce que el bien jurídico protegido del artículo 173.2 lo constituye la integridad moral, entendida como causación a otra persona de un trato degradante.

Procedemos a explicar por qué consideramos que la conducta de Marcial puede encuadrarse dentro de este precepto.

---

103 Cfr: STS 126/2005, de 7 de febrero (RJ\2005\4158)

104 Cfr: STC 176/1998

105 RUIZ VADILLO, E.: “La actividad probatoria en el proceso penal español”, La prueba en el proceso penal, Centro de estudios judiciales, Madrid, 1993, p. 53 y ss.

106 Art 173.2”: El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligado 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 encuentren sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a guarda o custodia en centros públicos o privados, será castigado con una pena de prisión de 6 meses a 3 años (...).”

El artículo 173.2, presenta una serie de caracteres o rasgos que se cumplen a la perfección en el caso que nos ocupa, puesto que se exige para la aplicación del mismo la materialización de un acto de violencia físico o psíquico contra las personas que aparecen recogidas en el precepto.

El ejercicio de la violencia tanto física como psicológica se encuentra presente en todos los episodios agresivos expresados en el caso y las víctimas o sujetos pasivos son María y Elisa, es decir, su cónyuge y su descendiente, considerada por su edad – 1 año-, como un miembro de la familia especialmente vulnerable.

Sin embargo, el elemento o presupuesto nuclear del precepto para poder encuadrar la conducta de Marcial en un delito de violencia doméstica del artículo 173.3 es la nota de habitualidad que se recoge en el mismo al señalar 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”.<sup>107</sup>

En primer lugar, el precepto hace referencia a la necesidad de tener en cuenta el número de actos violentos que resulten acreditados para poder apreciar la comisión del tipo. Con respecto a ello, no cabe duda que en nuestro caso se puede acreditar cuantitativamente, a través, por ejemplo, de los informes clínicos el número de agresiones de las que fueron víctimas Elisa, y, en especial su cónyuge María. En cualquier caso y con independencia de que Elisa sólo resultó agredida en uno de los episodios violentos, el artículo 173.2 permite apreciar el tipo delictivo sobre ambas víctimas que conviven juntas por la afección que padecen ambas de esa situación de violencia constante en el seno de las relaciones familiares.<sup>108</sup>

La jurisprudencia en un momento inicial determinó que el número de agresiones necesario para poder apreciar la habitualidad del tipo lo constituían un mínimo de tres actos de violencia.<sup>109</sup>No obstante, dicho planteamiento cuasi aritmético de la cuestión ha sido superado por la Jurisprudencia que se ha ido alejando de las exigencias que se establecían para ciertos delitos que entrañaban habitualidad y ha remarcado la mayor importancia de que las agresiones, independientemente de su número, produzcan en el hogar un “clima de temor”, “*una atmósfera irrespirable de sistemático maltrato*”<sup>110</sup>, atendiendo por tanto, a un aspecto más cualitativo de la habitualidad. De este modo, la jurisprudencia reitera que lo fundamental para apreciar dicho presupuesto de habitualidad será generar en el Tribunal la convicción de que las víctimas viven en un estado de agresión permanente que nace de una erosión continuada de la integridad moral<sup>111</sup> y que, en el fondo, ese estado es lo que justifica el mayor desvalor su tipificación autónoma, puesto que ese clima que se crea presenta mayor gravedad que la que resultaría de las agresiones individualizadas que se pudiesen cometer, ya que el agresor crea en las víctimas una sensación permanente de dominación que las derrota, impidiéndoles el libre desarrollo de su vida<sup>112</sup>.

Con respecto a las agresiones concretas o individualizadas que conforman esa habitualidad, el artículo 173.2 del CP, en su segundo inciso,<sup>113</sup> contempla que se impondrá la pena prevista para este tipo de delito, con independencia de las penas que pudiesen corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia. Este sustrato de la redacción del precepto quiere decir que este tipo delictivo castiga la reiteración en si, es decir, la habitualidad, debiendo imputarse por separado a efectos de responsabilidad penal los episodios violentos que hayan constituido ese maltrato habitual, por lo que no quedan subsumidos dentro de la pena del artículo 173.2.<sup>114</sup>

---

107 RAMÓN RIBAS E.: “Violencia de género y doméstica”, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2008,p.69

108 RAMÓN RIBAS, E.: “Violencia de género...cit. 106, p. 82

109 Con respecto a esto, la Circular de la FGE 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

110 Cfr: STSS 927/ 2000, de 24 de junio (RJ\2000\5792) ; STS nº 580/2006, de 23 de mayo (FJ 7º) (RJ\2006\3339)

111 AAVV, RAMOS VAZQUEZ J.A y SOUTO GARCIA EVA (Coords) “ La respuesta penal a la violencia de género; lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista”, Comares, Granada 2010, p. 24 y ss.

112 En este sentido, Cfr: STS nº 6131/2006 , de 1 de junio (FJ 3º)

113 Art 173.2” : 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”.

114 En referencia a esto, Cfr: STS 21/2011, de 26 de enero (RJ\2011\315)

En el caso que nos ocupa se aprecia claramente la creación a cuenta de Marcial de una convivencia basada en el miedo que le tiene María y concretada en diferentes episodios violentos tanto físicos como psíquicos que serán objeto de calificación más adelante (incidir un poco en el tema denuncia, en la ansiedad...).

Otra cuestión que se debe tratar en lo referente a la nota de habitualidad que caracteriza al tipo es el lapso de tiempo o proximidad temporal entre los actos de violencia.

En el presente caso se parte de una primera agresión que tuvo lugar en enero 2010 y se finaliza con un último episodio violento con fecha de 12 de octubre de 2013. En el lapso de tiempo transcurrido entre esos 3 años se suceden otros dos episodios violentos en los meses de marzo de 2010 y septiembre de 2012. Así, no se aprecia un lapso de tiempo tan corto ni tampoco un lapso de tiempo tan largo que rompa la conexión entre las agresiones y que no permita configurar el elemento de habitualidad en su comportamiento. Precisamente por ese corto periodo de tiempo entre agresiones, no se puede afirmar que se hayan tenido lugar largas temporadas de convivencia basada en el respeto mutuo, característica que podría romper con el elemento de la habitualidad.<sup>115</sup>

A consecuencia por tanto, de lo expuesto anteriormente, será correcta la apreciación de la habitualidad en la conducta de Marcial.

Esta conclusión se fundamenta además de en jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las AAPP en una de las conclusiones esgrimidas por los Fiscales de Violencia Familiar en la Reunión que tuvieron en el año 2000 que señalaba a modo orientativo, el plazo de 1 año entre los actos para poder apreciar la habitualidad. Sin embargo, no existe jurisprudencialmente un criterio uniforme y habrá que atender no sólo al tiempo transcurrido sino también a las circunstancias de cada delito, del agresor...etc.<sup>116</sup>

### 3.1.1 - Aplicación del subtipo agravado por cometerse en domicilio común

Además de la imputación del delito del 173.2 del CP debe tenerse en cuenta, a efectos de la calificación, la concurrencia en la conducta de Marcial de una circunstancia modificativa que agrava su responsabilidad criminal por haberse cometido en domicilio común del 173 último párrafo.

En este caso, considero que se puede apreciar el subtipo agravado por acaecer los hechos en el domicilio común en el que reside la pareja.

El motivo en el que se basa esta apreciación es – como ha reiterado la Doctrina y la Jurisprudencia- que basta con que desde un punto de vista objetivo los hechos se hallan desarrollado en el domicilio conyugal y desde un punto de vista subjetivo el autor fuera consciente de ello y tuviese ánimo de buscar ese lugar y no otro para acometer a la víctima.<sup>117</sup>

De este modo, el subtipo castiga con una penalidad superior la conducta típica por el hecho de que el autor se aproveche de la mayor seguridad e impunidad para ejecutar la acción en su domicilio, un lugar que por otro lado, debería ser un lugar de intimidad y tranquilidad para la víctima.

Además, esta opción le brinda la posibilidad de que no haya testigos y asegurarse una menor posibilidad de defensa por parte de la víctima.<sup>118</sup>

A pesar de que se deduce por la sucesión de los hechos que todos los actos violentos individualizados se produjeron en el domicilio conyugal, solamente será agravado con respecto del delito anteriormente analizado del artículo 173.2, evitando con ello cometer un “non bis in idem”.<sup>119</sup>

### 3.1.2 - Conclusiones penológicas

Por todo lo anteriormente expuesto, se imputaría a Marcial como autor de un delito de violencia doméstica agravado por cometerse en domicilio común, una pena total de privación de libertad de 1 año, 9 meses y 1 día a 3 años (habiendo calculado la pena en su mitad superior como prevé el CP). Asimismo se tendrán en cuenta las penas accesorias que procedan.

115 AAVV; NUÑEZ CASTAÑO, E. (coord.), “Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género”, Tirant Lo Blanch, 2010.

116 Cfr: SAP de Valladolid, 973/98, de 23 de septiembre; Sentencia AP de Valencia núm 169/99, de 15 de abril

117 ALCALDE SÁNCHEZ, M.; “Los nuevos delitos de maltrato singular y malos tratos habituales en diferentes ámbitos, incluido el familiar”, *Revista de dcho penal y criminología* 15/2005, pages 38 y ss.

118 Cfr: SAP de Segovia, núm 42/2013, de 19 de marzo (JUR\2013\250696)

119 Cfr: STS 580/06, del 23 de mayo (tol 956092)



## 3.2 - Episodios de violencia individualizados

### 3.2.1 - EPISODIO 1

La primera de las agresiones individualizadas en las que se concreta el delito de violencia doméstica del artículo 173.2 anteriormente analizado, tiene lugar en el mes de enero de 2010.

En este episodio violento, María es víctima de unas agresiones constitutivas de delito de lesiones leves o maltrato de obra del artículo 153.1 del CP<sup>120</sup>, puesto que cumple con todos los requisitos – objetivos y subjetivos- necesarios para su apreciación en los que profundizaremos más adelante.

Remontándonos años atrás, observamos que en el Código Penal de 1989 se regulaba este tipo de maltrato como una violencia doméstica indiferenciable y homogénea que no permitía resolver adecuadamente la problemática que suscitaba la violencia de pareja.

Esto trajo como consecuencia que se originase un vacío normativo y aplicativo que garantizó durante años la impunidad de los agresores y la indefensión de las víctimas, resultando necesario que la Jurisprudencia emitiese pronunciamientos en aras de ayudar a la interpretación de la norma.

A partir de los años 90, la sociedad española comenzó a tomar conciencia – ante el incremento de los casos y la alarma social- de la necesidad de dar respuesta o erradicar este tipo de violencia y de deslindarla de la violencia en el ámbito familiar en la cual la encuadraba el CP del 89 incluyendo relaciones afectivas, conyugales o no, y relaciones paterno-filiales.

De este modo, como decía el Primer Plan de Acción contra la Violencia Doméstica de 1998 “para dar respuesta a la situación de violencia que sufren muchas mujeres y a la demanda social provocada por esa violencia” se llevaron a cabo varias reformas legales.

Uno de los pasos más importantes consistió en la ampliación de contenido de la violencia- extendiéndose a lesiones leves y ocasionales- y su inclusión en el concepto *de género* sobre el que volveremos más adelante.

Entre las leyes de mayor incidencia, en esta materia encontramos antes del año 2004, la LO 11/2003 que declaró perseguibles estas conductas descritas como delito y no como falta.

Un año más tarde con la promulgación de la LO 1/2004, abriría un nuevo periodo legislativo sobre la materia y trataría el problema de la violencia de pareja desde una perspectiva integral.

Ese mismo año, la Real Academia Española, tomando en consideración la realidad social del momento, establece la diferencia entre el concepto de género y el de sexo, afirmando que el género alude a una categoría sociocultural que implica desigualdades en los ámbitos laboral, político...etc y que el sexo se refiere a una perspectiva puramente orgánica, consistente en diferencias biológicas entre hombre y mujer.

Los requisitos necesarios para la apreciación de un delito de lesiones leves del artículo 153.1 son los que a continuación se exponen:

En primer lugar se exige un requisito objetivo por el cual se concreta o materializa la agresión que produce un determinado resultado que puede ser o no constitutivo de lesión.

En segundo lugar, con respecto a los sujetos, el sujeto activo, es decir quien practica la violencia- ya sea física o psíquica-, debe ser un hombre y el sujeto pasivo- quien la recibe- una mujer.

Por último, debe existir o haber existido entre ambos una relación de afectividad; deben ser o haber sido por tanto, cónyuges o ligados por una relación de afectividad, aún sin convivencia.

A mayores, el último requisito se centra en la necesidad de que la violencia ejercida se pueda enmarcar en una manifestación de la discriminación del hombre a la mujer, es decir que esté dentro del perfil de género.<sup>121</sup>

En el caso objeto de análisis, la conducta llevada a cabo por Marcial cumple con los requisitos objetivos, ya que, se trata de un delito cometido por un hombre hacia una mujer que es su cónyuge .

El resultado que se produce como consecuencia de la agresión un derrame en el ojo, que no es constitutivo de lesiones porque no requiere objetivamente de tratamiento médico o quirúrgico ni asistencia facultativa, - requisitos preceptivos del tipo básico de lesiones-, puesto que el TS ha venido considerando

---

120 Art 153.1” : El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidas como delito en este Código, o golpearle o maltratarle 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 relación de afectividad, aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año (...)”

121 AAVV; RAMOS VAZQUEZ J.A y SOUTO GARCIA EVA (Coords): “La respuesta penal...cit. 110, p. 52-54

que este tipo de traumatismos oculares para los que se prescriben colirios, se considera un tratamiento de carácter preventivo no incluido en el seguimiento médico.<sup>122</sup>

Por otro lado, concurre un elemento intencional, que se traduce en el ánimo del agresor de dominar a la mujer, y que se infiere de las circunstancias que rodean a los hechos.

Entre esas circunstancias se encuentra, por ejemplo, el *modus operandi* con el que fue ejecutada la agresión, golpeando Marcial a María en la cara, una agresión que se puede interpretar como discriminatoria tras un ataque de celos injustificado que revela un carácter posesivo.

El que concurra el elemento intencional o no es la cuestión más determinante o relevante a la hora de plantearse la posibilidad de aplicar un delito de este tipo, puesto que el precepto del CP no recoge expresamente un concepto de violencia de género propiamente dicho, limitándose a elevar a la categoría de delito lo que en otros casos sería una falta de lesiones del artículo 617.1 del CP.

No obstante, en ausencia de referencia de dicho elemento en la normativa del CP, el Tribunal Constitucional ha declarado que la interpretación de la ley no puede sólo circunscribirse siempre al tenor literal de la misma, sino que debe realizarse atendiendo de manera complementaria a la jurisprudencia, doctrina y otras disposiciones legales sobre la materia – de las que ya hemos hablado – y que sí desarrollan la idea de la necesidad de un elemento finalístico o teleológico en esta tipología delictiva.

Dice en este sentido el TC que interpretando la conducta en base únicamente a la literalidad de la norma se estaría pasando por alto el ánimo del Legislador a la hora de castigar estos comportamientos de un modo más severo.

De este modo y en base a lo indicado por el TC, debe tenerse en cuenta no sólo la materialización objetiva de una agresión, sino también la presencia en el momento de la comisión de un elemento intencional que supone una mayor antijuridicidad o un mayor desvalor de la conducta llevada a cabo, con respecto al bien jurídico que se pretende proteger.

Además de la reiterada Jurisprudencia y Doctrina, la ley 11/2003 y en especial la Ley Orgánica 1/2004, contemplan como ya se ha señalado, esta cuestión y hacen hincapié en la idea de que los poderes públicos no pueden permanecer ajenos a este tipo de violencia, puesto que además de consistir en manifestaciones violentas propiamente dichas que atentan contra la vida, la salud y la integridad física de las personas, atacan otros bienes jurídicos protegidos, como puede ser la integridad moral.

En consecuencia, se atribuye a la conducta una mayor gravedad por la anexión de una nota de género a delitos preexistentes en el CP.

Centrándonos de nuevo en la regulación legal del aspecto intencional, la LO 1/2004 conceptúa en su artículo 1.1 la violencia de género como “una manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.

De ello se deduce que el objetivo de la ley de género no pretende castigar todo tipo de violencia producida entre un hombre y una mujer cuando el sujeto activo es el hombre, sino que tiene como objetivo, castigar la violencia cuyo origen reside en el “arraigo social a las categorías, roles y diferencias que se han transmitido y mantenido durante siglos y que se han utilizado para conseguir la subordinación del hombre a la mujer”.<sup>123</sup>

Esto quiere decir que el autor inserta en su conducta una connotación machista que dota a la agresión de un plus de gravedad, puesto que la veja al considerarse superior a ella, la menosprecia, la trata de forma degradante, por el simple hecho de ser mujer, *su mujer*.

En consecuencia, teniendo en cuenta el desarrollo de los acontecimientos y resultando probado por las características de esta agresión y de las siguientes, el ánimo de dominación presente en Marcial a la hora de cometer el delito, considero que debe ser calificado como un delito de lesiones del artículo 153.1, siendo el único modo de desvirtuar su ansia de poder sobre María, la prueba de que ambos se enzarzaron en una discusión y que se propinaron golpes mutuamente, y ello en atención a lo establecido por la jurisprudencia del TS, que en situaciones similares a la establecida, ha venido calificando como falta de lesiones del artículo 617.1 del CP los actos violentos encuadrables en un forcejeo de pareja en el que ambos resultan lesionados. Sin embargo, en este caso resulta imposible calificarlo como falta puesto que, no existe un mínimo elemento probatorio para llegar a esa conclusión.

---

122 Cfr: STS 22 de septiembre de 2009.

123 AAVV; RAMOS VÁZQUEZ, J.A y SOUTO GARCÍA, EVA (Coords): “La respuesta penal...cit. 110, p. 156-158

### 3.2.1.1 - Posibilidad o no de aplicar la atenuante por estado pasional: celotipia.

Para determinar o no la apreciación de algún tipo de circunstancia que exonere o disminuya la responsabilidad penal de Marcial a consecuencia del ataque de celos que sufre, resulta necesario señalar la diferencia que se presenta en el ámbito de los celos entre la celotipia y la celopatía.<sup>124</sup>

A la celotipia se le da el valor de un sentimiento mixto que conjuga amor con odio a consecuencia de ese sentimiento amoroso. No presenta, por tanto, una base médico-legal, más allá del predominio del estado psicológico amoroso o emocional sobre el racional. En estos casos según su intensidad, se podría plantear la posibilidad de apreciar una atenuante por estado pasional del artículo 21.3 del CP, puesto que se trata de unos celos justificados que pueden llegar a entender el resto de hombres de la sociedad.

La celopatía se encuentra inserta en un delirio paranoico producido por unos celos irracionales, irreales, es decir, es una patología psiquiátrica que se relaciona estrechamente con las anomalías psíquicas. Por ello, según su intensidad, podría ser apreciada como una eximente completa o incompleta del artículo 20.1 del CP por anomalía o alteración psíquica.

Trasladada esta diferenciación al caso objeto de análisis, considero que no concurre ninguna de las dos circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y que, por lo tanto, no debería atenuarse, y mucho menos eximirse del cumplimiento de la pena a Marcial.

Esta determinación se toma en base a diferentes argumentos:

Por un lado, para poder apreciar una eximente completa o incompleta del artículo 20.1 del CP por celopatía será necesario que se demuestre fehacientemente que el sujeto no sabía lo que hacía y que por tanto, no pudiese preveer el alcance y consecuencia de sus actos.

En nuestro caso, no existe ninguna prueba consistente ,por ejemplo, en un informe psiquiátrico que revele la patología que presenta Marcial y que permita presuponer que en el momento de la comisión del delito éste tenía anuladas o mermadas de manera importante sus facultades cognitivas y volitivas, padeciendo un trastorno mental transitorio completo o incompleto en función de su intensidad.

Al no poder probarse lo anteriormente expuesto, se descarta la posibilidad de eximirle de responsabilidad penal.

Cabe también añadir que el TS en retirada jurisprudencia, no considera los celos – constitutivos de una celotipia-, motivo suficiente para poder aplicar una atenuante por estado pasional del artículo 21.3 del CP, salvo que exista una base perfectamente probada de que durante la sucesión de los hechos se vio disminuida la imputabilidad del autor.

En el caso que nos ocupa, no se han acreditado elementos probatorios que permitan aplicar esta excepción -para aplicación de atenuante en casos de celos- a lo dispuesto como norma general por la Jurisprudencia del Alto Tribunal. Asimismo, “*la libre determinación sentimental de las personas con las que se relaciona el sujeto no puede entrañar el ejercicio de violencia de género*”.<sup>125</sup>

No se aprecia, por tanto, la atenuante del artículo 21.3 del CP porque el resultado producido se considera una reacción colérica desproporcionada que, en ningún caso, basta para que proceda la estimación de dicha atenuante.<sup>126</sup>

### 3.2.1.2 - Conclusiones Penológicas

Se imputa a Marcial por un delito de lesiones leves del artículo 153.1 del CP castigado con una pena de prisión de 6 meses a un año + las penas accesorias que puedan corresponder según el tipo delictivo. No se aprecian circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

## 3.2.2 - EPISODIO 2

La segunda agresión tiene lugar tan solo 2 meses después- en marzo- y es constitutiva nuevamente del delito recogido en el artículo 153.1 del CP por tratarse de un delito de violencia de género por definición, con lo que eso conlleva en base a lo expuesto anteriormente. Asimismo, se agrava el delito por cometerse en domicilio común en virtud de lo dispuesto en el artículo 153.2 del CP.

Sin embargo esta vez, los golpes en la barriga, aunque tampoco son constitutivos de lesiones por no precisar de tratamiento médico o quirúrgico para su curación, podrán suponer que la pena se aprecie en su mitad superior.

<sup>124</sup> Establecida la diferencia por la STS de 3 de julio de 1989 y STS de 14 de julio de 1994.

<sup>125</sup> Cfr: STS 754/2015, de 27 de noviembre.(RJ\2015\5552)

<sup>126</sup> Cfr: STS 1424/2004, de 1 de diciembre (RJ\2005\466)

Esto se debe a que María en el momento de la agresión estaba embarazada Marcial tenía conocimiento de ello y aún así le golpeó en la barriga, aumentando por tanto el desvalor y gravedad de la agresión.<sup>127</sup>

En este caso la nota diferente con respecto al anterior episodio de violencia, la constituye la realización de 3 llamadas de Marcial a María en las que la increpa violentamente para que vuelva a casa violentamente.

Podría interpretarse como un delito de amenazas pero en la relación de hechos no consta que la conducta cumpla con los requisitos exigidos para poder ser calificados como constitutivos del citado ilícito.

Resulta necesario realizar algunas consideraciones sobre el delito de amenazas que permitan entender por qué en este caso no procede su calificación como tal.

En primer lugar, definimos el delito de amenazas como la acción dolosa, de mera actividad, que constituye una infracción contra la paz individual y contra la libertad del sujeto pasivo, al imponerle la realización de un acto o el cumplimiento de una condición en contra de su voluntad. Su fundamento reside en la exteriorización por parte del sujeto activo de causarle un mal que puede ser o no constitutivo de delito y la consumación de tales amenazas tiene lugar en el momento en el que el propósito de causar un mal llega a conocimiento del ofendido.<sup>128</sup>

Este concepto de amenazas, permite clasificarlas según su gravedad, en función de que se imponga o no el cumplimiento de una condición y dependiendo de si el autor hubiese logrado conseguir o no su objetivo, lo que a su vez, supondrá una variación de la penalidad a imponer.

De este modo, se considerarán amenazas leves aquellas cuyo mal no sea constitutivo de un delito tipificado por el Código Penal y sujetas a una condición que no consista en la realización de un comportamiento debido. Estas amenazas leves son las que se recogen en el artículo 171 del CP.

El subtipo agravado de amenazas leves que interesa analizar en relación con el caso es el del 171.4, que agrava la pena por ser el sujeto activo un hombre y el pasivo una mujer con la que mantiene una relación marital o sentimental análoga, en virtud del matiz de género que incorpora a este tipo de conductas la Ley 1/2004 y que imposibilita la apreciación de la conducta como una falta del artículo 620.2 del CP.

Serán consideradas amenazas graves las recogidas en el artículo 169 del CP que consistirán en la exteriorización por parte del sujeto activo del propósito de causar un mal constitutivo de delito.

Dependiendo de si se exige o no una condición la conducta se enmarcará en el artículo 169.1 que corresponde a las amenazas condicionales, o en el artículo 169.2 que regula las no condicionales y que llevarán aparejada por esa cualidad, una pena inferior.

Cabe añadir además, que en el caso de que se trate de amenazas sujetas a una condición, ésta debe ser posible objetivamente, puesto que las condiciones imposibles resultan atípicas.<sup>129</sup>

En nuestro caso puede que Marcial haya realizado las llamadas con la intención de intimidar y crear cierta temerosidad en María, sin embargo no se acredita en ningún momento que durante el transcurso de la llamada éste exteriorizase su propósito real, serio y persistente de causarle un mal, - ni constitutivo de delito ni de otro tipo-, exigencia ésta cuyo cumplimiento resulta imprescindible.<sup>130</sup>

En conclusión, las tres llamadas llevadas a cabo por Marcial no tienen relevancia a efectos de responsabilidad penal en virtud de una interpretación *a sensu contrario* del tipo delictivo de amenazas.

### 3.2.2.1 - Conclusiones Penológicas

Al igual que en el episodio violento anterior, se le imputará a Marcial un delito de lesiones leves del artículo 153.1 del CP, contemplada esta vez la pena en su mitad superior por el hecho que comentábamos anteriormente de estar embarazada. De este modo, se deduce una pena total de 9 meses y un día a 1 año. Asimismo se tendrán en cuenta, las penas accesorias que correspondan.

### 3.2.3 - EPISODIO 3

El 29 de septiembre de 2012 se produce la tercera de las agresiones en el hogar conyugal dando lugar a una serie de lesiones en el hígado y bazo que necesitan para su curación una intervención quirúrgica

127 Cfr: STS 823/2013, de 1 de julio que contempla el caso de violencia sobre una mujer estando embarazada

128 Cfr: STS de 12 de abril de 1991.

129 AAVV; RODRÍGUEZ RAMOS, L. : “Código Penal comentado y con Jurisprudencia”, LA LEY, Madrid, 2007, p. 408

130 Cfr: STS de 5 de junio de 2003; STS de 14 de septiembre de 2000; SAP de A Coruña nº 00250/2016.

El TS define la intervención quirúrgica como “*la actuación médica sobre el cuerpo del paciente de forma agresiva como ocurre, por ejemplo cuando se abre, se corta, se extrae o se sutura, es decir siempre que la curación se persiga mediante la intervención directa en la anatomía de quien la necesite*”.<sup>131</sup>

La necesidad de intervención quirúrgica o tratamiento médico y la primera asistencia facultativa, conforman los presupuestos o requisitos exigidos para que el resultado de una agresión pueda ser calificado como lesión, según el tipo básico de lesiones recogido en el artículo 147 del CP.

Además de cumplirse con estos requisitos de carácter objetivo, será necesario que se de el tipo intencional. En estos casos se admite la comisión del delito por dolo directo, eventual e imprudencia.

En el caso objeto del trabajo podemos apreciar que concurre como parte del tipo subjetivo, dolo directo, puesto que Marcial conocía el peligro que su conducta podía entrañar y actuó conforme a ese conocimiento, ejecutando las acciones tendentes a concretar ese peligro en el resultado producido.<sup>132</sup> En su modo de actuar concurre por tanto, el *animus laedendi* o de hacer daño.<sup>133</sup>

Asimismo, cuando se produce un incremento del riesgo para la integridad física, el CP prevé un tipo agravado de lesiones en el artículo 148.

Esta agravante se justifica o fundamenta en base a una “mayor perversidad criminal”<sup>134</sup>, un mayor desvalor o gravedad por utilizarse y aprovecharse en la comisión de la acción cualquier medio o mecanismo de los citados en el precepto. No obstante, la aplicación de este precepto es de carácter potestativa, por lo que su apreciación queda sometida a la decisión del Tribunal.

En nuestro caso, el comportamiento de Marcial se podría encuadrar en el 148.4 del CP<sup>135</sup>, puesto que se incrementa la antijuridicidad de la acción al agredir a María, mujer con la que mantiene una relación conyugal.

El citado artículo es uno de los, tras la promulgación de la Ley 1/2004, ha convertido el anterior delito en uno de violencia de género por definición, puesto que está dotado de esa connotación machista que se expresa en situaciones de desigualdad, discriminación y relaciones de poder del hombre sobre la mujer.<sup>136</sup>

Respecto a la calificación del delito, dado que, resultan afectados dos órganos corporales, podría plantearse la apreciación del tipo de lesiones más graves recogidas en los artículos 149 y 150 del CP<sup>137</sup>, respectivamente.

Ambos artículos prevén la causación de un menoscabo a un órgano, en consideración como parte del cuerpo que desempeña una función fisiológica y que posee funciones propias.

Sería calificado como un delito del artículo 149 si se produce el resultado sobre un órgano principal; mientras que sería constitutivo del 150 si se produjese sobre un órgano no principal o vital. Asimismo, se contempla la deformidad de la que hablaremos más adelante.

Al igual que las otras tipologías delictivas que contemplan las lesiones, también exigen primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico para su sanación. Sin embargo, llevan aparejada una mayor pena o desvalor, porque requieren que el resultado conlleve a su pérdida- entendida e sentido literal-, o inutilidad permanente- entendida como pérdida de la funcionalidad-, de la parte del cuerpo afectada.<sup>138</sup>

Es por esta última característica o requisito aportado, por lo que no se puede apreciar en este caso para las lesiones causadas en hígado y bazo en nuestro caso, los delitos de lesiones graves recogidos en estos tipos

---

131 Cfr: STS de 3 de abril de 2001 (FJ 5º)

132 Cfr: STS de 16 de junio de 2006 (FJ 3º)

133 Cfr: SAP de Vizcaya 48/2015, de 21 de julio. (ARP\2015\979)

134 Cfr: STS de 26 de diciembre de 2007.

135 Art. 148.4º: (...) si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

Se trata de una de las circunstancias que permiten apreciar las lesiones agravadas, castigadas con una pena de prisión de 2 a 5 años”.

136 Cfr: STS 24 de noviembre de 2009; SAP Barcelona de 1 de abril de 2009; SAP Murcia de 12 de julio de 2012; SAP Girona de 12 de abril de 2010.

137 Art 149º: El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. (...)"

Art 150º: El que causare a otro la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años”.

138 Cfr: STS de 29 de noviembre del 2000.

penales, puesto que no se ha acreditado en ningún momento por la relación de hechos que María sufriese la pérdida o inutilidad de dichos órganos.

Una vez que sabemos la figura delictiva – artículo 148.4 - en la que se podrían encuadrar las lesiones a los órganos, corresponde examinar la cuestión de la cicatriz que le provoca Marcial a María en el rostro a causa de los golpes recibidos, optando por calificarlo como una deformidad simple del artículo 150 o como deformidad grave del artículo 149 del CP.

El Tribunal Supremo define deformidad como aquella *“irregularidad física, visible y permanente, o alteración corporal externa que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista”*.<sup>139</sup>

Esta definición de la misma, descarta del objeto de aplicación de estos tipos penales a aquellos ligeros perjuicios estéticos.

Sin embargo, aún teniendo en cuenta lo anterior, las cicatrices deben incluirse en el concepto de deformidad, según reiterada Jurisprudencia del TS.<sup>140</sup>

Los parámetros o referencias por las que nos debemos guiar para calificar la conducta en base a las características de la deformidad son los siguientes:

En primer lugar debemos analizar la cuestión de la zona del cuerpo en la que se presenta la deformidad, su carácter visible y permanente. En el caso que nos ocupa sabemos que la cicatriz se produjo en el rostro, por lo que los criterios valorativos resultarán menos flexibles que si se hubiese producido la deformidad en otra parte del cuerpo, puesto que las cicatrices en el rostro suponen un impacto estético importante.

Examinada esa cuestión, corresponde atender a los criterios que establece el TS en cuanto a cicatrices en la cara para aplicar uno u otro tipo delictivo (149 o 150 del CP):

Al respecto, la jurisprudencia considera deformidad grave encuadrada en el artículo 149 del CP a la cicatriz que presente unas dimensiones a partir de 21cm de largo x 2 cm de grosor, *“que sea perfectamente visible y produzca un grave perjuicio estético, rompiendo la armonía de los rasgos faciales”*, afectando a músculos o nervios faciales, por lo que se podría equiparar a la pérdida de miembro u órgano principal.<sup>141</sup>

Por otro lado, el TS considera deformidad simple del artículo 150 a la cicatriz visible desde 3 metros de distancia que altera el rostro de un modo apreciable y cuya longitud no supera los 13 cm aproximadamente<sup>142</sup>.

En nuestro caso no queda acreditado a través del correspondiente informe pericial o parte médico de lesiones, las características de la cicatriz de María en lo referente a sus dimensiones.

Ante esta falta de concreción, el TS dice que debe aplicarse el artículo 150 y no el 149 en base a un criterio de aplicación restrictivo.<sup>143</sup> Asimismo, resultaría desmesurado – no teniendo datos sobre la deformidad- calificarla directamente como grave, puesto que la conducta que prevé este precepto se castiga con una pena de prisión de 6 a 12 años.

Por todo ello, considero que nos encontraríamos ante un delito de deformidad simple del artículo 150 del CP.

Teniendo en cuenta, por tanto, las dos calificaciones llevadas a cabo (concretadas en un 148.4 y un 150), no sería correcto establecer un concurso de delitos, sino, más bien, un concurso de normas o concurso aparente de leyes.

En este tipo de concurso se da el supuesto de que uno o varios hechos son aparentemente incluíbles en varios preceptos penales, pero sólo uno de ellos resulta aplicable, debiendo excluir al resto teniendo en cuenta, por tanto, el más grave a la hora de calificar la conducta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.4 del CP. Así, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

El TS establece una serie de premisas básicas a tener en cuenta para aplicar un concurso de leyes o uno de delitos según el caso que corresponda.<sup>144</sup> Asimismo, avala en reiteradas sentencias la aplicación del concurso de normas o leyes en casos como el que nos ocupa en el que concurren los artículos 148 y 149.

139 Cfr: STS de 20 de abril de 2007.

140 Cfr: STS de 20 de abril de 2007; STS de 24 de noviembre de 1999.

141 Cfr: STS de 19 de julio de 2007; STS 258/07, de 19 de julio (RJ\2007\4869)

142 Cfr: STS 31 de marzo de 2010

143 En relación con esto, Cfr: STS 150/06, de 16 de febrero (RJ\2006\994); STS 930/2013, de 3 de diciembre; (RJ\2013\7909) STS 916/2010, de 26 de octubre (RJ\2010\8169); STS 2/2007, de 16 de enero.(RJ\2007\252)

144 Cfr: STS 671/2006, de 21 de junio (RJ\2006\3769); STS 580/2006, de 23 de mayo (RJ\2006\339); STS 383/2010, de 5 de mayo (RJ\2010\5798); STS 1323/2009, de 30 de diciembre (RJ\2020\2982)

### 3.2.3.1 - Conclusiones penológicas

Por ello, la pena total a imputar a Marcial será la de privación de libertad recogida en el artículo 150 del CP (resultado de aplicación del artículo 8: concurso de normas del 148.4 y el 150) de 3 a 6 años. Asimismo se tendrán en cuenta, las penas accesorias que correspondan.

### 3.2.4 - Delito de quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento

Los hechos relatados desde la reanudación de la convivencia conyugal por parte de Marcial son constitutivos, - entre otros ilícitos de un delito continuado de quebrantamiento de la medida cautelar (no de condena, puesto que para ello es preceptivo que ya se haya dictado Sentencia condenatoria; lo cual no es el caso) de alejamiento que se recoge en el artículo 468.2 (art literal en pie pagina) del CP (abreviatura), al vulnerar de modo prolongado dicha medida acordada respecto a María y a Elisa.

De dicho precepto se desprende la existencia y necesidad de concurrencia de dos elementos integradores del mismo, que son el objetivo y el subjetivo.

El elemento objetivo se caracteriza por el incumplimiento de la medida impuesta, es decir, por la materialización del comportamiento consistente en aproximarse o comunicarse con la víctima. En este caso resulta evidente que Marcial materializa la conducta reanudando la convivencia con su cónyuge María en el mes de diciembre de 2012.<sup>145</sup>

El elemento subjetivo consiste en la voluntad y consciencia por parte del denunciado de que está llevando a cabo una conducta de quebranto, no siendo necesario la oposición o el ánimo contrario por parte de la víctima para entender cometido el delito.

Una cuestión que ha planteado dudas es la determinación de si el consentimiento por parte de la víctima influiría o no en que se produjese el ilícito.

Las dudas quedaron disipadas con el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del TS de 25 de noviembre de 2008 que propuso la unificación de criterios diciendo que es irrelevante en el derecho penal el perdón de la víctima de la infracción criminal, elemento que sólo incide en los delitos llamados privados, que es cuando la ley sí lo prevé.

Siguiendo la Jurisprudencia y Doctrina mayoritaria<sup>146</sup>, cabe afirmar que, en estos casos, el consentimiento de la víctima no puede ser obstáculo para la apreciación de la culpabilidad de Marcial, aquel contra el que se ha dictado la orden de alejamiento.

Esto quiere decir que debe apreciarse, en todo caso imputación del delito, al margen de poder probar un consentimiento libre por parte de la víctima, es decir de mutuo acuerdo o viciado y por lo tanto, nulo.<sup>147</sup>

Como afirma en un gran número de Sentencias<sup>148</sup>, el elemento más determinante a tener en cuenta para la posibilidad de imputación del delito al amparo del artículo 468.2 del CP, es la inobservancia reiterada, inintermitente – propia de una convivencia habitual- consciente, deliberada por parte de Marcial de la medida cautelar impuesta con carácter provisional.

Asimismo, dicha Jurisprudencia establece en sus resoluciones una serie de razones por las cuales resulta irrelevante a efectos de apreciación del delito la voluntad de la víctima.

En primer lugar alega que el bien jurídico protegido del delito lo constituye el principio de autoridad por ir en contra de la Administración de Justicia, puesto que es la misma la que tiene la capacidad de carácter facultativo para determinar la Orden – bien por la **vía del 544 bis o por la del 544 ter de la Lecrim** - y tras ponderar las circunstancias concurrentes con el fin de proteger a la ofendida, cumpliendo, eso sí, con los requisitos de buena fe, idoneidad y proporcionalidad- actuación enmarcada dentro de las primeras diligencias de protección en el seno del proceso, contempladas en el artículo 13 de la Lecrim.

En segundo lugar, señala que el hecho delictivo es perseguible “de oficio”, de lo que se puede desprender que la medida no se presenta como un derecho dispositivo de la víctima, por lo que no resultará válido el consentimiento para que la conducta no resulte punible.

145 AAVV; RODRÍGUEZ RAMOS, L. : “Código Penal comentado... cit. 128.

146 MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica, Indret 4/2007, Barcelona.

147 Cfr: STS 39/2009, de 29 de enero (RJ\2009\829); STS 654/2009, de 8 de junio (RJ\2010\979)

148 Cfr: SAP Madrid, Sección 3º, de 11 de junio de 2004 (RJ\2004\226709); STS 755/2009, de 13 de julio (RJ\2009\6978)

Con respecto a la medida de alejamiento, es Doctrina mayoritaria de esta Sala, que como tal delito contra la Administración de Justicia se comete independientemente de la voluntad de la mujer de aceptar y consentir el acercamiento” ; SAP de las Palmas, 46/2011, de 4 de marzo (JUR\2011\261535)

Reforzando la argumentación esgrimida por los Tribunales, el Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer celebrado en Madrid el 17 y 18 de noviembre de 2005 en el CEJ destaca que: “Las resoluciones judiciales están destinadas a ser cumplidas. Cuando un auto de medida cautelar se ha dictado motivadamente para proteger a una persona de la agresividad de otra, estando en riesgo su seguridad, integridad moral, física e incluso la propia vida, no puede quedar desvirtuada”.

Esto viene a reafirmar la idea de que el supuesto o presunto consentimiento por parte de la víctima, no puede implicar la exoneración del delito, y más aún cuando el mismo no está acreditado ni probado, pudiendo tratarse de un consentimiento prestado por parte de María a causa de presiones psicológicas, económicas...etc, y por ello nulo.

Precisamente por esta razón sólo puede quedar sin efectos dicha resolución cuando la misma Autoridad que acordó la medida valore que las causas que motivaron la adopción desaparecieron, -lo que nuestro caso no ha sucedido-.

Resulta claro que si se permitiese a la víctima – que puede estar coaccionada o manipulada-, dejar sin efecto decisiones judiciales tomadas por una Autoridad Judicial en su favor, no se cumplirían las finalidades establecidas en materia de violencia de género.

El motivo esgrimido por la Jurisprudencia se concreta en las circunstancias de que en la práctica del día a día y en la mayoría de casos, los consentimientos se prestan en un marco de intimidación innegable, en el que la pareja- en este caso Marcial-, utiliza para lograr la aceptación mecanismos engañosos o se vale de sentimientos fingidos, o falsas promesas con el mismo fin.

Por todo lo expuesto entendemos imputable a Marcial, un delito de quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468.2, tomando en consideración lo anteriormente indicado respecto al tema de la incidencia del consentimiento de la víctima, que, como se ha expuesto, no tiene relevancia a efectos de exonerar al agresor de la responsabilidad penal.

Para recalcar la falta de importancia de dicho consentimiento, el TS proclama la naturaleza del delito de quebrantamiento como un delito perseguible de oficio, y subraya la finalidad de la intervención penal en el ámbito de la violencia de género, e incluye las máximas de experiencia del juzgador en torno a una manipulación emocional del conflicto por parte del agresor, que, prevaliéndose del conocimiento afectivo de la víctima, obtiene un consentimiento viciado.

Dicho consentimiento viciado resultaría nulo, por lo que en el proceso penal no puede ser tomado en consideración .

#### *3.2.4.1 - Conclusiones Penológicas*

En conclusión estimamos que se le debe imputar a Marcial por el quebrantamiento de la medida cautelar de orden de alejamiento contemplada en el artículo 48.2 del CP, y, que por encontrarse María y Elisa- las víctimas-, dentro de los sujetos pasivos a los que se refiere el artículo 173.2 del CP le resultaría aplicable una pena de prisión de 6 meses a 1 año de duración.

#### 3.2.5 - EPISODIO 4

El día 12 de octubre de 2013 tiene lugar el último de los episodios violentos que provocó Marcial en el domicilio conyugal.

La responsabilidad que se deriva de los actos o conductas de éste, se concretan en las siguientes calificaciones delictivas:

En lo que se refiere a las agresiones que tuvieron como víctima a María se puede concluir que serían constitutivas de un delito de lesiones leves o malos tratos de obra del artículo 153.1- como en el primer episodio violento-, al tratarse de un menoscabo físico no constitutivo de lesión.

La razón por la que los golpes en el estómago no son considerados lesión es la misma que la esgrimida para los casos similares anteriores. Los mismos no precisan asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico para su sanación.

Por otro lado corresponde la aplicación de un delito de lesiones leves y no de una falta de lesiones del artículo 617.1, en virtud de lo mencionado anteriormente sobre la conversión de faltas a delitos que efectuó la Ley 1/2004 para los casos de violencia de pareja en los que el hombre agrediese a la mujer con ánimo de discriminarla, someterla y degradarla.

En el relato de los hechos también se expone que María tiene que ser sometida a fármacos sedantes por sufrir un episodio de ansiedad que le provoca, a su vez, un ataque al corazón.



El análisis en cuanto a la gravedad de la ansiedad sufrida por María será muy relevante a la hora de determinar si se puede aplicar a Marcial un delito autónomo de lesiones psíquicas, o considerar la ansiedad subsumida dentro del delito de lesiones en sede de violencia de género del artículo 153.1, como parte de las consecuencias “previsibles y normales” del mismo.

En esta línea, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 79/2009, de 10 de febrero que dice lo siguiente: “*Debe valorarse si el deterioro psíquico que padece y consecuencia de la agresión, excede del resultado típico del correspondiente delito de la agresión principal o por el contrato, debido a su importante gravedad debe ser calificado como un delito de lesiones independiente*”.

La ansiedad se puede definir como el trastorno adaptativo que, no llega a considerarse enfermedad mental, tiene carácter que puede ser no permanente<sup>149</sup> y que en relación con su gravedad puede enmarcarse en el ámbito de las lesiones psíquicas.

Como comentamos anteriormente, el requisito objetivo de obligado cumplimiento para poder apreciar un delito de lesiones tanto físicas como psíquicas (según la OMS, las lesiones psíquicas, también pueden ser constitutivas de un delito de lesiones al estar consideradas enfermedades que pueden necesitar tratamiento médico), es la necesidad de una primera asistencia facultativa y de un tratamiento médico o quirúrgico, según dispone el artículo 147.1 del CP que regula el tipo básico de las mismas.<sup>150</sup>

Una Sentencia del TS de 11 de diciembre de 2008 dispone: “*Se considera tratamiento médico a la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa*”<sup>151</sup>.

En nuestro caso, se acredita que a María le tuvieron que suministrar en el hospital un fármaco sedante a raíz de sufrir el ataque de ansiedad. La cuestión a determinar ahora es la de si esos fármacos pueden ser considerados como tratamiento médico a efectos de considerar la ansiedad como lesión independiente o como secuela de un delito de violencia de género.

Con respecto a ello, no consta en la relación de hechos el fármaco concreto que se le administró a María ni tampoco la prescripción de la duración que tendría el tratamiento con esos fármacos.

El Alto Tribunal ha admitido dentro de la consideración de tratamiento médico aquellos casos o supuestos en los que el fármaco se haya administrado como método “objetivamente necesario” para la curación o paliación inmediata del padecimiento, cosa que sucede en nuestro caso, en el que resulta necesario calmar la situación de ansiedad en la que se encuentra María.<sup>152</sup>

Por otro lado, a consecuencia del factor desencadenante de la ansiedad y por la naturaleza de los fármacos para tratarla, consideramos que la necesidad de dispensar esa medicación provocará que la atención médica trascienda de una primera asistencia facultativa, por lo que no se podrá considerar como un acto médico separado; hecho que hace que el TS no lo reconozca como tratamiento.<sup>153</sup>

El modo más adecuado para poder valorar el nivel de gravedad del menoscabo psíquico a efectos de considerarlo como una lesión autónoma o no, sería mediante un informe pericial que analizase con detalle la materia en cuestión.

En los citados informes se suelen llevar a cabo una serie de pruebas. Entre las que se podrían aplicar a este caso concreto, por ejemplo, las STAI (TEA en España).<sup>154</sup> Estas pruebas consisten en unas escalas que miden el estado de ansiedad, describiéndose la misma, como un estado o condición emocional transitoria del ser humano que se caracteriza por sentimientos subjetivos de tensión y aprehensión, así como hiperactividad del sistema nervioso autónomo. Puede variar con el tiempo y fluctuar con respecto a la intensidad.

---

149 Cfr: STS 785/1998, de 9 de junio (JR\1998\5159); SAP Madrid 511/2002, de 21 de noviembre (JR\2002\72482) y STS 1077/1998, de 17 de octubre (JR\1998\6875) STS 1606/2005, de 27 de diciembre (JR\2006\344)

150 Art 147.1º: 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”.

151 Cfr: STS 891/2008, 11 de diciembre (RJ\2009\4712)

152 Cfr: STS 12/2006, de 19 de enero ((RJ\2006\2731)

153 STS 153/2013, de 6 de marzo (RJ\2013\5013); STS 650/2008, de 23 de octubre (RJ\2008\6958)

154 Véase el ANEXO II

Sin embargo, en este caso no se adjunta en la relación de hechos dicha valoración facultativa por lo que nos decantamos a favor de una lesión- susceptible de ser imputada como un delito independiente-, en base a una serie de aportaciones jurisprudenciales ya aportadas y por deducciones lógicas como por ejemplo, la unión o conexión directa entre el ataque de ansiedad y el infarto de miocardio.

Correspondería calificar el ataque de ansiedad, por tanto, como constitutivo de un delito de lesiones psíquicas del artículo 148.4, por encajar dentro del perfil de género, que como hemos visto, agrava o dota de mayor desvalor a la conducta ejecutada.

Una vez calificados los dos delitos por separado en un delito de lesiones leves del 153.1 del CP y uno de lesiones psíquicas agravadas del 148.4, corresponde analizar la cuestión del tipo concursal a aplicar.

En este caso ahora analizado, ocurre lo mismo que en el episodio de violencia 3, en el que se trataba la cuestión de las intervenciones en hígado, bazo y las cicatrices, ya que se aplicará un concurso de normas o leyes según lo dispuesto en el artículo 8 del CP, en el que se castigaba la conducta de mayor gravedad, excluyendo el delito que conllevase menos pena.

Aquí se castiga con mayor pena el delito recogido en el artículo 148.4 porque conlleva una pena de privación de libertad de 2 a 5 años, frente al del 153.1, que prevé una pena de prisión de 3 meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad, por lo que se optará por la aplicación de las lesiones agravadas del 148.4.

Otra cuestión que se debe tener en cuenta en lo que a consecuencias jurídicas se refiere, es el infarto al corazón producido a causa del ataque de ansiedad que padeció María.

Para saber si se puede imputar un resultado en los delitos contra la vida o integridad física será necesario analizar si existe una relación de causalidad entre el resultado y el riesgo propio de ejecutar la acción<sup>155</sup>.

La teoría que sigue el TS para explicar este tipo de relación causal es la Teoría de la Imputación Objetiva, que exige que la acción cree un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y que dicho resultado suponga la materialización de ese riesgo desaprobado a efectos jurídicos.

Debe, por tanto, cumplir con el requisito objetivo de la creación de un riesgo que entraña un resultado lesivo y con el requisito subjetivo que cubre los aspectos intencionales del dolo y la ausencia de cuidado debido en la imprudencia.<sup>156</sup>

En nuestro caso la conexión, tanto en lo referente al aspecto objetivo, no está clara puesto que tiene lugar un lapso de tiempo entre los malos tratos y el momento del infarto y tampoco lo está en cuanto al subjetivo. Sin embargo, ante la escasez de datos sobre los hechos, nos centraremos en el análisis de la cuestión subjetiva.

Se considera que el dolo es un elemento subjetivo del delito que no supone que la acción sea un acontecimiento casual, sino un suceso que va dirigido a la consecución de un fin. Esto quiere decir que para determinar la tipicidad de ciertas conductas es necesario que el autor haya actuado intencionadamente, comprendiendo el alcance de sus actos y queriendo actuar conforme a ese entendimiento.

De este modo, aunque Marcial maltratase a María, no parece probable que pudiese prever que a causa del ataque de ansiedad sufrido, le iba a dar un infarto. Ello hace que se pueda descartar la presencia de dolo en la conducta de Marcial, puesto que no crea el peligro o riesgo para que se concrete en ese resultado final.

En lo que se refiere a la imprudencia, debemos tener en cuenta el aspecto subjetivo de la misma, que se concreta en determinar si Marcial era consciente de las posibilidades de riesgo de la acción de maltrato, es decir si conocía el riesgo “ex ante”, o que le fuera exigible conocerlo.

Teniendo en cuenta que no hay ningún informe médico que pueda acreditar que María sufría padecimientos del corazón – que Marcial en calidad de marido debiera conocer-, considero que éste realmente no pudo prever de ningún modo que sus agresiones acabarían desencadenando un infarto en su esposa.

Por lo tanto, al no cumplirse la exigencia de imputación objetiva y subjetiva que requiere para operar el principio de culpabilidad, aprecio que Marcial estaría exento de responsabilidad penal y que únicamente tendría que hacer frente a la responsabilidad a efectos civiles.

La otra opción posible- aunque desde mi punto de vista bastante inviable- sería la de considerar que María sufría problemas coronarios que Marcial conocía, apreciando con ello que se cumple con los elementos de la imputación objetiva de creación de un peligro conectado con la producción de un resultado, aplicando, en tal caso, la comisión de unas lesiones imprudentes por no prestar el cuidado debido.

155 Cfr: STS 1460\2003, 7 de noviembre (RJ\2003\7573)

156 Cfr: STS 19 de junio del 1992 (RJ\1992\5797); STS de 5 de noviembre de 1990.

Analizada la responsabilidad penal de Marcial por los delitos cometidos contra María, corresponde calificar la acción que tuvo como víctima a su hija Elisa.<sup>157</sup>

Fruto del golpe asestado a la niña, ésta sufrió un derrame en el ojo que, en base a lo indicado anteriormente para el caso de su madre, no es constitutivo de lesiones por no necesitar objetivamente primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico para su curación.

No obstante, no puede ser considerado como una simple falta leve de lesiones del artículo 617.1 del CP por encontrarse Elisa dentro de la categoría de “delitos de tipo paralelo” como los define RAMON RIBAS-, a los de violencia de género y que aparece recogido en el artículo 153.2 del CP.

Estos ilícitos son los que se cometen sobre “las personas especialmente vulnerables que conviven con el autor”, incluyendo dentro de esta categoría a los descendientes que es de lo que trata el caso que nos ocupa. Personas especialmente vulnerables son aquellas que el legislador ha considerado que necesitan de tutela específica, y por ello lo ha incluido en la consideración de delito.

El legislador penal español ha ido otorgando cada vez mayor protección a esta especial vulnerabilidad de la víctima de un delito con motivo de las sucesivas reformas del CP del 1995.

Así sucedió con la Ley Orgánica 11/1999 en relación a los delitos sexuales; las Leyes Orgánicas 11/2003, 15/2003 y 1/2004, de Protección contra la Violencia de Género, en relación a los actos de violencia de género o terrorismo; o la Ley orgánica 5/2010, en relación a la trata de seres humanos.

Además, a nivel internacional, la Directiva 2012/29/UE en su artículo 22 establece una “*evaluación especial de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección*”. Esta disposición destaca la especial vulnerabilidad por razón de edad (menores) y por razón de discapacidad.

La protección por razón especial de vulnerabilidad de la víctima se dispensa por tanto, con el objetivo de reforzar los bienes jurídicos de estas personas, a los cuales resulta más reprochable atacar por sus circunstancias y que facilitan su impunidad.<sup>158</sup>

Esta es la razón por la que la agresión que se da en este caso no puede ser constitutiva de falta, puesto que, al ser Elisa la hija del agresor, la conducta adquiere un mayor desvalor y gravedad, porque no sólo se protege los bienes jurídicos de lesiones en este delito sino que también se protege la integridad moral.

En el caso que nos ocupa, Marcial golpea con desprecio a una persona que además de ser su hija tiene 3 años de edad, por lo que, además, se la puede considerar una persona especialmente vulnerable, lo que es constitutivo de un delito de lesiones leves recogidas en el artículo 153.2 del CP.

### *3.2.5.1 - De la apreciación de posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de Marcial por drogadicción y reparación del daño causado.*

Una vez encuadrados los hechos en las diferentes tipologías delictivas cabe plantear la cuestión de si concurre alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal de Marcial.

Según lo relatado en los hechos del caso objeto de análisis, el día de autos Marcial dio positivo en una prueba de alcoholemia y drogas practicada por los Cuerpos de Policía.

Esta circunstancia podría abrir la posibilidad – con respecto a esta última agresión-, de apreciar la concurrencia de una de las circunstancias atenuantes de la pena de Marcial.

En cuanto a la posible apreciación de las mentadas circunstancias atenuantes, procedemos a analizar por separado las sustancias ingeridas, diferenciando, por tanto, la ingesta de alcohol del consumo de cocaína.

Por un lado queda acreditado por la prueba de alcoholemia realizada a Marcial por los Cuerpos de Policía que éste presentaba un índice de 0,75 mg por aire espirado.

En relación a esta circunstancia, resulta necesario establecer una diferenciación entre la embriaguez y el alcoholismo.<sup>159</sup> La primera implica una intoxicación plena y el segundo, una intoxicación aguda que, en su nivel de gravedad más elevado o intenso puede llegar a alcanzar el encaje jurídico de enajenación mental, trastorno mental transitorio, afectando con ello a las bases de la imputabilidad (intelecto y voluntad). De este modo, será precisamente esta intensidad la que nos dará las pautas para graduar la imputabilidad que podrá ir desde la plena responsabilidad hasta la eximente completa o incompleta de la misma.

157 GÓMEZ COLOMER, J.L.: “ Tutela Procesal frente a hechos de violencia de género” ; Universitat Jaume I, 2007

158 Cfr: SAP de Las Palmas nº 166/2011; SAP Santa Cruz de Tenerife 203/2009, de 27 de abril (JUR\2009\354168)

159 A este respecto Cfr: STS núm 6/2010, de 27 de enero (RJ\2010\3008)

Por un lado, cuando la embriaguez es plena y fortuita se está ante una eximente completa del artículo 20.2 del CP.<sup>160</sup> Esta eximente ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia que la considera como reacción anormal tan enérgica y avasalladora para el sujeto que le priva de toda capacidad de raciocinio, eliminando y anulando su capacidad comprensiva y volitiva.<sup>161</sup>

En la misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia del 15 de abril de 1998<sup>162</sup>, definiéndola como "*fulminación de conciencia tan intensa y profunda que impide al agente conocer el alcance antijurídico de su conducta despojándole del libre arbitrio que debe presidir cualquier proceder humano responsable*".

Por otro lado, cuando la embriaguez es sobrevenida- no autoprovocada-, pero no plena se puede llegar a apreciar la eximente incompleta, si las facultades intelectivas y volitivas se encuentran seriamente disminuidas en el momento de ejecución de los hechos.

Cuando no es habitual ni provocada con el propósito de delinquir se estará ante una atenuante, pudiendo apreciarse como una atenuación muy cualificada si sus efectos han sido especialmente intensos o si nos encontramos ante una adicción muy grave o prolongada en el tiempo. Dicha atenuante se regula en el artículo 21.2 del CP.<sup>163</sup>

Por último, cuando la disminución de la voluntad y de la capacidad de entender ha sido **leve**, cualesquiera que sean las circunstancias alcohólicas que las motivan, únicamente puede ser apreciada la atenuante analógica del artículo 21.7 del CP

Con respecto a la posibilidad de atenuar la pena en base a la patología orgánica asociada al consumo habitual de alcohol (alcoholismo), la Sentencia del Supremo de 21 de septiembre del año 2000, interpretando el actual art. 20 CP, matiza estas categorías indicando que en supuestos de adicción acreditada del sujeto a las bebidas alcohólicas, dicha dependencia por sí sola será relevante si además concurren alguna de las siguientes condiciones: o bien la existencia de anomalías o alteraciones psíquicas que tengan su causa en dicha adicción, lo que podrá constituir también base para estimar la eximente completa o incompleta según el grado de afectación del entendimiento o la voluntad; o, en segundo lugar, por la vía de la atenuante del artículo 21.2 C.P, atendida su relevancia motivacional, supuesta la gravedad de la adicción, debiendo constatarse una relación causal o motivacional entre dependencia y perpetración del delito. No basta el consumo de bebidas alcohólicas para que se entienda siempre disminuida la imputabilidad y la responsabilidad penal del sujeto.

Analizadas las diferentes circunstancias que motivan las atenuaciones de la pena, consideramos que en nuestro caso, no se podría eximir o atenuar la responsabilidad penal de Marcial ni por embriaguez ni por alcoholismo, puesto que, la cantidad de alcohol ingerida no se ha probado que afectase a sus capacidades de discernimiento.

La Sentencia del TS de 1353/05 de 16 de noviembre dice al respecto que "*no basta con haber bebida alcohol para aplicar la atenuación pretendida, sino que resulta necesario que tal ingesta haya determinado una merma notable en las capacidades mentales*".<sup>164</sup>

Por otra parte, no se acredita en informes médicos que éste padezca una adicción al alcohol, no pudiendo probarse un consumo habitual de dichas sustancias, una patología psiquiátrica derivada del consumo del mismo, ni un síndrome de abstinencia grave o *delirium tremens* que le hiciesen perder el control en el momento de perpetrar los hechos.

El segundo factor a tener en cuenta a la hora de calificar la conducta, con respecto al estado de Marcial es que éste dio positivo de cocaína en una prueba realizada.

Antes de comenzar a analizar esta circunstancia modificativa, resulta necesario establecer una serie de precisiones o consideraciones jurisprudenciales con respecto a la drogadicción en general.

---

160 Art. 20.2º: El que al tiempo de cometer una 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".

161 Cfr: STS 357/2005, de 20 de abril (RJ\2005\6798); ATS 2023/2000, de 19 de julio (RJ\2000\7463)

162 Cfr: STS 527/1998, de 15 de abril (RJ\1998\3806)

163 Art 21.2º: (...) la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior".

164 Cfr: STS 1353/05, de 16 de noviembre

Dice el TS que para poder apreciarse la drogadicción, ya sea como una circunstancia eximente completa o incompleta o atenuante, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adicción a sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia y grado o nivel de alteración en el momento de los hechos, que pudo influir o no en sus capacidades cognitivas y volitivas.<sup>165</sup>

En este sentido, para saber si se debe o no aplicar una circunstancia que modifique la responsabilidad de Marcial será necesario establecer un análisis por separado entre el hecho de encontrarse bajo los efectos de la cocaína el día de Autos y una adicción a las drogas que él mismo reconoce cuando se presenta la Policía en su casa.

Empezaremos analizando la cuestión de que Marcial estaba bajo la influencia de la cocaína cuando agredió a su mujer y a su hija.

El artículo 20.2ª prevé la posibilidad de que el autor pueda quedar eximido de responsabilidad penal por estar en estado de intoxicación plena a causa del consumo de sustancias estupefacientes, siempre y cuando no se hayan consumido para cometer el delito en cuestión, o por estar bajo el síndrome de abstinencia. Además algunos autores han señalado que también podrá apreciarse dicha eximente cuando la persona se encuentre bajo el miedo de padecer el síndrome de abstinencia de alguna de las sustancias que recoge el precepto citado.

En términos médicos se entiende, por intoxicación al estado de práctica inconsciencia que disminuye la posibilidad de comprender que se está cometiendo un delito.

A efectos jurídicos conlleva a la total anulación o merma muy significativa de las capacidades intelectivas y volitivas del sujeto. De este modo, la persona en el momento en que se encuentra bajo los efectos de esa sustancia no comprende lo que hace y por ello, no es capaz de actuar conforme a esa comprensión, es decir, no es dueño de sus actos, no mide ni el alcance ni las consecuencias de los mismos.

Dependiendo de si las capacidades mentales se encuentran anuladas completamente o por el contrario, presenta mínimos signos de discernimiento, se aplicaría una eximente completa o incompleta, -respectivamente.

En nuestro caso, no existen elementos probatorios que podrían consistir en informes médicos, por ejemplo, que permitan acreditar que Marcial en el momento en el que tuvieron lugar los hechos no estaba en uso de sus facultades mentales.

Asimismo, podemos imaginar que el lapso de tiempo transcurrido entre las agresiones – bajo los efectos de las drogas- y la llegada a la casa de la Policía no es el suficiente como para que Marcial se encuentre capacitado para hacer según que tipo de declaraciones.

Analizada esta posibilidad, pasaremos a tener en cuenta el dato de la adicción a efectos de poder aplicar la atenuante del artículo 21.2 del CP.

El día que sucedieron los hechos Marcial declaró que era drogodependiente, condición que abre la puerta a la posible apreciación de una atenuante por drogadicción.

En primer lugar considero necesario aportar un concepto a cerca de lo que es la drogadicción. De ese modo, una Sentencia del TS del año 2013 señala que según la OMS, “ *la drogadicción se caracteriza por : Deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psicológica), necesidad de aumentar la dosis (tolerancia), y dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (Lo que hace verdaderamente necesario su consumo prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia.*

Por otro lado, la clasificación de DSM – IV, la define como “ *la dependencia de sustancias consiste en un grupo de síntomas cognoscitivos, comportamentales y fisiológicos que indican que el individuo continúa consumiendo la sustancia, a pesar de la aparición de problemas significativos relacionados con ella. Existe un patrón de repetida auto administración que a menudo lleva a la tolerancia, la abstinencia y a una ingestión compulsiva de la sustancia*”

El Tribunal supremo define por su parte, al drogodependiente en la Sentencia de 22 de septiembre de 1999: “*el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una*

---

165 Cfr: STS de 27 de octubre de 1999; STS 1825/2002, de 4 de noviembre (RJ\2000\8066)

*conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo”*.<sup>166</sup>

Cabe indicar que no se ha probado fehacientemente que Marcial sea drogodependiente como ha afirmado, puesto que no se tienen datos acerca de qué tipo de drogas consume habitualmente, la periodicidad del consumo, la gravedad de la adicción...

No obstante, suponiendo que Marcial padeciese una adicción grave asociada al consumo habitual abusivo de sustancias o incluso al consumo crónico, ésto no sería razón de entidad suficiente – sin mayores especificaciones al respecto-, para la aplicación automática de la atenuante por drogadicción, puesto que la atenuación que podría beneficiar a estos toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, es decir en función de la evidencia de la influencia de la droga en el sujeto.<sup>167</sup>

Esto se debe a que la atenuante se configura en base a dos criterios: por un lado a la adicción y por otro -como elemento determinante-, a la incidencia que la adicción tuvo en la comisión de los hechos delictivos.<sup>168</sup>

Por lo que se refiere a la adicción, el TS exige para su configuración, que la misma haya incidido en la motivación de la conducta criminal en cuanto a realizada a causa de aquella, por lo que el beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de droga que padece el sujeto.

Además, añade en reiteradas resoluciones que aunque la atenuante en el CP se haya concretado de un modo literal u objetivado con respecto al término “drogadicción”, no cabe prescindir de que la actuación del culpable sea causada aunque sólo lo sea “*ab initio*”, por su adicción grave al consumo de drogas.

En otras palabras, la motivación de la actividad delictiva ha de estar basada en el objetivo de conseguir la sustancia.

La Doctrina ha señalado una serie de tipologías delictivas asociadas al consumo de drogas. Este tipo de delincuencia es la que denominan delincuencia de tipo funcional, sistemática o por impulsión, destinada principalmente a la financiación de las sustancias que se consumen, destacando, entre otros, como los más habituales, los delitos contra el patrimonio o contra la salud pública.<sup>169</sup>

Como resulta evidente, los delitos – en su mayoría de violencia de género-, cometidos por Marcial en los diferentes episodios objeto de calificación no están relacionados con las tipologías anteriormente descritas.

En conclusión teniendo en cuenta todo lo anterior y en aplicación de la Jurisprudencia expuesta no cabe apreciar la atenuante por drogadicción del artículo 21.2 del CP.

Por último, en relación con las circunstancias modificativas atenuantes de la pena analizaré la posibilidad de que se le pueda aplicar a Marcial una atenuante analógica por drogadicción del artículo 21.7 del CP.

La aplicación de las atenuantes de análoga significación no procede en los casos en los que no se cumpla ninguno de los requisitos mínimos exigidos para la apreciación de la atenuante tipo porque ello equivaldría a la creación de “atenuantes incompletas” que incrementarían los supuestos de infracción de ley.<sup>170</sup>

Sin embargo, la Jurisprudencia dice que no puede siempre exigirse una similitud y correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que se regula en el tipo básico atenuatorio porque esto equivaldría a “ hacer naufragar el humanitario y plausible propósito del legislador de conceder a los Tribunales la posibilidad de atribuir efectos atenuatorios a hechos que lo merezcan y que hubiese escapado a la previsión legal ”.<sup>171</sup>

No obstante, aclara que la única diferencia entre la atenuante analógica y la atenuante tipificada de drogadicción es el nivel de exigencia o intensidad para la apreciación de la misma.

Esto quiere decir que la atenuante analógica requiere una menor intensidad para ser estimada que la atenuante de drogadicción del artículo 21.2- en cuanto a los requisitos exigidos y a la influencia de la sustancia en el psiquismo – pero ambas tendrán el mismo efecto sobre la pena.<sup>172</sup>

166 Cfr: STS de 22 de septiembre de 1999

167 Cfr: STS 16 de octubre del 2000; STS 12 de julio del 2000

168 Cfr: STS 823/2013, de 1 de julio

169 CARPENTIER CHLOÉ: “Drogas en el punto de mira”, *Colección de informes del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT)*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2007

170 Cfr: STS 28 de enero de 1980

171 AAVV; RODRÍGUEZ RAMOS, L: “Código Penal...” cit. 128

172 CARMONA SALGADO, C.; “Actual Doctrina de la Imputabilidad” , Depósito legal del CGPJ, Madrid ,2007

El TS ha venido aplicando la atenuante analógica en casos en los que la incidencia fue más bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, por la menor antigüedad de la adicción o intensidad de la misma o en supuestos de mero abuso de sustancias.<sup>173</sup>

En el caso objeto de análisis, considero que no se puede apreciar la atenuante por analogía de drogadicción del artículo 21.6 del CP porque no ha quedado acreditado ningún dato, ni existe ninguna prueba que permita presumir que las facultades mentales de Marcial estaban aunque fuese, levemente, disminuidas en el momento de comisión de los hechos, no siendo suficiente la alegación de que estaba en un estado alterado, puesto que, por lógica una persona puede estar alterada sin haber consumido drogas.

Finalmente, antes de establecer las conclusiones con respecto a la pena aplicable a Marcial por los delitos anteriormente expuestos, procede analizar la decisión voluntaria de Marcial de ingresar en un centro de deshabitación para decidir si se le aplicaría una atenuante de reparación del daño a la víctima del artículo 21.5 del CP.<sup>174</sup>

Esta atenuante contempla la posibilidad de rebajar la pena por haber procedido el autor a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral.

Conviene aportar al análisis una definición de lo que se entiende por “reparar”. El término “reparación” evoca una actividad de arreglo, de eliminación de un perjuicio o de restauración que se asocia, a su vez, con la previa causación de un daño.

Para buena parte de la Doctrina es importante establecer una diferenciación entre la reparación penal y la reparación por responsabilidad civil, puesto que la reparación penal contempla muchas formas posibles de eliminar o disminuir los efectos del delito- diferente de la satisfacción pecuniaria de tipo civil- a través de la reparación en sentido estricto, de la indemnización y de la restitución.<sup>175</sup> Asimismo desde otro punto de vista, otra posible distinción se concreta en la circunstancia de que la reparación penal es voluntaria y la civil es de obligado cumplimiento.

Respecto a la reparación, a su fundamento, requisitos...etc, existen dos corrientes jurisprudenciales y doctrinales que muestran cierta divergencia en cuanto a la fundamentación que la sostiene.<sup>176</sup>

Por una parte encontramos la teoría del “actus contrarius”, que comporta el reconocimiento de la autoría del hecho generador del daño, en cuanto el sujeto activo exterioriza una voluntad de reconocimiento de la norma infringida.

Esta corriente pretende atribuir a través de un acto ex post delicto una menor culpabilidad al autor, que acepta su responsabilidad, contribuyendo con ello a reforzar la vigencia del ordenamiento jurídico transgredido.

Por otra parte encontramos la tesis de “protección objetiva de la víctima”, que por razones de política-criminal pretende incentivar el apoyo a las víctimas del delito, exigiendo al responsable del delito una conducta de eliminación o disminución de los efectos negativos del ilícito cometido.

Esta corriente, además de fundamentar la atenuación en que el autor del delito satisfaga a la víctima en la medida de lo posible, ya sea total o parcialmente, o económica o simbólicamente, también tiene en cuenta la idea de que podría ser ponderada la necesidad de una pena menor derivada del reconocimiento de los hechos, que como una señal de rehabilitación puede acompañar a la reparación.

Sin embargo, el Tribunal Supremo en reiterada Jurisprudencia ha dicho que no es posible afirmar que la voluntad de ingresar en un centro de deshabitación atenúa por razón de una menor culpabilidad, puesto que la culpabilidad de los hechos hay que situarla en el momento de la comisión del delito. Así, en su Sentencia 78/2009 de 11 de febrero, el Alto Tribunal vuelve a reiterar la idea de que *en la formulación actual de la atenuante de reparación del daño del artículo 21.5 del CP ha desaparecido la referencia al ánimo del autor, debiendo por tanto prevalecer el carácter objetivo de la atenuante para evitar una visión demasiado espiritual de la reparación del daño.*<sup>177</sup>

173 Cfr: STS 577/2008, de 1 de diciembre (RJ\2009\1534); STS 196/2005, de 22 de febrero (RJ\2005\1943); STS 170/2007, de 7 de marzo (RJ\2007\2140).

174 Art 25.1”: (...) la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral”.

175 FARALDO CABANA, P: “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña, núm 1, 1997, p. 233

176 Cfr: STS de 11 de octubre de 2007

177 Cfr: STS 78/2009, de 11 de febrero

Por lo tanto, en este caso consideramos que procede realizar una interpretación objetiva del precepto puesto que el mismo, reconoce eficacia en orden a la disminución de la pena a actos posteriores al delito cuya finalidad es reparar a la víctima los daños causados con su conducta. A pesar de que se debe realizar una interpretación del concepto de reparación en sentido amplio, no sólo teniendo en cuenta el resarcimiento de carácter pecuniario, se establece la limitación de que el acto reparatorio ha de considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido.<sup>178</sup>

Por todo lo expuesto, apreciamos que la decisión de Marcial de ingresar en un centro de deshabitación, aunque supone una voluntad y una intención loable por su parte, no puede ser considerado como una actuación tendente a la reparación de la víctima.

### 3.2.5.2 - Conclusiones Penológicas.

La pena a imputar a Marcial se traduce en la privación de libertad de 2 a 5 años que recoge el CP en su artículo 148.4 que recoge las lesiones agravadas y la de 3 meses a 1 año por el delito de lesiones leves del 153.2 cometido contra su hija Elisa, sin apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. A ambas penas se le añadirán las penas accesorias que correspondan.

## 3.3 - PENA TOTAL IMPUTABLE A MARCIAL: APLICACIÓN DE CONCURSO REAL

El concurso real<sup>179</sup> es una forma de determinación de la pena que se produce cuando existen pluralidad de actuaciones delictivas y múltiples delitos. El cálculo de las penas se resuelve bajo el “principio de acumulación de penas” y significa que el reo debe cumplir simultáneamente o sucesivamente, todas las penas resultantes con un límite jurídico que lo fija el tiempo máximo de privación de libertad y que no puede suponer más del triple del tiempo previsto como la pena más grave, constituyendo el tope máximo de duración los 20 años.<sup>180</sup>

Las delitos anteriormente calificados, se aplicarán dentro de un concurso real que estará conformado por: Subtipo agravado del delito de violencia habitual o doméstica (art 173.2 CP) + 2 delitos de lesiones leves en sede de género (art 153.1 CP) + un delito del 150 del CP (en virtud de concurso de normas entre el mismo y el 148.4 CP) + un delito de lesiones psíquicas agravadas (art 148.4) + 1 delito de quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento. (art. 468.2 CP).

En base al “principio de acumulación de penas”, a Marcial se le imputará un resultado aproximado de 18 años de prisión al tener en cuenta para el cálculo que se debe multiplicar por 3 el tiempo de la pena más grave que es en nuestro caso, de 6 años de prisión por el artículo 150 del CP.

Se tendrá en cuenta, asimismo la responsabilidad civil a efectos de indemnizar a María por las lesiones provocadas.<sup>181</sup>

## 4 - Acciones legales que puede ejercitar Manolo al reaparecer y derechos sobre los bienes inmuebles.

### 4.1 - Apertura del testamento, ventas y posterior reaparición de Manolo.

Uno de los efectos patrimoniales que se derivan de la declaración de fallecimiento es la apertura de la sucesión, en virtud del artículo 196<sup>182</sup> del Código Civil.

De este modo, tras alcanzar firmeza la misma, se procede a la adjudicación de los bienes del causante declarado fallecido por los cauces legales oportunos.

La Doctrina se mantiene unánime con respecto a la idea de que la sucesión debe retrotraerse a la fecha que figure en el auto de fallecimiento como la fecha de la muerte, puesto que resulta lógico que se emprendan las actuaciones correspondientes cuando una persona fallece.

Pérez de Vargas Muñoz dice que “habrá herencia del declarado fallecido desde el momento en que, según el auto de declaración de fallecimiento, se entienda ocurrida la muerte de éste”.<sup>183</sup>

178 Cfr: STS 50/08 de 29 de enero, (Tol 1294048)

179 Cfr: El concurso real se regula en los artículos 75,76 y 78 de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de referencia para el cumplimiento de íntegro y efectivo de las penas.

180 AAVV; RIOS MARTÍN J.C (Coord.): “Las penas y su aplicación”, Colex, 2011.

181 Véase en el ANEXO III Responsabilidad Civil de Marcial.

182 Art. 196”: Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaria, o abintestato, según los casos, o extrajudicialmente”.

183 PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J: “El concurso de la herencia”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: anales de doctrina, praxis jurisprudencial y legislación, nº1*, LA LEY, 2004, p.70



En la misma línea se pronuncia CORRAL TALCIANI señalando que “como no se puede demostrar la muerte ni el momento en el que se ha producido, se fija una fecha a partir de la cual se entiende sucedida aquella y aparejada a la misma irá la apertura de la sucesión”.<sup>184</sup>

Una vez abierta la sucesión, se procede a la adjudicación del monto del caudal hereditario que corresponderá a los herederos.<sup>185</sup>

Aplicando lo anteriormente expuesto al caso objeto de análisis en este trabajo y tras alcanzar firmeza el auto que declaraba fallecido a Manolo, se procedió a la apertura de su testamento por el cual dejaba a María de heredera a título universal.

Esto quiere decir que María en virtud de tal condición, representa y hereda todo el patrimonio transmisible de Manolo. Este patrimonio se traduce en activos (bienes y derechos) y pasivos (deudas, obligaciones).

Aceptada la herencia, se procedió a la realización de la obligación de inventariar los bienes, recogida en el último inciso del artículo 196 del CC y a la liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia del presunto fallecimiento que disolvió el vínculo conyugal.<sup>186</sup>

En consecuencia, María adquiere por herencia la mitad que correspondía a Marcial de la casa y la cuenta conjunta que tenían, puesto que María ya era propietaria del otro 50 por ciento, y el 100 por cien del piso que tenía Manolo a título privativo.<sup>187</sup>

Cabe destacar la importancia de la inscripción de la adjudicación derivada de la transmisión mortis causa de la propiedad en el Registro de la Propiedad, a efectos de protegerse frente a futuras acciones legales.

Posteriormente, como relatan los hechos, María celebra dos contratos de compraventa. Con respecto a las mismas, el CC sigue la teoría del título y el modo en los contratos de compraventa, lo cual implica que no es suficiente un título válido para que se entienda producida la transmisión de la propiedad, sino que además tiene que darse la *traditio* o entrega de la cosa vendida. Se entiende entregada cuando se pone en poder y posesión del comprador según el artículo 1462 del CC. En este caso al tratarse de bienes inmuebles, se entenderá entregada la cosa cuando se otorgue escritura pública, según lo dispuesto en el párrafo segundo del precepto citado con anterioridad.

Pues bien, con respecto a estos dos contratos de compraventa, por los cuales María vende a Eustaquio la casa y a Miriam el piso, presupondremos a falta de acreditación que se han celebrado válidamente y mediando buena fe.

Como consecuencia de esto y en virtud del artículo antes comentado que contempla los modos de entrega en la compraventa, María al otorgar la escritura de la casa y el piso a sus respectivos compradores, estaría transmitiéndoles la propiedad sobre los citados inmuebles.

Procede resaltar que María tiene pleno poder de disposición sobre los inmuebles antes de su venta puesto que, adquiere los mismos a causa de la sucesión, convirtiéndose en propietaria legítima.<sup>188</sup>

En base a esto, podemos descartar la posibilidad de que María llevase a cabo venta de cosa ajena que derivase en una adquisición a non domino por parte de terceros.

Posteriormente, tras la venta y según la práctica habitual, Eustaquio y Miriam inscribirían la adquisición realizada sobre los mismos en el Registro de la Propiedad, lo que les otorgaría la condición de terceros hipotecarios, protegidos en virtud del artículo 34 de la LH por la fe pública registral, al haber llevado la compraventa a título oneroso y de buena fe.

---

184 CORRAL TALCIANI, H: “La declaración de fallecimiento”, Tecnos, Madrid, 1991, p.231

185 GUINEA FERNÁNDEZ, D: “La declaración de fallecimiento...” cit. Núm 7. p.270

186 BERCOVITZ: “Manual de introducción al derecho civil: Derecho civil Patrimonial, Bercal, S.A, 2015, p. 313.

*Sociedad de gananciales:* Conforme al artículo 1344 del CC, en la sociedad de gananciales los beneficios o ganancias obtenidos por los cónyuges durante la vigencia del régimen matrimonial se hacen comunes. Al disolverse la sociedad, son atribuidos a cada uno de los consortes por mitad. Se trata por tanto, de una comunidad en las ganancias, que excluye los bienes que eran propios de cada uno de los cónyuges antes de empezar el régimen, así como los adquiridos después por herencia, legado o donación

187 En referencia a los bienes privativos, el “Art. 1346 del CC: Son privativos los bienes que pertenecen a cada cónyuge antes de comenzar la sociedad y los que adquiera después a título gratuito. También son privativos los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad de gananciales con dinero procedente de la venta de un bien o derecho privativo, así como los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona e intransmisibles *inter vivos* y las cantidades obtenidas como resarcimiento de un daño causado a la persona o a los bienes de uno sólo de los cónyuges.

188 Se consideró propietaria legítima puesto que, la reaparición de Marcial no conlleva a que se declare la nulidad o ineficacia de la apertura de la sucesión, acto que irá en contra de lo dispuesto en el artículo 196 del CC.

En el año 2014 reaparece Manolo y se pregunta que acciones legales podrá emprender con respecto a esos bienes que conformaban en parte, su herencia.

Antes de nada lo que tiene que hacer es revocar la declaración de fallecimiento para recuperar el ejercicio de los derechos y facultades que estaban afectados por la declaración.

Esta revocación del auto resulta necesaria para ajustar de un modo más preciso la realidad material de la reaparición de la persona, con la realidad jurídica o legal.

Debe procederse así porque la mera reaparición del declarado fallecido no sirve para dejar sin efectos la declaración de fallecimiento, sino que es necesaria la revocación del auto para que cese la situación de fallecimiento presunto. Esta exigencia no es de preceptivo cumplimiento en todos los ordenamientos jurídicos, ya que por ejemplo, para el derecho italiano es suficiente con la reaparición de la persona para entender cesada la declaración de fallecimiento.

Su regulación a efectos procedimentales de jurisdicción voluntaria, se encuentra en el artículo 2043 de la LEC de 1881 que prevé que el auto de declaración de fallecimiento se dejará sin efecto si la persona declarada fallecida se presentase, tras identificarle y practicar las pruebas que resultasen necesarias.

#### **4.2 - Acciones legales ejercitables**

Superados estos trámites, una vez que se ha dejado sin efecto el auto de declaración de fallecimiento y ha adquirido el mismo firmeza, debe ser inscrito en el Registro Civil.

Una vez que se reconoce que Manolo vuelve a formar parte de la sociedad y ya puede ejercitar sus derechos, para determinar qué acciones podría emprender lo más conveniente es ir analizando paso por paso todos los acontecimientos.

Para empezar, el artículo 197 del CC contempla la posibilidad – ante la reaparición del declarado fallecido-, de que éste ejercite un derecho de recobro por el cual podría recuperar sus bienes en el estado en el que se encontrasen si la persona que los heredó continuase disponiendo de ellos o por el contrario, si ya no dispusiese de los mismos, tendría la posibilidad de percibir el precio de los bienes que se hubiesen vendido.

Este artículo ha planteado la cuestión de la eficacia de los actos de disposición del heredero aparente respecto a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe en cuanto parece asumir que el reaparecido no podrá impugnar la eficacia de dichos actos. Sin embargo esta cuestión trae aparejada mucha polémica, de la que se puede extraer que el tercer adquirente quedará protegido en caso de que sea aplicable alguna norma que convalide su adquisición como la que se regula en el artículo 34 de la LH.

Adentrándonos en el caso, comenzaremos el análisis primero de las posibles acciones a entablar con respecto a los bienes inmuebles (la casa y el piso).

Al haber vendido María los dos inmuebles a terceros, ya no los tiene a su disposición, por lo que Manolo no podrá ejercitar el derecho de recobro del artículo 197, en cuanto a la restitución del bien. Sin embargo, el hecho de que se haya realizado la entrega del bien a los propietarios actuales, no significa que Manolo no pueda exigir a María el precio de dichas ventas según lo dispuesto en el precepto citado anteriormente.

Asimismo, Manolo no podrá dirigirse contra terceros para intentar reivindicar los bienes si éstos han inscrito su adquisición onerosa y de buena fe según lo dispuesto en el artículo 34 de la LH, que protege a los terceros hipotecarios en base al principio de buena fe registral y con el objetivo de garantizar cierta seguridad jurídica. A estos bienes por tanto se les dotará de la condición de irreivindicables.

La Jurisprudencia del TS en su Sentencia de 14 de diciembre de 1999<sup>189</sup>, hace referencia al artículo 34 de la LH del siguiente modo:

“La adquisición por tercero de buena fe y a título oneroso de quienes las vendieron teniendo su título inscrito, resulta inatacable una vez el adquirente inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad”.

Para que opere la protección contenida en el artículo 34 de la LH, deben cumplirse una serie de presupuestos o condiciones, siendo el primero de ellos, la validez.

Así, la fe pública registral no convalida ni sana los defectos del título del adquirente que devenga nulo o anable.

Además, debe mediar buena fe por parte del adquirente que pensará en todo momento que el derecho transmitido correspondía realmente a quien lo transmitió, desconociendo los vicios o invalidez en relación con el registro, el contrato...La buena fe se presume siempre salvo prueba en contrario.

---

189 Cfr: STS de 14 de diciembre de 1999

Por último, debe tratarse de una adquisición a título oneroso.

Como consecuencia de la concurrencia de estos requisitos o condiciones, se deriva un título adquisitivo exacto, verdadero e inmovible, que dota al tercero hipotecario de una condición de indemnidad en su propiedad.

De esto se deriva que este tipo de bienes formaran parte de las causas de oposición de una acción reivindicatoria, puesto que el Derecho como decíamos protege más este tipo de adquisición que el título de propiedad del reivindicante, por lo que no cabría el ejercicio de una acción reivindicatoria por parte de Manolo contra terceros sobre los bienes inmuebles.

A pesar de que hemos escogido la hipótesis de que María en primer lugar, y seguidamente Eustaquio y Miriam, inscribieron sus adquisiciones en el Registro de la Propiedad- por considerar esta hipótesis como la más probable-, también procede contemplar el supuesto de que la posibilidad de que los inmuebles no fueran inscritos en el RP, hecho que permitiría a Manolo entablar una acción reivindicatoria para defender su derecho de propiedad o dominio y desposeer a los terceros que quedarían desprotegidos.

A rasgos generales, la acción reivindicatoria es considerada como un mecanismo a través del cual se pretende conseguir la tutela del dominio, afirmando al propietario su derecho dominical de gozar y disponer del bien,<sup>190</sup> acallando los actos materiales y jurídicos que se realicen por terceros en contra de su propiedad. El tercero, en caso de resultar exitosa la acción, será condenado a restituir el bien<sup>191</sup>

Asimismo, sobre los bienes inmuebles en concreto, la acción reivindicatoria es de carácter real y el plazo extintivo que se prevé para interponerla es de 30 años<sup>192</sup>

Como última nota sobre la acción reivindicatoria, cabe señalar que para que sea factible su ejercicio que se den 3 requisitos; por un lado Manolo si quiere ejercitar esta acción con objetivo de recuperar sus bienes, debe justificar o probar que es el propietario legítimo<sup>193</sup>, debe interponerla con respecto a unos bienes concretos, perfectamente determinados y debe alegar la falta de derecho a poseer del demandado que está poseyendo.

En caso de que el juez le diese la razón a Manolo, Eustaquio y Miriam serían desposeídos al tener que restituir la casa y el piso.

No obstante, aunque haya sido contemplada, la hipótesis que seguimos en este trabajo es la de que los bienes son irreivindicables.

Por otro lado, en lo que se refiere a la cuenta bancaria conjunta en la que tenían ingresada la cantidad de 65000 €y en la que sólo quedan 15000 cuando Manolo regresa, si que podría en virtud del artículo 197 del CC, exigir que María le devolviese el dinero, puesto que María sigue teniendo poder de disposición sobre la cuenta conjunta.

Sin embargo, en base a lo que prevé este precepto, Manolo únicamente tendría derecho a percibir el dinero en el estado en que se encuentre, sin poder exigir la restitución de los 65000 €

Esta cuestión es abordada doctrinalmente, desde diferentes puntos de vista.

Por un lado autores como Corral Talciani<sup>194</sup> dice que con la revocación de la declaración de fallecimiento, deberían ser revocadas también las causas de adquisición, de manera que los terceros quedarían sujetos a las acciones del ausente que aparece y reivindica sus bienes.

Sin embargo, apreciamos más coherente interpretar la cuestión desde el punto de vista del Legislador que considera que como ha sido el mismo ordenamiento jurídico el que ha autorizado a los sucesores a creerse dueños, resulta de justicia limitar los efectos de la revocación de la declaración y establecer en general, que el ausente recupere su patrimonial en el estado en que se encuentre.

El sentido que se le da a “estado” según la doctrina es un sentido más jurídico que fáctico.

---

190 Art 348”: La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitación que las establecidas e las leyes”.

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.

191 La reivindicatoria se diferencia de la acción declarativa de dominio en que ésta última sólo reconoce la propiedad del demandante, sin llevar aparejada una condena de restitución del bien para el demandado.

192 Art 1963”: Las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años”.

193 En ciertos casos, a causa de dificultad probatoria sobre la propiedad, se permite ejercitar la acción publiciana que es una subcategoría de la acción reivindicatoria que se caracteriza por exigir el cumplimiento de unas condiciones probatorias suavizadas.

194 CORRAL TALCIANI H C, “La declaración...cit. 3, p. 389

Cabe añadir a lo anteriormente expuesto, que hemos considerado al dinero de la cuenta corriente como un bien mueble fungible, susceptible de ser exigido como parte de un derecho de recobro del artículo 197 del CC.

Establecidas estas posibilidades y en vista de que no es factible la recuperación de los bienes, que el precio que tendría derecho a percibir por las ventas es claramente inferior al valor inicial de los inmuebles y que con respecto a la cuenta corriente conjunta sólo tendría derecho a la recuperación en relación al estado en el que se encuentren en el momento (sólo hay ingresados 15000 € frente a los 65000 que había), consideramos que la opción a través de la cual saldría más beneficiado sería solicitar una indemnización por daños y perjuicios enmarcada dentro de la responsabilidad derivada de delito.

La responsabilidad civil ex delicto es definida como una consecuencia jurídica que atiende a reparar los daños ocasionados a la víctima y derivados de la comisión de un delito.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la mayoría de la Doctrina considera que se trata de una institución civil a pesar de su localización en el CP, por la posibilidad de reservar y emprender la acción en un proceso civil separado del proceso penal del que deriva.<sup>195</sup>

La Jurisprudencia por su parte, considera también que se trata de una institución de carácter civil. Así, la Sentencia del TS 936/2006 de 10 de octubre dice que *“la Doctrina moderna entiende que cuando un acto u omisión es ilícito civil y está también tipificado como delito, lo que se produce es una suerte de acumulación de sanciones, una civil y otra penal, que pueden dar lugar a una acumulación de procesos en un procedimiento único, pero siempre partiendo de que de cada una de las responsabilidades y procesos se regirán por sus propios principios”*.

Sin embargo, aunque se trate de una acción de carácter o naturaleza civil, se regirá por el CP, de forma que las disposiciones del CC se aplicarán de manera supletoria.

Asimismo, se ha generalizado la opinión doctrinal de que la responsabilidad civil ex delicto conforma uno de los supuestos de la responsabilidad civil extracontractual pura como la denominan algunos autores. Así, Rodríguez Devesa afirma que *“la responsabilidad civil puramente civil constituye el género y la ex delicto la especie*.

Con respecto a esto se pronuncia la Sentencia del TS - citada anteriormente para exponer la cuestión de la naturaleza civil de la acción-, que declara que únicamente existe una responsabilidad civil y que lo único que distingue de que sea ex delicto o extracontractual es que el ilícito civil o daño causado que caracteriza a ambas, constituye además en el caso de la ex delicto, un delito o falta.

Aclarado este punto, la regulación de esta responsabilidad se encuentra en los artículos 109 a 122, 125 y 126 del CP y 1089 y 1092 del CC en lo que se refiere a la parte sustantiva, ya que con respecto a la parte procesal, es regulada por los artículos 100, 106 y 117 de la Lecrim.

Los artículos del CC recogen la obligación derivada de la comisión de delitos de reparar los daños, que es donde reside el fundamento de esta acción y no en la mera comisión del mismo, lo que hace descartar la aplicación de la responsabilidad civil a ciertos delitos denominados como delitos de *“peligro”*<sup>196</sup> que no provocan un resultado.<sup>197</sup>

Sin embargo, las formas de ejecución imperfectas como la tentativa, que es el tipo de ejecución que se da en este caso (tentativa de asesinato), sí que son consideradas como delitos que pueden producir resultados lesivos.<sup>198</sup>

Antes de entrar a analizar el contenido y las modalidades de acción de la responsabilidad civil, a modo de introducción conviene resaltar ciertos aspectos como la presencia ya en el Código Penal de 1848 de la *“responsabilidad dimanante del delito”* o el reconocimiento por la UE del derecho de la víctima a ser indemnizado por la comisión de un delito del que se derive un daño o perjuicio.

De este modo, el artículo 16 de la Directiva 2012/29/UE<sup>199</sup>, dice:

---

195 FERNÁNDEZ FUSTES, M<sup>a</sup> D., *“La intervención de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la acción civil), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 228*

196 A este respecto Cfr: STSS de 30 de enero y 14 de febrero de 2006

197 GRANADOS PÉREZ, C., *“Daño civil y derivado del delito”*, aavv. Moreno Martínez, J.A., (coord.), *“La responsabilidad civil y su problemática actual”*, Dykinson, Madrid, 2007, p.23

198 MARTÍN RIOS, M., *“El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación a la victimología”*, LA LEY, Madrid, 2007, p. 39

199 Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012

“Los estados miembros garantizarán el derecho en el proceso penal a percibir una indemnización por los daños derivados de la comisión de un delito salvo que el derecho nacional establezca que dicha decisión sea adoptada en otro procedimiento judicial”.

Por lo que respecta a la persona que tendrá que hacer frente a esa responsabilidad civil derivada de delito, el artículo 116 del CP que prevé que las personas responsables de hechos criminales lo serán también civilmente si del hecho se derivan daños o perjuicios.

Esto quiere decir que el obligado será el autor del delito, diferenciando por tanto la responsabilidad principal de la subsidiaria.

En lo referente al contenido de la responsabilidad civil derivada de delito, el artículo 110 del CP diferencia tres vertientes que son : la restitución, la reparación y la indemnización.

A pesar de estar englobadas por el artículo 109 del CP en la categoría única de “reparación”, cada una de ellas posee un alcance y características distintas.

La restitución es la primera modalidad de la responsabilidad civil derivada de delito y se entiende como la devolución de los bienes muebles e inmuebles objeto del delito.

Por su parte, la Jurisprudencia ha venido equiparando la restitución penal a la acción reivindicatoria del proceso civil, suponiendo las dos, una reintegración de las cosas en el estado preexistente a la comisión del delito.<sup>200</sup>

La modalidad de restitución se encuentra regulada en el artículo 111 del CP que dice *“deberá restituirse siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determine. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda, y en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta”*.

Sin embargo, la restitución no puede aplicarse en este caso, según lo dispuesto en el párrafo segundo del mismo precepto, porque como decíamos anteriormente, los bienes adquiridos por Eustaquio y Miriam han adquirido la condición de irreivindicables, por estar las adquisiciones de los mismos inscritas en el RP.<sup>201</sup>

La razón por la que el artículo 111.2 excluye de la restitución a los bienes irreivindicables se fundamenta por el TS en los principios de seguridad jurídica, protección de del tráfico y unidad del ordenamiento jurídico.<sup>202</sup>

Descartada la restitución pasamos a analizar la indemnización por daños y perjuicios que la Doctrina y la Jurisprudencia – pese a su distinción sistemática en dos categorías-, une al concepto de reparación o resarcimiento.<sup>203</sup>

Este tipo de indemnización se encuentra regulada en el artículo 112 del CP<sup>204</sup> y se traduce en una obligación de dar, hacer o no hacer.<sup>205</sup>

La reparación no debe definirse por el tipo de delito que se comete sino por el resultado producido. Esto quiere decir que la reparación actúa independientemente del tipo delictivo y del grado de comisión del hecho criminal, siempre que el mismo haya supuesto la producción de un resultado dañoso.

Por ello, la reparación o indemnización responde a un criterio de generalidad que consiste en que nadie tenga que soportar las consecuencias dañosas desde un punto de vista patrimonial y personal de un hecho delictivo.<sup>206</sup>

Algunas líneas doctrinales entienden que los daños y perjuicios se engloban dentro de una misma consideración, mientras que otras consideran que los “daños” son los causados como consecuencia directa del delito (daño emergente) y los “perjuicios” como consecuencia indirecta del mismo (lucro cesante).<sup>207</sup>

Con respecto a esto, en la redacción del artículo 1902 del CC sólo se prevé la causación de “daños”, sin embargo, el artículo 1101 del CC contempla ambos.

---

200 Cfr: STS de 13 de diciembre de 1991

201 En este sentido, Cfr: STS de 12 de mayo de 1997

202 Cfr: STS 646/2005, de 19 de mayo y STS de 19 de enero de 1988

203 JUAN SÁNCHEZ, R “ La responsabilidad civil en el proceso penal”, LA LEY, Madrid, 2004, p.17 y ss.

204 Art 112”: “La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa”.

205 Art 1088 CC”: “toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

206 ROIG TORRES, M, “La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, Tirant lo Blanch, 2010

207 GRANADOS PÉREZ, C: “Daño civil derivado del delito” cit. Núm 200, p. 342

Por lo que se refiere a los conceptos de daño emergente y lucro cesante, se deducen del artículo 1106 del CC que permite extender el concepto de daño reparable a estos dos tipos.

En lo referente a los daños, se puede diferenciar entre daños personales y materiales. En relación a los daños personales, como hemos dicho en cuestiones anteriores, ha de tenerse en cuenta, para la valoración de los mismos, la existencia de un baremo que se utiliza para los daños y perjuicios ocasionados a personas en accidentes de tráfico.

Por otro lado, en lo que se refiere a los perjuicios- que es el objeto de interés principal de esta pregunta- pueden ser materiales o morales y deben ser indemnizados al agraviado, a sus familiares y a terceros.

Los perjuicios materiales consisten en la disminución del valor económico, jurídico o personal del patrimonio, entendido éste como un conjunto de valores económicos, derechos y pretensiones que a su favor tiene el perjudicado.<sup>208</sup> Asimismo, estos perjuicios han de ser probados por el demandante.

Resulta importante que no confundamos este tipo de indemnización del artículo 112 del CP con la indemnización por equivalente que recoge el CC, puesto que el tribunal penal no tendría competencia en este sentido.<sup>209</sup>

En lo que se refiere a fijar el “quantum” de la indemnización, el artículo 650 de la Lecrim dispone que en el escrito de calificación se expresará la cantidad en la que aprecien los daños y perjuicios. Posteriormente el Juez realizará la valoración oportuna y fijará la cuantía de la indemnización que proceda en base a una valoración realizada por un perito especializado en la materia, si fuera necesario y atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias personales y patrimoniales del acusado.

Por todo lo expuesto anteriormente hemos llegado a la conclusión de que lo más conveniente sería que Manolo solicitase una indemnización por daños y perjuicios, en concepto de responsabilidad civil derivada de la tentativa de asesinato que se enjuiciará en el proceso penal correspondiente.

La toma de esta determinación se fundamenta en la idea de que la tentativa de asesinato cometida por María contra Manolo ha sido susceptible de causar daños y perjuicios de todo tipo, de manera directa o indirecta.

De este modo, el delito ha podido causar daños directos de carácter personal, como por ejemplo unas lesiones- y perjuicios indirectos de carácter moral y patrimonial.

Los perjuicios de carácter material- que son los que interesa analizar para la resolución de la pregunta- serían los provocados de modo indirecto por la comisión del delito y se concretan en la gran disminución que sufrió su patrimonio (pérdida de la propiedad sobre parte de un inmueble y otro íntegra y disminución importante del dinero en cuenta conjunta).

No obstante, con respecto a los perjuicios materiales, cabe añadir que deberá probar que era el dueño de parte de ese patrimonio antes de la comisión del delito.

En cuanto al procedimiento a seguir, Manolo tiene dos opciones en lo referente al ejercicio de la acción civil de indemnización, ya que puede optar por exigir la responsabilidad derivada del delito por la vía penal, a través de la acumulación de pretensiones y siendo cuantificada por el juez en la Sentencia que ponga fin al procedimiento, o por la vía civil, en cuyo caso será necesario ejercitar nuevas acciones ante los Tribunales Civiles en un proceso separado.

Asimismo, si decide presentarla en el proceso penal tendrá la posibilidad de dejar la cuestión en manos del MF o de personarse como acusación particular, debiendo ser representado como procede por su abogado y procurador. Esta opción resulta la más aconsejable para la víctima.

Si decide por el contrario exigir la indemnización por la vía civil, se personará en el proceso penal, reservándose expresamente la acción civil para el ejercicio ante los tribunales civiles, una vez finalizado el proceso penal.

Para la determinación de la cuantía de la indemnización, el Juez que lleve el enjuiciamiento del caso, deberá determinar el perjuicio material y personal efectivamente causado con la comisión del delito de asesinato en grado de tentativa a manos de María y las circunstancias personales y patrimoniales de Manolo -antes y después de la victimización-, ya que sólo así podrá señalarse cual ha sido la consecuencia deriva del delito en su persona.

La posibilidad de que María tenga, finalmente que indemnizar a Manolo dependerá de si la Sentencia del proceso penal es condenatoria o absolutoria.

---

208 Cfr: STS 2366/1993, de 27 de octubre

209 Cfr: STS de 14 de diciembre de 1999 (RA/7771/2000)

Si la sentencia es condenatoria, el Juez fijará la cuantía de la responsabilidad civil derivada de delito y ésta deberá indemnizar a Manolo.

Por otro lado, si la Sentencia penal absuelve a María, pueden pasar dos cosas; que la sentencia diga que no hay tipo delictivo, es decir que los hechos no han existido- cosa que parece poco probable debido a las pruebas que se presentarán en juicio, entre las que se encuentra la confesión de María en las escuchas telefónicas- y en este caso la absolución penal vincularía también a la civil; y por otro lado, si la sentencia absolutoria declara que si que han existido los hechos pero que no concurre el delito, pueden los hechos probados llevarse ante el juez civil y éste podría condenar a indemnizar, si aprecia daño y responsabilidad civil.<sup>210</sup>

A modo de apreciación personal considero, que en base a los hechos acaecidos y a las posibles pruebas presentadas en el proceso penal, Manolo tiene probabilidades elevadas de ser indemnizado por daños y perjuicios.

---

210 AAVV: REGLERO CAMPOS, L (Coord.), "Tratado de Responsabilidad Civil", Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

## II. APÉNDICE DOCTRINAL

- ACEDO PENCO, A.: “El matrimonio, Derecho de familia, Dykinson, Madrid, 2013, p. 87 y ss.
- ALCALDE SÁNCHEZ, M.; “Los nuevos delitos de maltrato singular y malos tratos habituales en diferentes ámbitos, incluido el familiar”, *Revista de dcho penal y criminología* 15/2005, págs 38 y ss.
- ALVAREZ DE NEYRA KAPPLER: “Los descubrimientos casuales en el marco de la investigación penal” *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº2, 2011.
- ALZATE MONROY P: “Sobre el proceso de declaración de la muerte presunta del cónyuge” año 2014. Recuperado de: <http://www.am-abogados.com/blog/del-proceso-de-declaracion-sobre-la-muerte-presunta-del-conyuge/5678/>
- ARIAS EIBE , J.M ; “La circunstancia agravante de alevosía: estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 7-03, 2005.
- BERNARDEZ CANTÓN, A: “Compendio de Derecho Matrimonial Canónico”, Tecnos, Madrid, 1986, p. 244
- BIELSA CORELLA, Mª DEL CARMEN: “La circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal Español, Tirant Lo Blanch, 2014.
- CAMARGO HERNÁNDEZ : “La Alevosía, Barcelona, Bosch , Madrid 1953 pág 33.
- CARMONA SALGADO, C.; “Actual Doctrina de la Imputabilidad” , Depósito legal del CGPJ, Madrid , 2007.
- CARPENTIER CHLOË: “Drogas en el punto de mira”, *Colección de informes del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT)*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2007
- CEREZO MIR, J: “Curso de Derecho Penal Español II, Tecnos, Madrid, 2004 p.372.
- CORRAL TALCIANI, H: “La declaración de Fallecimiento”, Tecnos, Madrid 1991.
- CORROZA IÑIGO ELENA; “Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de las relaciones de parentesco: algunos criterios para atenuar, agravar o eximir la pena en caso de concurrencia de esta circunstancia”- *Revista para el análisis del derecho Indret del 4/2011*, Barcelona, octubre 2011.
- DE CASTRO BRAVO, F: “Derecho Civil de España”, Civitas, Madrid, 2008, p. 452.
- DE URBANO CASTRILLO, E: “El derecho al secreto de las comunicaciones”, LA LEY, 2011, p. 227
- DIAZ CABIALE y MARTIN MORALES: “ La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida”, Aranzadi, 2001.
- ECHARRI CASI, “Prueba ilícita: Conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, *Revista del Poder Judicial* nº 69, 2003; p. 261 y ss.
- FARALDO CABANA, P: “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña, núm 1, 1997, p. 233.
- FERNÁNDEZ CASTAÑO , J.M; “Legislación Matrimonial de la Iglesia”, San Esteban, Salamanca, 1994
- FERNÁNDEZ FUSTES, Mª D., “La intervención de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la acción civil), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 228.
- GARCÍA SAN MARTÍN J.: “El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal”, *Sección de Derecho Procesal Penal, Julio-Agosto nº 109*, La Ley Penal, 2014.
- GÓMEZ COLOMER, J.L: “ Tutela Procesal frente a hechos de violencia de género” ; Universitat Jaume I, 2007.
- GRACIA MARTÍN, L y VIZUETA FERNÁNDEZ, J: “Los delitos de homicidio y asesinato en el Código Penal Español, Doctrina y Jurisprudencia”, Tirant Lo Blanch, año 2007.
- GRANADOS PÉREZ, C, “Daño civil y derivado del delito”, aavv . Moreno Martínez, J.A, (coord.), “La responsabilidad civil y su problemática actual”, Dykinson, Madrid, 2007, p.23.
- GUINEA FERNÁNDEZ, D: “La declaración de fallecimiento en el Derecho español”, LA LEY, 2011, p.270
- JIMENEZ ASENJO, J: “Del homicidio y sus formas”, Comentarios al Código Penal, 1997, pág 398
- JUAN SÁNCHEZ,R “ La responsabilidad civil en el proceso penal”, LA LEY, Madrid, 2004, p.17 y ss.



- JUSDADO RODRIGUEZ-CAPILLAS M (coord): “La disolución del matrimonio canónico” , Constitución y Leyes, Colex, 2008, p157.
- LACRUZ BERDEJO.J: “Elementos de derecho civil I: parte general, personas, Dykinson, 2008.
- LASARTE, C: “Ppos de Derecho Civil (Tomo VI), Derecho de familia, Marcial Pons, Madrid, 2015
- LÓPEZ BARJA- DE QUIROGA J.: “ Instituciones de Derecho Procesal Penal”, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, p.283 y ss.
  
- LOPEZ – FRAGOSO ÁLVAREZ, T. ; “Las intervenciones telefónicas en el proceso penal”,COLEX, 1991).
- LORENZO REGO, IRENE “La circunstancia mixta de parentesco” Concepto de familia en el Derecho Penal Español, Bosch, Barcelona, 2014, p. 146-153.
- MARTIN RIOS, M. , “El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación a la victimología”, LA LEY, Madrid, 2007, p. 39
- MAZA MARTÍN J.M ; “Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad criminal” LA LEY, 2007, p.25.
- MESTRE DELGADO, E: “La atenuante y la agravante de parentesco”, Tecnos, Madrid,1995.
- MOLINER NAVARRO, R: “Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia”, Dykinson, año 2011 pags 117 y ss .
- MONTANER FERNÁNDEZ, R: “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica, Indret 4/2007, Barcelona.
- NUÑEZ CASTAÑO, E. (coord.), “Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género”, Tirant Lo Blanch, 2010.
- OGAYAR AYLON: “Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales”, El Derecho Reunidas S.A, Madrid, 1985.
- PERALES AGUSTÍ, M: “Los impedimentos matrimoniales...”, cit. 23, p.132
- PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J: “El concurso de la herencia”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: anales de doctrina, praxis jurisprudencial y legislación, nº1*, LA LEY, 2004, p.70.
- RAMÓN RIBAS E.: “Violencia de género y doméstica”, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2008,p.69-82
- RAMOS VAZQUEZ J.A y SOUTO GARCIA EVA (Coords) “ La respuesta penal a la violencia de género; lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista”, Comares, Granada 2010, p. 24 y ss.
- REGEL SÁNCHEZ L.; “Nulidad, Separación y Divorcio en la Jurisprudencia”; Reus; Madrid, 2003, p.7.
- REGLERO CAMPOS, L (Coord.),“Tratado de Responsabilidad Civil”,Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- RIOS MARTÍN J.C (Coord.):“Las penas y su aplicación”, Colex, 2011.
- RIVES SEVA, A.P: “Intervención de las comunicaciones en el proceso penal: Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia”,Bosch, 2010.
- RODRÍGUEZ DEVESA , J.M: “Derecho Penal Español: parte general”, Dykinson, 2002, p.728
- Aavv. RODRÍGUEZ RAMOS, L. : “Código Penal comentado y con Jurisprudencia”, LA LEY, Madrid, 2007, p. 408.
- ROIG TORRES, M, “La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, Tirant lo Blanch, 2010
- RUIZ VADILLO, E.: “ La actividad probatoria en el proceso penal español” ,La prueba en el proceso penal, Centro de estudios judiciales, Madrid, 1993, p. 53 y ss.
- SERRANO Y SERRANO, I: “La ausencia en el Derecho Español, Pegaso Ediciones, Madrid, 1943, p. 91.

### III. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

- STS 407/2010 de 18 de junio (RJ\2010\4890)
- SAP de Pontevedra 22/2009 de 5 de febrero (JUR\2010\40173)
- SAP de Cádiz, de 15 de junio de 2001 (JUR\2001\248236)
- SAP de Barcelona 10 de julio de 2002 (JUR\2002\278769)
- STC 199/2004 de 15 de noviembre (RTC 2004/199)
- STS de 13 de mayo de 1983 (RJ\1983\2819)
- SAP de Toledo 18/2015 de 6 de julio (ARP\2015\1462)
- SAP de Toledo 18/2015 de 6 de julio (ARP\2015\1462)
- STS 282/2009 de 10 de febrero (RJ\2009\3435)
- STS 74/2005 de 27 de enero (RJ\2005\1632)
- STS 892/2007 de 29 de octubre (RJ\2008\1312)
- STS 178/2001 de 13 de febrero (RJ\2001\1256)
- STS 1214/2003 de 24 de septiembre (RJ\2003\6483)
- STS 74/2005 de 27 de enero (RJ\2005\1632)
- STS 748/2009 de 29 de junio (RJ\2009\4346)
- STS 1165/2002, de 17 de junio (RJ\2002\7599)
- STS 869/2008 de 3 de diciembre (RJ\2008\6994)
- STS 831/1999 de 28 de mayo (RJ\1999\5266)
- STS 632/2011 de 28 de junio (RJ\2012\11050)
- STS 1385/1998 de 17 de noviembre (RJ\2000\8063)
- STS 56/2002 de 13 de febrero (RJ\2002\3869)
- STS 554/1994 de marzo de 1994 (RJ\1994\2146)
- STS 1301/2000 de 17 de julio (RJ\2000\6914)
- STS 1068/2010 de 2 de diciembre (RJ\2011\274)
- STS 1424/2004 de 1 de diciembre (RJ\2005\466)
- STS 201/2007 de 16 marzo (RJ\2007\1545)
- STS 1483/2000 de 6 de octubre (RJ\2000\9511)
- SAP de Barcelona 76/2015 de 5 de marzo (APR\2015\425)
- STS 276/1996 de 2 de abril de 1996 (RJ\1996\3215)
- STS 246/1995 de 20 de febrero (RJ\1995\1201)
- STS 511/1999 de 24 de marzo (RJ\1999\2052)
- STS 401/2005 de 21 de marzo (RJ\2006\1995)
- STS 1200/2009 de 25 de noviembre (RJ\2010\705)
- ATS de 18 de junio de 1992 (RJ\1992\6102)
- STC 259/2005 de 24 de octubre (RTC\259\2005)
- STS 328/2010 de 8 de abril (RJ\2010\4858)
- STC 171/1999 de 27 de septiembre (RTC\1999\171)
- STC 299/2000 de 11 de diciembre (RTC 2000/299)
- STS 513/2010 de 2 de junio (RJ\2010\3489)
- STC 150/2006 de 22 de mayo (RJ\2006\150)
- STS 276/1996 de 2 de abril (RJ\1996\3215)
- STS 669/1996 de 3 de octubre (RJ\1996\7018)
- STS 1200/2009 de 25 de noviembre (RJ\2010\705)
- STS 926/2007 de 13 de noviembre (RJ\2008\256)

—STS 513/2010 de 2 de junio de 2007 (RJ\2010\3489)  
—STS 328/2010 de 8 de abril (RJ\2010\4858)  
—STS 53/2010 de 5 de febrero (RJ\2010\3252)  
—STC 253/2006 de 11 de septiembre (RTC\2006\253)  
—STS 811/2011 de 21 de julio (RJ\2011\5541)  
—STS 835/1996 de 31 de octubre (RJ\1996\8887)  
—STC 49/1996 de 26 de marzo (RTC\1996\49)  
—STS 67/1998 de 19 de enero (RJ\1998\72)  
—STS 818/2011 de 21 de julio (RJ\2012\11051)  
—SAP de Cádiz 247/2012 de 3 de septiembre (ARP 2014\1587)  
—STS 440/2006 de 7 de abril (RJ\2006\2247)  
—STS 126/2005 de febrero (RJ\2005\4158)  
—STS 126/2005 de 7 de febrero (RJ\2005\4158)  
—STS 927/2000 de 24 de junio (RJ\2000\5792)  
—STS 580/2006 de 23 de mayo (RJ\2006\3339)  
—STS 21/2011 de 26 de enero (RJ\2011\315)  
—STS 916/2009 de 22 de septiembre (RJ\2009\5517)  
—SAP de Segovia 42/2013 de 19 de marzo (JUR\2013\250696)  
—STS 754/2015 de 27 de noviembre (RJ\2015\5552)  
—STS 1424/2004 de 1 de diciembre (RJ\2005\466)  
—SAP de Vizcaya 48/2015 de 21 de julio (ARP\2015\979)  
—STS 258/2007 de 19 de julio (RJ\2007\4869)  
—STS 150/2006 de 16 de febrero (RJ\2006\994)  
—STS 930/2013 de 3 de diciembre (RJ\2013\7909)  
—STS 916/2010 de 26 de octubre (RJ\2010\8169)  
—STS 2/2007 de 16 de enero (RJ\2007\252)  
—STS 671/2006 de 21 de junio (RJ\2006\3769)  
—STS 580/2006 de 23 de mayo (RJ\2006\3339)  
—STS 1424/2005 de 5 de diciembre (REJ\2006\1927)  
—STS 383/2010 de 5 de mayo (RJ\2010\5798)  
—STS 1323/2009 de 30 de diciembre (RJ\2010\2982)  
—STS 1277/2003 de 10 de octubre (RJ\2003\7424)  
—STS 1424/2005 de 5 de diciembre (RJ\2006\1927)  
—STS 39/2009 de 29 de enero (RJ\2009\819)  
—STS 654/2009 de 8 de junio (RJ\2010\979)  
—SAP de Madrid 270/2004 de 11 de junio de 2004 (RJ\2004\226709)  
—STS 755/2009 de 13 de julio (RJ\2009\6978)  
—SAP de Las Palmas 46/2011 de 4 de marzo de 2011 (JUR\2011\261535)  
—STS 79/2009 de 10 de febrero (RJ\2009\1541)  
—STS 785/1998 de 9 de junio (RJ\1998\5159)  
—SAP de Madrid 511/2002 de 21 de noviembre (JUR\2003\72482)  
—STS 1077/1998 de 17 de octubre (RJ\1998\6875)  
—STS 1606/2005 de 27 de diciembre (RJ\2006\344)  
—STS 891/2008 de 11 de diciembre de 2008 (RJ\2009\4712)  
—STS 12/2006 de 19 de enero (RJ\2006\2731)  
—STS 153/2013 de 6 de marzo (RJ\2013\5013)

#### **IV APÉNDICE NORMATIVO**

##### **- 1881**

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

##### **- 1882**

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, que aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

##### **- 1889**

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

##### **- 1946**

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

##### **- 1983**

Código de Derecho Canónico, promulgado por la Autoridad Juan Pablo II- Papa (Dado en Roma el día 25 de enero de 1983).

##### **- 1985**

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial

##### **- 1995**

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

##### **- 2000**

Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil

##### **- 2003**

Ley Orgánica, de 29 de septiembre, de Medidas concretas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

##### **- 2004**

Ley Orgánica, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

##### **- 2015**

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

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre del Código Penal.

## V. ANEXOS

### ANEXO I.

#### 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.

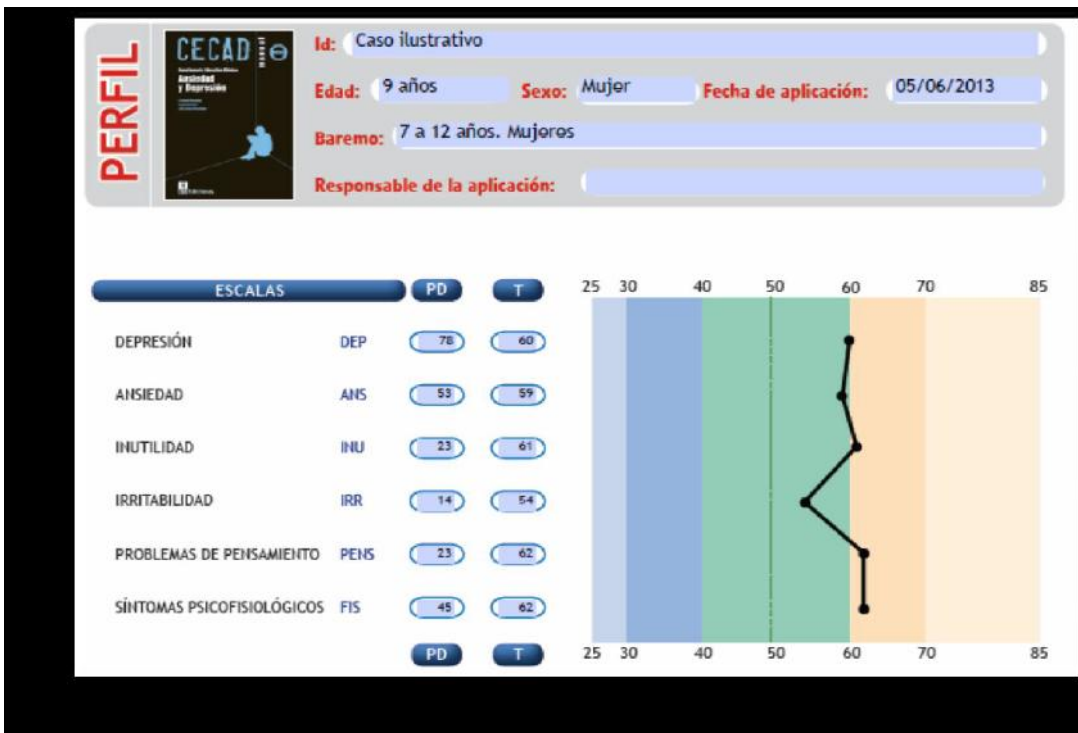
En el mes de abril de 2010, nace Elisa, hija de María y Marcial, y los comportamientos violentos de Marcial hacia María continúan. El 29 de septiembre de 2012, tras una violenta agresión de Marcial, María ingresa en el hospital, donde permanece hasta el 12 de diciembre del mismo año, teniendo que ser 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 drogodependiente 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.

## ANEXO II. MEDICIÓN STAI DE LA ANSIEDAD.



### **ANEXO III- RESPONSABILIDAD CIVIL DE MARCIAL.**

Marcial tendrá la obligación además de indemnizar a María por los daños causados a raíz de su conducta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 116 del CP: “Toda persona criminalmente responsable por un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios”.

Esto se conoce con el nombre de responsabilidad civil y se calcula aplicando de modo análogo el “baremo” que se utiliza para fijar o determinar el “quantum” de la indemnización que corresponda por los daños provocados a consecuencia de accidentes de tráfico de vehículos a motor.

El baremo está formado por un conjunto de reglas que se establecen en la ley con la finalidad de poder calcular y llegar a fijar la cuantía de la indemnización.

De este modo, a través de un sistema de tablas, la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, prevé una cantidad por cada uno de los daños o perjuicios, tanto físicos como morales y tanto personales como patrimoniales, que deriven del accidente.

Su aplicación al ámbito delictivo tiene carácter orientativo y la gran mayoría de Tribunales hacen uso de él. Con respecto a los daños susceptibles de indemnización, la ley establece que lo serán; la muerte, las secuelas o lesiones permanentes y las lesiones temporales, centrándonos en este caso en el aspecto que nos interesa que es el de las lesiones físicas o personales, sufridas por María.

Como es obvio, resulta imposible sin disponer de un informe forense, determinar el tipo de lesiones existentes, sus características, la posibilidad de padecimiento de secuelas...

En este caso en concreto, consideramos que la indemnización corresponderá por lesión temporal a causa de las intervenciones quirúrgicas de bazo e hígado que hicieron que María estuviese ingresada en el hospital.

Se tendrá en cuenta a efectos de cálculo la edad de la víctima, los días que estuviese impedida sin poder llevar a cabo su actividad habitual o profesional, incrementándose además la cuantía ante determinados factores o circunstancias específicas.

No obstante, si de esas lesiones- así como del infarto- se pudiesen derivar algún tipo de secuela, también se valoraría en base a los parámetros aplicables a las lesiones permanentes.

En lo que se refiere a la razón de ser de la indemnización por lesiones permanentes o secuelas, ésta se basa en reparar al lesionado que quede con discapacidades que requieran apoyos intensos para su autonomía personal, indemnizando los perjuicios y los posibles daños derivados relacionados con los gastos de asistencia futuros que pueda necesitar.

Se fija partiendo del tipo de lesión permanente ocasionada al perjudicado desde el punto de vista físico o funcional. Cada lesión lleva aparejada una puntuación y a cada uno de esos puntos, se le aplica su valor equivalente en euros, en función inversamente proporcional a la edad del perjudicado, de modo que se incrementa el valor del punto a medida que aumenta la puntuación.

Asimismo, cada tipo de lesión contiene un puntaje máximo y uno mínimo, siendo potestad del juez decidir la puntuación individual aplicable a cada caso concreto, puesto que cada lesión presenta sus particularidades. Además, deberá determinar la puntuación en relación y teniendo en cuenta el grado de limitación o pérdida de la función que haya sufrido el miembro u órgano afectado.

Por otro lado, los diferentes tipos de lesiones permanentes o secuelas se engloban en 8 categorías diferentes, en atención a las diferentes partes del cuerpo humano

- 1)Cabeza
- 2)Tronco
- 3)Aparato cardiovascular
- 4)Extremidades superiores y cintura escapular
- 5)Extremidades inferiores y cadera
- 6)Médula espinal y pares craneales
- 7)Sistema nervioso periférico
- 8)Trastornos endocrinos

En relación con el caso que nos ocupa, en caso de presentar María alguna secuela, debido a las circunstancias y a las partes afectadas en las agresiones, le correspondería percibir la indemnización que se



recoge en el capítulo 2 de la clasificación (Tronco), ya que supone afectación de vísceras y órganos (bazo e hígado) y al capítulo 3 (sistema gastrovascular) en caso de presentarse secuelas en el corazón.

Si además se decide tener en cuenta la cicatriz de la cara a efectos indemnizatorios, ésta será valorada como perjuicio estético y los puntos que resultasen de esa valoración serían sumados a los que resultasen de las secuelas. En estos casos, al Juez también le corresponderá valorar la entidad del perjuicio estético.

Con respecto a las indemnizaciones por lesiones temporales podemos decir que son las que sufre el lesionado desde el momento en que se produce la agresión hasta el final de su proceso curativo o determinación de la secuela.

Se determinan por un importe diario variable y se distingue entre estancia hospitalaria, impedimento para ocupación habitual y lesionado pero sin impedimento.

En el caso de María sería desde el día 29 de septiembre de 2012 que es la fecha en la tienen lugar los hechos y cuando ingresa en el hospital, hasta el día 12 de diciembre del mismo año que es cuando le dan el alta.

Es por ello por lo que corresponde aplicar los baremos que correspondan al año 2012.

Además, las cuantías derivadas de los dos tipos de lesiones, pueden verse incrementadas por una serie de circunstancias agravatorias como pueden ser; perjuicios económicos (en caso de que trabaje por los días de baja), daños morales complementarios, grandes invalideces, necesidad de ayuda de otra persona, adecuación de vivienda...etc.

Finalmente, cabe añadir que la valoración para ambos tipos de daños y perjuicios que radica en el Juez o Tribunal deberá estar motivada en la Sentencia, es decir, deberá especificar las bases que sirvan para la cuantificación de los daños e indemnización, y ello para responder a la necesidad de motivación de resoluciones que consagra la CE.

A modo de ejemplo hemos adjuntado una tabla donde se recogen los parámetros.

#### **Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales)**

*Valores del punto en euros*

| Puntos | Menos de 20 años | De 21 a 40 años | De 41 a 55 años | De 56 a 65 años | Más de 65 años |
|--------|------------------|-----------------|-----------------|-----------------|----------------|
| 1      | 715,90           | 662,77          | 609,63          | 561,22          | 502,32         |
| 2      | 737,99           | 681,70          | 625,41          | 576,75          | 510,28         |
| 3      | 757,82           | 698,64          | 639,43          | 590,62          | 518,33         |
| 4      | 775,40           | 713,56          | 651,69          | 602,82          | 522,68         |
| 5      | 790,71           | 726,48          | 662,20          | 613,35          | 527,12         |
| 6      | 803,79           | 737,37          | 670,95          | 622,19          | 530,40         |
| 7      | 821,07           | 752,20          | 683,32          | 634,37          | 536,74         |
| 8      | 836,63           | 765,53          | 694,39          | 645,30          | 542,20         |
| 9      | 850,53           | 777,34          | 704,14          | 654,96          | 546,77         |
| 10-14  | 862,73           | 787,65          | 712,58          | 663,38          | 550,48         |
| 15-19  | 1.013,94         | 928,08          | 842,20          | 781,06          | 614,30         |
| 20-24  | 1.152,81         | 1.057,06        | 961,30          | 889,15          | 672,59         |
| 25-29  | 1.291,41         | 1.185,68        | 1.079,96        | 996,98          | 732,12         |
| 30-34  | 1.421,16         | 1.306,12        | 1.191,08        | 1.097,93        | 787,66         |
| 35-39  | 1.542,28         | 1.418,55        | 1.294,83        | 1.192,19        | 839,34         |
| 40-44  | 1.655,01         | 1.523,22        | 1.391,43        | 1.279,90        | 887,26         |
| 45-49  | 1.759,54         | 1.620,28        | 1.481,03        | 1.361,25        | 931,48         |
| 50-54  | 1.856,12         | 1.709,98        | 1.563,84        | 1.436,43        | 972,12         |
| 55-59  | 1.984,62         | 1.829,05        | 1.673,48        | 1.536,28        | 1.029,88       |
| 60-64  | 2.110,60         | 1.945,79        | 1.780,99        | 1.634,18        | 1.086,49       |
| 65-69  | 2.234,12         | 2.060,24        | 1.886,37        | 1.730,17        | 1.142,01       |
| 70-74  | 2.355,21         | 2.172,46        | 1.989,71        | 1.824,26        | 1.196,43       |
| 75-79  | 2.473,92         | 2.282,46        | 2.091,02        | 1.916,52        | 1.249,79       |
| 80-84  | 2.590,31         | 2.390,32        | 2.190,33        | 2.006,97        | 1.302,09       |
| 85-89  | 2.704,41         | 2.496,06        | 2.287,70        | 2.095,64        | 1.353,38       |
| 90-99  | 2.816,29         | 2.599,72        | 2.383,15        | 2.182,58        | 1.403,67       |
| 100    | 2.925,96         | 2.701,35        | 2.476,75        | 2.267,85        | 1.452,96       |

TABLA IV.

**Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes**

| Descripción                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Aumento (en porcentaje o en euros) | Porcentaje de reducción |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|-------------------------|
| Perjuicios económicos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                    |                         |
| Ingresos netos de la víctima por trabajo personal:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                    |                         |
| Hasta 24.153,53 euros (1)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Hasta el 10                        | -                       |
| De 24.153,54 a 48.307,06 euros                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Del 11 al 25                       | -                       |
| De 48.307,07 hasta 80.511,76 euros                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Del 26 al 50                       | -                       |
| Más de 80.511,76                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Del 51 al 75                       | -                       |
| Daños morales complementarios                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                    |                         |
| Se entenderán ocasionados cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos. Sólo en estos casos será aplicable                                                                                                                                                                                                                                                        | Hasta 80.511,76                    | -                       |
| Lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                    |                         |
| Permanente parcial:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                    |                         |
| Con secuelas permanentes que limiten parcialmente la ocupación o actividad habitual, sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la misma                                                                                                                                                                                                                                                   | Hasta 16.102,35                    | -                       |
| Permanente total:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                    |                         |
| Con secuelas permanentes que impidan totalmente la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado                                                                                                                                                                                                                                                                        | De 16.102,36 a 80.511,76           | -                       |
| Permanente absoluta:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                                    | -                       |
| Con secuelas que inhabiliten al incapacitado para la realización de cualquier ocupación o actividad                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | De 80.511,77 a 161.023,54          | -                       |
| Grandes inválidos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                    |                         |
| Personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejías, paraplegias, estados de coma vigil o vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etc.): |                                    |                         |
| Necesidad de ayuda de otra persona:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                    |                         |
| Ponderando la edad de la víctima y grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida. Se asimilan a esta prestación el coste de la asistencia en los casos de estado de coma vigil o vegetativos crónicos                                                                                                                                                                      | Hasta 322.047,06                   | -                       |
| Adecuación de la vivienda                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                    |                         |
| Según características de la vivienda y circunstancias del incapacitado, en función de sus necesidades                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Hasta 80.511,76                    | -                       |
| Perjuicios morales de familiares:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                    |                         |
| Destinados a familiares próximos al incapacitado en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, según circunstancias                                                                                                                                                                                                                     | Hasta 120.767,65                   | -                       |
| Embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente (2)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                                    |                         |
| Si el concebido fuera el primer hijo:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                    |                         |
| Hasta el tercer mes de embarazo                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Hasta 12.076,76                    | -                       |
| A partir del tercer mes                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Hasta 32.204,71                    | -                       |
| Si el concebido fuera el segundo hijo o posteriores:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                                    |                         |
| Hasta el tercer mes de embarazo                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Hasta 8.051,18                     | -                       |
| A partir del tercer mes                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Hasta 16.102,35                    | -                       |
| Elementos correctores del apartado primero.7 de este anexo                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Según circunstancias               | Según circunstancias    |
| Adecuación del vehículo propio                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                    |                         |
| Según características del vehículo y circunstancias del incapacitado permanente, en función de sus necesidades                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Hasta 24.153,53                    | -                       |

(1) Se incluirá en este apartado cualquier víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos.

(2) Habrá lugar a la percepción de esta indemnización, aunque la embarazada no haya sufrido lesiones.

## TABLA V

### Indemnizaciones por incapacidad temporal (compatibles con otras indemnizaciones)

A) Indemnización básica (incluidos daños morales):

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

B) Factores de corrección:

| Descripción                                                               | Porcentajes aumento | Porcentajes disminución |
|---------------------------------------------------------------------------|---------------------|-------------------------|
| Perjuicios económicos:                                                    |                     |                         |
| Ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal:                |                     |                         |
| Hasta 24.153,53 euros                                                     | Hasta el 10         | -                       |
| De 24.153,54 a 48.307,06 euros                                            | Del 11 al 25        | -                       |
| De 48.307,07 hasta 80.511,76 euros                                        | Del 26 al 50        | -                       |
| Más 80.511,76 euros                                                       | Del 51 al 75        | -                       |
| Elementos correctores de disminución del apartado primero.7 de este anexo | -                   | Hasta el 75             |