

VIOLENCIA DOMÉSTICA
Y VENTA DE COSA AJENA

Trabajo de fin de grado

Autor

Marina Lavandeira Pintané

Tutor

Fernando Cachafeiro García

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	4
SUPUESTO DE HECHO: VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VENTA DE COSA AJENA	6
PRESENTACIÓN DEL TRABAJO.....	8
CUESTIONES PREVIAS: VIGENCIA TEMPORAL DE LAS LEYES.....	9
1. Vigencia temporal de las leyes penales	9
2. Vigencia temporal de las leyes civiles	9
3. Vigencia temporal de las leyes procesales.....	10
BLOQUE I: DERECHO PENAL.....	12
Capítulo I: Calificación penal del comportamiento de María contra Manolo en el barco	12
1. Delito cometido: delito de homicidio	12
1.1. Circunstancia atenuante de obcecación o arrebató pasional (artículo 21.3ª del CP)	13
1.2. Circunstancia mixta de parentesco en su modalidad agravante (artículo 23 del CP)	15
2. Penas del delito cometido	16
3. La validez de las escuchas telefónicas realizadas a María.....	17
3.1. El hallazgo casual en el marco de unas diligencias de investigación legales	18
3.2. El hallazgo casual en el marco de unas diligencias de investigación ilegales: la doctrina jurisprudencial acerca de la prueba ilícita.....	19
3.3. Conclusión sobre la validez de las escuchas realizadas a María	21
4. Aspectos procesales	21
4.1. Jurisdicción competente para conocer y enjuiciar el delito cometido por María	21
4.2. Órganos judiciales competentes para instruir y para juzgar el delito cometido por María	22
4.3. Procedimiento penal	22
Capítulo II: Calificación penal de los comportamientos agresivos de Marcial contra María y Elisa entre 2010 y 2013	23
1. Análisis individual de los hechos penalmente relevantes	24
1.1. Enero de 2010	25
1.2. Marzo de 2010	26

1.3.	29 de septiembre del 2012	27
1.4.	12 de octubre de 2013	29
2.	Análisis global del comportamiento agresivo de Marcial contra María y Elisa: pronunciamiento acerca de la existencia o no de un delito de violencia doméstica	32
3.	Penas de los delitos cometidos	35
3.1.	Delito de violencia de género (artículo 153.1 del CP)	35
3.2.	Tipo agravado de coacciones (artículo 172.2 del CP)	36
3.3.	Concurso ideal entre un delito de violencia de género (artículo 153.1 del CP) y un delito, en grado de tentativa (artículo 16.1 del CP), de lesiones al feto (artículo 157 del CP) .	36
3.4.	Delito de homicidio (artículo 138.1 del CP) en grado de tentativa (artículo 16.1 del CP)	37
3.5.	Delito de violencia doméstica ocasional (artículo 153.2 del CP), atenuado por una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP) y la circunstancia atenuante de reparación del daño causado (artículo 21.5ª del CP)	37
3.6.	Delito de violencia de género (artículo 153.1 del CP), atenuado por una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP) y la circunstancia atenuante de reparación del daño causado (artículo 21.5ª del CP)	38
3.7.	Tipo agravado de lesiones por el resultado (artículo 149.1 del CP), atenuado por una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP) y la circunstancia atenuante de reparación del daño causado (artículo 21.5ª del CP)	38
3.8.	Tipo agravado de violencia doméstica habitual (artículo 173.2 del CP).....	39
3.9.	Concurso real	39
4.	Aspectos procesales	40
4.1.	Órganos judiciales competentes para instruir y juzgar los delitos cometidos por Marcial contra María y Elisa.....	40
4.2.	Procedimiento penal	41
Capítulo III: Consecuencias jurídicas de la vuelta a la convivencia entre María y Marcial.		41
1.	Delito cometido: quebrantamiento de medida cautelar	41
2.	Problemas derivados del consentimiento de la víctima	42
2.1.	Punibilidad del delito de quebrantamiento de medida cautelar	42
2.2.	Responsabilidad criminal de la víctima que consiente	42
3.	Penas del delito cometido	43
4.	Aspectos procesales	44
4.1.	Órganos competentes para instruir y juzgar el delito cometido por Marcial	44
4.2.	Procedimiento penal	44

BLOQUE II: DERECHO CIVIL	45
Capítulo I: Consecuencias jurídicas de la desaparición de Manolo.....	45
1. Declaración de fallecimiento y sus efectos	45
1.1. Efectos personales de la declaración de fallecimiento de Manolo	46
1.2. Efectos patrimoniales de la declaración de fallecimiento de Manolo.....	46
2. Aspectos procesales	47
2.1. Órgano judicial competente para efectuar la declaración de fallecimiento	47
2.2. Procedimiento civil	47
Capítulo II: Consecuencias jurídicas de la reaparición de Manolo	47
1. Efectos personales de la reaparición de Manolo.....	47
2. Efectos patrimoniales de la reaparición de Manolo.....	48
3. Aspectos procesales	51
3.1. Órganos judicial competente para declarar la reaparición de Manolo.....	51
3.2. Procedimiento civil	51
CONCLUSIONES FINALES	52
ÍNDICE DE MATERIALES DOCUMENTALES EMPLEADOS	56
1. Legislación.....	56
2. Jurisprudencia	57
3. Bibliografía y webgrafía	60
ANEXOS: MODELOS DE ESCRITOS PROCESALES.....	62
1. Anexo I: Personación en un sumario mediante querrela con solicitud de diligencias sumariales	62
2. Anexo II: Denuncia por particular (Procedimiento abreviado)	64
3. Anexo III: Solicitud de orden de protección de víctima de violencia sobre la mujer.....	65
4. Anexo IV: Solicitud de declaración de fallecimiento	67
5. Anexo V: Solicitud de revocación de la declaración de fallecimiento	70

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil (aprobado por RD de 24 de julio de 1989)
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Convenio Europeo de Derechos Humanos)
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
DUDDHH	Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948 por las Naciones Unidas
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
JP	Juzgado de lo Penal
JPI	Juzgado de Primera Instrucción
JPIt	Juzgado de Primera Instancia
JVM	Juzgado de Violencia sobre la Mujer
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal (aprobada por RD de 14 de septiembre de 1882)
LH	Ley Hipotecaria (aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946)
LO	Ley Orgánica
LOMPIVG	LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPJ	LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOTJ	LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado

MF	Ministerio Fiscal
PCASVG	Protocolo Común para la Actuación Sanitaria ante la Violencia de Género, aprobado en el 2007 por el Ministerio de Sanidad.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 por las Naciones Unidas
RD	Real Decreto
RP	Registro de la Propiedad
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TBC	Trabajo en Beneficio de la Comunidad
TC	Tribunal Constitucional
TJ	Tribunal del Jurado
TS	Tribunal Supremo

SUPUESTO DE HECHO: VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VENTA DE COSA AJENA

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

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

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

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

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

El 3 de enero de 2014, Manolo reaparece, y se encuentra en la situación de que María, como heredera universal de Manolo, ha vendido la casa que éstos tenían en común al 50% a Eustaquio, por 240.000€. Por otro lado, ha vendido asimismo un piso que Manolo poseía de manera privativa

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

CUESTIONES

- 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.**

PRESENTACIÓN DEL TRABAJO

El presente trabajo es un dictamen jurídico acerca de las cuestiones planteadas en el supuesto de hecho “Violencia doméstica y venta de cosa ajena”. La sistematización del mismo sigue una estructura por materias, a través de la cual se van resolviendo las preguntas formuladas. La razón de esta estructuración es la de proporcionar una perspectiva amplia y dinámica en la que situar toda la problemática jurídica del supuesto de hecho.

De este modo, el trabajo está ordenado en lo que podríamos denominar cuatro bloques: “Cuestiones previas: vigencia temporal”, “Bloque I: Derecho Penal”, “Bloque II: Derecho Civil” y “Conclusiones finales”.

El primero trata una cuestión que es necesario aclarar antes de comenzar con la resolución de las cuestiones planteadas, y esa es la vigencia temporal de las normas empleadas en el trabajo. Esto tiene cierta relevancia por el mero hecho de que el supuesto de hecho transcurre en el pasado, concretamente entre 2007 y 2014. Por ello, es esencial dejar fijados los criterios que se van a emplear de cara a la elección de una versión u otra de cada norma.

Los dos bloques siguientes proceden ya a desarrollar las preguntas que se plantean en el supuesto de hecho. Se ha optado por dividir las cuestiones a tratar en dos bloques de Derecho sustantivo: uno de Derecho Penal y otro de Derecho Civil. A pesar de ello, se ha introducido un apartado específico de Derecho adjetivo en cada uno de los capítulos de que constan ambos bloques, bajo el nombre de “Aspectos procesales”, en el que se tratan elementos básicos de Derecho procesal consustanciales a las cuestiones sustantivas solventadas.

Cabe señalar que existe un concreto apartado dentro del capítulo I del bloque de Derecho Penal, dedicado a la validez de las escuchas realizadas a María (cuestión 2 del supuesto de hecho), que ha sido introducido como epígrafe autónomo respecto del de “Aspectos procesales”. Se ha efectuado así porque, a pesar de ser una cuestión de Derecho procesal, tiene sustantividad propia como pregunta formulada en el supuesto de hecho y, también, debido a su grado de complejidad.

Por último, se perfilan unas conclusiones finales, en las que, siguiendo el formato de resumen, se pretende sintetizar todo lo desarrollado en los dos bloques centrales, el de Derecho Penal y el de Derecho Civil, destacando aquellas cuestiones jurídicas consideradas fundamentales.

CUESTIONES PREVIAS: VIGENCIA TEMPORAL DE LAS LEYES

Los hechos jurídicamente relevantes del supuesto de hecho transcurren entre el 30 de junio de 2007 y el 3 de enero de 2014. Es por ello que algunos de los textos legales empleados para su resolución han sido modificados o ya no están en vigor. A modo de breve aclaración, se efectuará a continuación una descripción de las reglas relativas a la vigencia temporal empleadas para determinar el uso de una versión u otra de las normas utilizadas en la resolución del supuesto, sin perjuicio de que, a lo largo del mismo, se vaya indicando qué concreta redacción o versión de las mismas se ha usado.

1. VIGENCIA TEMPORAL DE LAS LEYES PENALES¹

En Derecho Penal, el principio general es de la total prohibición de retroactividad de las leyes que crean o agravan la responsabilidad penal (artículos 1.1 y 2.1 del CP). Su fundamento constitucional es el principio de legalidad (artículo 25.1 de la CE) y el de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE). Las únicas excepciones a este principio son las leyes temporales y las de excepción (artículo 2.2 CP).

En cambio, las leyes penales favorables al reo sí son retroactivas, aunque, al entrar en vigor, ya hubiese recaído sentencia firme y el reo estuviese ya cumpliendo condena (artículo 2.2 del CP). El problema surge aquí con determinar cuál es la ley penal más favorable al reo. La única directriz que, en este sentido, aporta el CP es que, en caso de duda, será oído el reo (artículo 2.2 CP). Eso sí, hay que optar por una u otra ley, pero no se pueden combinar los preceptos más favorables de la ley anterior y de la nueva, ya que, de esta forma, se conformaría una ley distinta.

Respecto de la concreta cuestión de en qué momento se entiende cometido el delito, el artículo 7 CP señala lo siguiente: “A los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar”. En el caso de delitos habituales, como el de violencia doméstica habitual cuya existencia en este supuesto de hecho se va a analizar, se entiende que el momento de comisión del delito es el lapso que va del primer al último acto ejecutado.

El principal obstáculo en relación con el supuesto de hecho es la gran reforma del CP aprobada en 2015, siendo la sustitución de las faltas por los delitos leves y la introducción de la prisión permanente revisable dos de las grandes modificaciones. En aplicación del principio de aplicación de la ley penal más favorable al reo, se aplicará el CP vigente antes del 2015, en sus diversas redacciones en función del período temporal en que se cometa cada concreto delito, puesto que la introducción de la prisión permanente revisable supone el aumento de la dureza del CP.

Para la aplicación de las diversas redacciones del CP se seguirá el principio general de irretroactividad de las leyes (artículo 2.3 del CC), ya que los concretos preceptos que se van a aplicar no modifican su tenor.

¹ La teoría empleada en este epígrafe se encuentra en el artículo doctrinal: RUÍZ ANTÓN, LUIS FELIPE: *El principio de irretroactividad en la doctrina y la jurisprudencia*, págs. 153 a 156.

2. VIGENCIA TEMPORAL DE LAS LEYES CIVILES²

Las leyes civiles entran en vigor tras un período de *vacatio legis* de veinte días desde su publicación en el BOE, salvo que la propia ley disponga otro período temporal distinto. Pierden vigencia por su derogación por otras leyes posteriores, en la parte que expresamente se disponga en las segundas, siempre que las mismas sean de igual o superior rango, además de haber sido dictada por órgano con competencia para ello. Dicha derogación puede ser expresa o tácita, produciéndose en este último caso en aquello en que la ley anterior sea incompatible con la ley posterior (artículo 2 del CC, apartados primero y segundo).

Las leyes no tienen efecto retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (artículo 2.3 del CC). Este precepto hay que ponerlo en correlación con el artículo 9.3 de la CE, que establece la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Se seguirá la norma general de irretroactividad de las normas, al no haber variaciones de los preceptos empleados de unas redacciones a otras del CC (la norma civil empleada en este dictamen jurídico de la que habrá que aplicarse distintas redacciones) en el período temporal en que transcurren los hechos jurídicamente relevantes.

3. VIGENCIA TEMPORAL DE LAS LEYES PROCESALES³

En principio, la vigencia temporal de la ley procesal no depende de una norma distinta a la general (artículo 2.3 CC). “Para que pueda afirmarse que una ley procesal es retroactiva es necesario que los efectos procesales producidos por actos realizados bajo el imperio de una ley procesal dada, queden anulados o modificados por una ley procesal entrada posteriormente en vigor, la cual, de este modo, extiende hacia atrás en el tiempo su eficacia normativa”.

En lo referente a las normas de Derecho transitorio, pueden ser muy variadas, aunque suelen responder a los siguientes criterios generales:

- División del proceso en instancias o fases, determinando que la ley procesal nueva sólo se aplique a las que se inicien bajo su nueva vigencia.
- Respecto al principio de igualdad de las partes, permitiendo el aprovechamiento de las posibilidades procesales que concedía la ley derogada si alguna de las partes ya hizo uso de las mismas.
- Respecto al principio de concentración, que conduce a que los procedimientos orales terminen con sujeción a la misma normativa bajo cuya vigencia se iniciaron.

Las leyes procesales que se emplean en este trabajo para determinar el órgano judicial competente para conocer del concreto asunto de Derecho sustantivo tratado en cada capítulo, así como el tipo de procedimiento por el que habría de sustanciarse un hipotético proceso sobre el mismo y otros elementos puntuales del proceso. Es por este motivo que se va aplicar el principio general contenido en el artículo 2.3 del CC, dado que no se van a determinar todos los aspectos procesales de un concreto asunto y su sustanciación por no ser éste el objeto principal de este dictamen jurídico

² La teoría usada en este epígrafe se halla en la obra: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal S.A., Madrid, 2011, 5ª edición, pág. 62.

³ La teoría usada de este epígrafe es la contenida en la obra: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN-JESÚS: *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Andavira, A Coruña, 2012, 3ª edición, págs. 458 y 459.

(entonces el aspecto procesal del trabajo sí tendría una cierta complejidad, que conllevaría a observar normas de Derecho transitorio).

Cabe mencionar el supuesto concreto de aplicación de la LEC/1881 en lo que a la declaración de fallecimiento se refiere, por estar vigentes estas normas en la época en la que transcurren los hechos por expresa disposición de la LEC/2000 (en adelante, LEC).

BLOQUE I: DERECHO PENAL

CAPÍTULO I: CALIFICACIÓN PENAL DEL COMPORTAMIENTO DE MARÍA CONTRA MANOLO EN EL BARCO⁴

1. DELITO COMETIDO: DELITO DE HOMICIDIO

Los hechos penalmente relevantes de cara a calificar el comportamiento de María contra Manolo son los contenidos en el relato de ésta a su amiga Sara sobre lo sucedido en el viaje en barco que el entonces matrimonio realizó el 30 de junio de 2007. De esta manera, María le cuenta a su amiga que Manolo le confesó durante el viaje que pretendía terminar con el matrimonio, dado que había conocido a otra persona. Ante tal confesión, María, llevada por un intenso estado de ira y obcecación, golpea fuertemente a Manolo en la cabeza y lo arroja al mar.

La acción de María al golpear y tirar a Manolo por la borda del barco es atentatoria contra el bien jurídico vida de éste. Es por ello que dicho comportamiento ha de ser calificado como delito de homicidio (artículo 138 del CP).

No se plantea la posibilidad de que este comportamiento sea susceptible de ser calificado como asesinato, ya que no se considera que concurra alguna de las circunstancias agravantes contempladas en el artículo 139 del CP:

- Agravante de precio, recompensa o promesa: María agrede a Manolo en un ataque de ira y celos, pero no motivada por una recompensa o similar.
- Agravante de alevosía: María no pone ningún medio que pueda inhibir las defensas de Manolo ante su ataque. Es más, su reacción es fruto de un acto impulsivo, no planificado, por lo que, difícilmente podría estar presente esta circunstancia.
- Agravante de ensañamiento: en este caso podría ser discutible que Manolo hubiese padecido un sufrimiento innecesario al ser arrojado por la borda del barco, dependiendo de las circunstancias en que se hallase (podría haber muerto ahogado si no sabía nadar, de hipotermia si el agua estaba a muy bajas temperaturas o, incluso, devorado por algún animal marino). Sin embargo, no hay que olvidarse de que la doctrina exige para la concurrencia de esta circunstancia el elemento subjetivo del dolo⁵. Por ello, si bien la acción de María pudo aumentar el sufrimiento de Manolo (algo que, en todo caso, es una posibilidad, dado que desconocemos si realmente éste llegó a padecer sufrimientos innecesarios), el elemento subjetivo, al igual que en el caso anterior, es difícil que concurra, dado que, como se infiere de la literalidad del supuesto de hecho, la conducta de María es fruto de un impulso, más que de un acto planificado.

En cuanto a la autoría del delito, no se plantea ningún problema jurídico relevante, dado que es sólo María la autora material del mismo (artículos 27 y 28 del CP).

En cambio, el grado de ejecución del delito no es la consumación, puesto que, aproximadamente, seis años y medio después (3 de enero de 2014), Manolo reaparece. Por tanto, el delito se cometió

⁴ Se aplica en este capítulo la redacción del CP del 22 de noviembre de 2006, por tener lugar los hechos penalmente relevantes el 30 de junio de 2007.

⁵ “El autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (...)” (STS 1554/2003, de 19 de noviembre).

en grado de tentativa: María llevó a cabo actos exteriores para cometer el homicidio, idóneos para producir el resultado de muerte, pero tal resultado no se llegó a producir (artículo 16.1 del CP).

Finalmente, en los dos siguientes subapartados, se procede a analizar la concurrencia o no de dos circunstancias modificativas de la responsabilidad penal: por un lado, la circunstancia atenuante de obcecación o arrebató pasional (artículo 21.3ª del CP) y, por otro, la circunstancia mixta de parentesco, en su modalidad agravante (artículo 23 del CP).

1.1. Circunstancia atenuante de obcecación o arrebató pasional (artículo 21.3ª del CP)

Se considera la aplicación de la circunstancia atenuante de obcecación o arrebató pasional porque en el supuesto de hecho se menciona que, al cometer el comportamiento delictivo descrito, María se halla en un intenso estado “de ira y obcecación”. Dada la amplitud de conceptos como “obcecación” o “arrebató”, se va a realizar, a continuación, un análisis de la jurisprudencia relevante del TS acerca de esta atenuante, con la finalidad de concluir si ésta es o no aplicable al comportamiento de María.

La jurisprudencia exige la concurrencia de una serie de requisitos:⁶

- Los estímulos que provocan el arrebató o la obcecación han de ser exógenos y, si proceden de la víctima, el sujeto activo se tiene que encontrar en una situación en la que no se le pueda exigir que acate el comportamiento de la misma.
- Los efectos que derivan de ese estado de obcecación o de arrebató tienen que o bien alterar las funciones cognitivas del sujeto activo, dando lugar a ofuscación (obcecación), o bien afectar a su capacidad volitiva, en el sentido de volverla irreflexiva (arrebató). Además, los citados efectos tienen que ser de cierta entidad y respetar las normas socioculturales que vertebran la convivencia en una sociedad democrática⁷.
- El comportamiento delictivo derivado del arrebató u obcecación ha de producirse con prontitud, como una inmediata reacción al estímulo exógeno. De otro modo, no existirían las mencionadas ofuscación o irreflexión. Esta doctrina del TS también alude a la proporcionalidad de esa reacción para aplicar la atenuante, lo que exige una ponderación de las circunstancias concretas de cada supuesto.

El TS, a lo largo de su extensa doctrina jurisprudencial sobre la atenuante de obcecación o arrebató pasional, hace mención en numerosas ocasiones a las respuestas violentas de una persona como consecuencia de que su cónyuge o su pareja de hecho decida terminar la relación marital o de hecho. De esta manera, considera que, en principio, la exigencia de respeto a las normas socioculturales imperantes se compadece mal con la aplicación de esta atenuante a dichos

⁶ STS 904/2007, de 8 de noviembre del 2007 (FJ segundo), que recoge la doctrina jurisprudencial del TS al respecto. Otras sentencias que también recogen dicha doctrina son las SSTS 357/2005, de 20 de abril de 2005 (FJ decimoséptimo) o la 754/2015, de 27 de noviembre del 2015 (FJ segundo).

⁷En palabras del propio TS, refiriéndose a ese mínimo de eticidad en la conducta del sujeto activo, “Es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales estímulos repudiados por la norma socio-cultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto sentido ético ya que su conducta y sus estímulos, no pueden ser amparada por el Derecho cuando se apoyan en una actitud antisocial reprobada por la conciencia social imperante, que en esta relación de causa o afecto entre el estímulo desencadenante y la conducta ha de darse una conexión temporal y que cualquier reacción colérica que las que, con frecuencia, acompañan a ciertas acciones delictivas, no basta para la estimación de la atenuante (SSTS 17.11.1998 , 15.1.2002)” (STS 754/2015, de 27 de noviembre del 2015 -FJ segundo-).

supuestos, que, en la mayoría de los casos, se tratan de delitos de violencia doméstica o de violencia de género⁸.

Sin embargo, no hay que perder de vista que la razón de ser de esta atenuante es que el arrebató u obcecación afecte de manera significativa a la capacidad volitiva o a la capacidad intelectual del sujeto activo, lo que se traduce, en términos jurídico-penales, en que afecte a su imputabilidad. Por ello, y a pesar de la condena que el TS hace de los comportamientos violentos en supuestos de ruptura de relaciones matrimoniales o de pareja, admite que, en ocasiones, se puede aceptar la concurrencia de esta circunstancia atenuante de la responsabilidad penal si la actuación delictiva del sujeto se vio realmente afectada en este sentido⁹. Así, algunas sentencias hacen referencia a otras dos sentencias del propio TS¹⁰, en las que se explican dos procesos patológicos, la celopatía y la celotipia, con objeto de diferenciarlos, dada su relevancia a efectos penales. A pesar de tratarse de resoluciones judiciales antiguas y dictadas, además, bajo la vigencia del Código Penal de 1981, son perfectamente válidas para delimitar con más exactitud el ámbito de aplicación de la atenuante de obcecación o arrebató pasional, ya que ésta sigue existiendo en el Código Penal vigente y el propio TS se sigue refiriendo a las mismas en sentencias actuales (como la mencionada del 2015).

La diferencia entre celopatía y celotipia es fundamental, dado que a la primera se le aplica la exigente, completa o incompleta, de trastorno mental transitorio (artículos 20.1º y 21.1ª del CP, respectivamente), mientras que a la segunda se le aplica la atenuante de obcecación o arrebató pasional (artículo 21.3ª del CP). Así pues, tanto uno como otro trastorno se caracterizan por la existencia de celos, pero, en el caso de la celopatía, que deriva del síndrome paranoico, estos no tienen su causa en una situación real, mientras que en el de la celotipia, cuyo origen está en el predominio del estado afectivo sobre el intelectual del psiquismo, sí¹¹.

Una vez expuestos los fundamentos de derecho, se procede a aplicarlos al supuesto de hecho planteado. El comportamiento de María frente a Manuel se produce debido a un estímulo exógeno (que es la confesión que éste le hace de que quiere terminar la relación con ella) y, tal y como se deriva del tenor literal de los hechos transcritos, se produce como una reacción inmediata a este estímulo (tan pronto como escucha la confesión, María golpea a Manolo y lo arroja por la borda del barco).

⁸"El desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebató u obcecación.

La ruptura de una relación constituye una incidencia que debe ser admitida socialmente, si tenemos en cuenta que las relaciones entre los componentes de la pareja se desenvuelven en un plano de igualdad y plenitud de derechos que inicialmente y dejando a salvo algunas variantes posibles, deben prevalecer en toda clase de relaciones personales. Por ello ninguna de las partes afectadas puede pretender que tiene un derecho superior a imponer su voluntad a la contraria, debiendo admitir que la vía para la solución del conflicto no puede pasar por la utilización de métodos agresivos, amenazas o coacciones.

La pretensión de reanudar a ultranza unas relaciones conyugales o de pareja, deterioradas por diferencias o enfrentamientos personales, no pueden llevarse hasta el extremo de utilizar la fuerza como único procedimiento para imponer la voluntad del agresor, quien se sitúa en el plano injustificable de la prepotencia y la superioridad no puede pretender que su conducta se vea beneficiada por un reconocimiento de la disminución de su imputabilidad o culpabilidad" (STS 1340/2000, de 25 de julio de 2000 –FJ tercero–). Otras SSTs son la 1424/2004, de 1 de diciembre de 2004 (FJ decimotercero) y las ya mencionadas 904/2007, de 8 de noviembre del 2007 (FJ segundo); 357/2005, de 20 de abril de 2005 (FJ decimoséptimo) o la 754/2015, de 27 de noviembre del 2015 (FJ segundo).

⁹ SSTs 754/2015, de 27 de noviembre del 2015 (FJ segundo), entre otras.

¹⁰ La 8902/1989, de 3 de julio de 1989 y la 13055/1994, de 14 de julio de 1994.

¹¹ STS 8902/1989, de 3 de julio de 1989 (FJ segundo).

No obstante, los extremos subjetivos de la doctrina del TS acerca de esta atenuante son más difíciles de encajar en la conducta de María. Por un lado, no se disponen de informes periciales o psicológicos para determinar si realmente hubo una ofuscación o un comportamiento irreflexivo por su parte, aunque su veloz reacción a la confesión de Manolo apoya esa hipótesis. Por otro lado, el hecho de que el TS haga especial hincapié en que la atenuante no puede dulcificar la pena de ciertos comportamientos inaceptables en una sociedad democrática (refiriéndose, específicamente, a casos como el planteado en el supuesto de hecho) parece que veta la posibilidad de aplicar la atenuante en este supuesto.

A pesar de que las sentencias hasta ahora tratadas, en especial las más modernas, hacen afirmaciones tan tajantes como que “Los celos no constituyen justificación del arrebató u obcecación”¹² o “El desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebató u obcecación”¹³, hay que tener en cuenta que alguna también hace referencia a la celotipia como motivo suficiente para aplicar la atenuante de obcecación o arrebató pasional: “Respecto a los celos las SSTs 3.7.1989 y 14.7.1994, distinguen entre la celopatía, inserta en el síndrome paranoico y la celotipia, como reacción vivencial desproporcionada, lo que puede dar lugar a la apreciación del trastorno mental transitorio completo o incompleto, según su intensidad, en el caso de celopatía y de la atenuante pasional simple o cualificada, también según su intensidad, en el de la celotipia”¹⁴.

Sin embargo, y siguiendo la doctrina mayoritaria del TS, no se aplicará la atenuante de obcecación o arrebató pasional, dado que concurre en la conducta de María, a pesar de su elocuente irreflexividad, una motivación basada, en cierta medida, en los celos.

1.2. Circunstancia mixta de parentesco en su modalidad agravante (artículo 23 del CP)

La circunstancia mixta de parentesco puede actuar como agravante o como atenuante. El hecho de que actúe como una u otra depende del bien jurídico que se proteja en el concreto tipo delictivo llevado a cabo: de esta manera, “opera como agravante en los delitos que tienen un contenido de carácter personal”¹⁵, mientras que “cuando se trata de ilícitos cometidos en el (...) ámbito patrimonial” funcionará como atenuante¹⁶.

En lo que aquí interesa, la actual redacción del artículo 23 del CP¹⁷ exige, como elemento objetivo, que exista una relación de parentesco, bien de consanguinidad (esto es, el sujeto pasivo ha de ser el ascendiente, el descendiente o el hermano –por naturaleza o adopción- del sujeto activo), bien de afinidad (es decir, el sujeto pasivo tiene que ser el cónyuge, pareja de hecho o hermano –por naturaleza o adopción- del cónyuge o pareja de hecho).

En el supuesto de hecho planteado hay una relación de matrimonio entre la autora del delito y su víctima, lo que plantea la cuestión de si es necesaria la existencia de un elemento subjetivo basado en la *affectio maritalis*. Antes de la reforma del 2003, como no se contemplaba expresamente en el

¹² STS 904/2007

¹³ STS 754/2015

¹⁴ STS 754/2015

¹⁵ STS 1165/2002, de 17 de junio (FJ segundo).

¹⁶ STS 865/2005, de 24 de junio de 2005 (FJ décimo).

¹⁷ Según la LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

precepto, la jurisprudencia entendía que si el matrimonio estaba deteriorado o no había convivencia efectiva, el mero requisito formal del matrimonio no era válido por sí mismo¹⁸. Sin embargo, esta orientación jurisprudencial cambia radicalmente a partir de la aprobación de la LO 11/2003, que reforma el artículo 23 del CP, en el sentido de que la relación matrimonial o de hecho entre el sujeto activo o pasivo puede existir en el momento de comisión del delito o pudo haber existido anteriormente¹⁹.

A partir de esta nueva redacción de la circunstancia mixta de parentesco, la jurisprudencia rechaza el requisito subjetivo de la *affectio maritalis* como motivo para no aplicarla. Para entender que existe una “relación de afectividad” (en palabras del artículo 23 del CP) que valga como presupuesto para la aplicación de esta agravante, el TS exige la concurrencia de dos requisitos²⁰:

- Que haya una relación matrimonial o análoga a la misma.
- Que el delito cometido tenga una relación, directa o indirecta, con la condición de la víctima como cónyuge o pareja de hecho del autor del mismo.

En lo que atañe al supuesto de hecho planteado, hay que dar por válida, vista la respuesta de la jurisprudencia penal, la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco en su modalidad agravante, dado que concurren los dos requisitos que se exigen en la actualidad: por un lado, hay una relación matrimonial entre María, autora del delito, y Manolo, víctima; por otro lado, el delito cometido tiene relación con el hecho de que Manolo sea el cónyuge de María, dado que ésta lo agrede al saber que éste quiere terminar la relación.

2. PENAS DEL DELITO COMETIDO²¹

El tipo penal llevado a cabo por María es un delito de homicidio, en grado de tentativa y con la concurrencia de la agravante de parentesco.

En primer lugar, el delito de homicidio se castiga con una pena de prisión de diez a quince años (artículo 138.1 del CP). Como María es la autora material del delito, la pena se entiende aplicada en toda su extensión (artículo 61 del CP).

No obstante, al haber sido cometido el homicidio en grado de tentativa, el CP prevé la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada, en relación “al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado” (artículo 62 del CP). Para valorar si se ha de imponer la pena inferior en uno o dos grados, hay que tener en cuenta que María arroja a Manolo al mar, lo que supone la multiplicación del peligro para su vida: pudo haber muerto ahogado, por hipotermia o atacado por

¹⁸ Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, acordado el 18 de febrero de 1994.

¹⁹ En este sentido, la STS 547/2015, de 6 de octubre de 2015, proporciona una explicación de la supresión del requisito subjetivo en la interpretación del ámbito de aplicación de la agravante de parentesco: “En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio *pietatis causa* en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación”.

²⁰ STS 59/2013, de 1 de febrero del 2013 (FJ tercero) y 547/2015, de 6 de octubre de 2015.

²¹ Las operaciones aritméticas llevadas a cabo para calcular la pena del delito en este apartado, así como en los homónimos de los dos capítulos siguientes, se rigen por lo dispuesto en el artículo 70, apartados 1 y 2, del CP.

algún animal marino, ello sin contar con el hecho de que, si el barco se hallase lejos de la costa, sus posibilidades de supervivencia serían todavía más reducidas. Por ello, se optará por aplicar la pena inferior en un grado, quedando la misma en una pena de prisión de cinco años a diez años menos un día (es decir, de cinco años a nueve años, once meses y veintinueve días).

A continuación se procede a concretar la pena en consideración a la concurrencia de la agravante de parentesco. El artículo 66.1.3ª del CP establece que se aplicará pena en la mitad superior de la señala por la ley para el delito si concurren una o dos circunstancias agravantes: la pena resultante sería de siete años, seis meses y catorce días a diez años menos un día.

En definitiva, la pena principal es la de prisión de siete años, seis meses y catorce días a diez años menos un día.

Una vez calculada la pena principal, se pasa a señalar cuáles serían las penas accesorias. Así, el artículo 57.1, párrafo primero, del CP señala que, en caso de delito de homicidio (entre otros delitos), se podrán imponer alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 48 del CP. Además, si el delito se cometió contra quien es o fue el cónyuge del sujeto activo (entre otras personas), el apartado segundo del citado precepto prevé, en concreto, que se imponga al condenado, en todo caso, la prohibición del artículo 48.2 del CP: “La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”. Como el intento de homicidio de Manolo fue de carácter pasional, con el objeto de evitar un posible acoso por parte de María, sería conveniente imponer también la prohibición contemplada en el apartado tercero de este artículo: “La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual”.

Al ser la pena principal de prisión, la duración de ambas prohibiciones será superior entre uno y diez años a ésta, si se trata de un delito grave, o entre uno y cinco años, si se trata de un delito leve (artículo 57.1, párrafo segundo, del CP). En este caso, como la pena principal impuesta es superior a cinco años, se trata de un delito grave (artículos 13.1 y 33.2.b del CP), por lo que las prohibiciones del artículo 48 del CP durarán entre uno y diez años más que la pena de prisión que finalmente se imponga, siendo su cumplimiento simultáneo (artículo 57.1, párrafo segundo, del CP).

3. LA VALIDEZ DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS REALIZADAS A MARÍA

A continuación, se va a determinar si las escuchas en las que, accidentalmente, durante el curso de una investigación a su segundo marido, Marcial, por tráfico de drogas, se descubre que María mató a su primer marido, Manolo, son válidas para ser usadas como prueba de cargo contra ella.

El núcleo de este caso se encuentra en el denominado hallazgo casual, por el que se entiende “la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos (ya sea una intervención telefónica, una entrada y registro u otras diligencias de investigación similares), o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando; es decir, cuando al investigar unos determinados hechos delictivos, se descubren por casualidad otros

distintos o aparecen otros sujetos implicados”²². En los dos siguientes apartados, se va a exponer el desarrollo jurisprudencial acerca de las consecuencias jurídicas del mismo en dos situaciones: cuando el hallazgo se haga en el transcurso de unas diligencias de investigación legales y cuando se haga durante unas que no lo sean.

3.1. El hallazgo casual en el marco de unas diligencias de investigación legales

El hallazgo, durante unas diligencias de investigación, de pruebas que demuestren la comisión de un delito distinto para el que se autorizaron dichas diligencias es válido²³.

Hay que tener en cuenta la especialidad que presentan las intervenciones telefónicas, dado que éstas afectan de un modo más intenso a la intimidad del investigado que otros medios de investigación y la injerencia en la misma es más prolongada en el tiempo²⁴. Es por ello que estas medidas de investigación se rigen por el principio de especialidad y no se puede dictar una autorización judicial para investigar delitos en general, sino que habrá de concretarse que actividades delictivas del sujeto se van a investigar. De este modo, se hace necesario dictar una nueva autorización judicial, tal y como concluye el TS en el caso *Naseiro*, al señalar que ha de disociarse la autorización de la investigación, puesto que puede haber una vulneración del derecho a la intimidad durante una intervención telefónica si, al aparecer nuevos delitos no previstos en la autorización originaria, no se da cuenta de los mismos al Juez que ordenó dicha medida para que examine las concretas circunstancias concurrentes en ese caso, tanto en relación con su propia competencia como en referencia a los principios que ha de cumplir la nueva medida²⁵.

También hay que reparar en que los delitos descubiertos casualmente pueden tener relación con la causa que se está investigando o pueden no guardar relación alguna con ésta²⁶:

- a) En el primer caso, serán investigados y enjuiciados en el mismo proceso, a tenor del artículo 17 de la LECRIM, y el Juez tan sólo tendrá que ampliar el auto en que se autorizó la medida.
- b) En el segundo, será necesaria la apertura de otra investigación y otro proceso (artículo 579 bis.1 de la LECRIM)²⁷, teniendo que autorizar el Juez pertinente la continuación de la investigación en otro auto.

²² ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* N° 2, 2011, pág. 4.

²³ STS 526/2016, de 10 de marzo (FJ primero B). Otras SSTS: 1004/1999, de 18 de junio (FJ primero); 1190/2002, de 29 de noviembre; 885/2004, de 5 de julio (FJ segundo); 768/2007, de 1 de octubre; 173/2016, de 12 de marzo (FJ primero).

²⁴ STS 981/2003, de 3 de julio (FJ segundo). Otras SSTS: 1004/1999, de 18 de junio (FJ primero); 8 de marzo de 1998; 22 de marzo de 1999.

²⁵ Auto del TS del 18 de junio de 1992.

²⁶ Así, la STS 818/2011, de 21 de julio (FJ primero) (también la 25/2008, de 29 de agosto), hace la siguiente distinción: “1) Si los hechos descubiertos tienen conexión con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto, posteriormente de prueba. 2) Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera «notitia criminis» y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso”.

²⁷ Aprobado posteriormente por la ley 13/2015, de 5 de octubre (ver cita 29).

3.2. El hallazgo casual en el marco de unas diligencias de investigación ilegales: la doctrina jurisprudencial acerca de la prueba ilícita²⁸

Nuestro ordenamiento jurídico es eminentemente garantista y un claro síntoma de ello es la prohibición de obtener pruebas que deriven de actos ilícitos o que lesiones derechos fundamentales. Este tipo de pruebas se denominan ilícitas y carecen de validez (artículo 11.1 de la LOPJ).

Las medidas de investigación limitativas de derechos reconocidos en el artículo 18 de la CE, a las que se refiere el Título VIII del Libro II de la LECRIM²⁹, entran, como su propio nombre indica, en el ámbito de un derecho. En este caso, el artículo 18 de la CE consagra el derecho fundamental a la intimidad, siendo su vertiente del secreto de las comunicaciones (apartado tercero) el que se ve limitado en este caso. Este estatus de derecho fundamental es el que determina su protección mediante el recurso de amparo al TC (artículo 53.1 de la CE). Dicho derecho tiene también reconocimiento en el ámbito comunitario (el artículo 8 de la CEDH consagra el derecho a la vida privada) y en el ámbito internacional (los artículos 7 de la DUDDHH y 12 del PIDCP protegen el secreto de la correspondencia).

Por ello, el TC y el TS han desarrollado toda una doctrina al respecto, en la se ha intentado armonizar los derechos de los ciudadanos con la averiguación de los delitos en las causas penales. En los siguientes párrafos, se expone brevemente los hitos más importantes de esta compleja doctrina.

La doctrina de los frutos del árbol envenenado es una doctrina de origen norteamericano³⁰, que el TC acogió en su jurisprudencia, como una manera de garantizar los derechos del ciudadano frente al sistema de investigación en el proceso penal. De hecho, fue tras su pronunciamiento en la STC 114/1984, de 24 de noviembre, cuando se recogió en la LOPJ, aprobada en julio de 1985, el mencionado artículo 11.1, sobre la prueba ilícita. Hasta entonces, no existía reconocimiento alguno de garantías a los ciudadanos en proceso penal.

Esta primera sentencia, a la que seguirán muchas más, enunció la denominada doctrina de la prueba prohibida, que, apoyándose en el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE) y en el principio de igualdad entre las partes (artículo 14 de la CE)³¹, estableció la

²⁸ Las redacciones de la LOPJ y de la LECRIM empleadas en este apartado son las correspondientes al momento en el que se realizan las escuchas, que se presumen realizadas (ya que no se señala la fecha concreta) en algún momento entre el matrimonio de María y Marcial (17 de agosto de 2009) y la primera agresión del segundo contra la primera (enero de 2010), teniendo en cuenta el estricto orden cronológico de la narración de los hechos que se sigue en el resto del supuesto. En lo referente a la LOPJ cabría la aplicación de tres redacciones distintas (5 de diciembre del 2008, 4 de noviembre del 2009 y 12 de diciembre del 2009), pero, como los preceptos empleados no varían en todo ese período de tiempo, este hecho no afecta a la sustantividad del caso en este apartado. En lo que atañe a la LECRIM, se podrían aplicar dos redacciones distintas (5 de diciembre del 2006 y 4 de noviembre de 2009), pero es indistinta también la aplicación de una u otra, dado que los preceptos utilizados de la misma no varían de una a otra versión.

²⁹ Hay que advertir que las escuchas telefónicas no se regulan hasta que la LO 13/2015, de 5 de octubre, introduce un capítulo específico en este título (el capítulo IV, en la actual LECRIM). Hasta entonces, se aplicaba el capítulo III de este mismo título, referente a la detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica, supliéndose con abundante jurisprudencia por parte del TS y del TC. De hecho toda esta jurisprudencia ha servido de inspiración para la regulación específica de las escuchas telefónicas, siendo prueba de ello las normas referentes al hallazgo casual y al descubrimiento inevitable (artículo 588 bis.i, en relación con el 579 bis de la actual LECRIM).

³⁰ Caso Silverthorne Lumber vs. Estados Unidos, de 1920.

³¹ STC 114/1984, de 24 de noviembre (FJ quinto).

imposibilidad de admitirse en cualquier proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental, una garantía institucional o una libertad pública del imputado o acusado³².

El TC va un paso más allá en la protección de los derechos fundamentales en su sentencia 85/1994, de 14 de marzo (confirmada por su otra sentencia 81/1998, de 21 de abril) y dispone la doctrina de la eficacia refleja de la prueba prohibida. En base a la misma, la prohibición ya no sólo alcanza a la prueba ilícita, sino también a aquellas que, aun habiéndose recabado lícitamente, se apoyan o derivan de dicha prueba ilícita³³. “El efecto expansivo prevenido en el art. 11.1 de la LOPJ únicamente faculta para valorar pruebas independientes, es decir, que no tengan conexión causal con la ilícitamente practicada, debiéndose poner especial atención en no confundir «prueba diferente» (pero derivada), con «prueba independiente» (sin conexión causal)”³⁴.

El TS también acoge esta doctrina, a la que denomina, en ocasiones, doctrina del “efecto dominó”: “La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal (*Deterrence effect*)”³⁵.

Estas doctrinas jurisprudenciales conforman, en la práctica, la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado, término que no fue usado por el TC hasta el auto 155/1999, de 14 de junio, pero que ya antes fue empleado por el TS en su sentencia 814/1992, de 7 de abril.

La orientación jurisprudencial actual, tanto del TC como del TS, es restrictiva en cuanto a la extensión de la prohibición de la prueba ilícita a otras pruebas que puedan derivar de ella. En este sentido, la doctrina predominante es la doctrina de la conexión de antijuricidad de las pruebas, que, como su propio nombre indica, exige una relación de antijuricidad entre la prueba ilícita y las que puedan basarse en la misma, para entender que éstas últimas son también ilícitas³⁶.

En orden a determinar si existe el citado nexo de antijuricidad, el TC estableció una doble perspectiva de análisis³⁷:

³² “el concepto de medios de prueba pertinentes que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse pertinente un instrumento probatorio así obtenido” (STC 114/1984 –FJ quinto–).

³³ STC 85/1994, de 14 de marzo (FJ cuarto).

³⁴ JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER: “Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Tribunal Supremo españoles”, *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008*, págs. 145 a 188.

³⁵ STS 448/1997, de 4 de marzo.

³⁶ “Para poder apreciar si existe o no la referida conexión de antijuricidad, se hace necesario atender a la posible independencia de la prueba derivada respecto de la ilícita, es decir, si la prueba derivada nunca pudo existir sin la previa existencia de la prueba ilícita por depender completamente de ésta como única y exclusiva fuente de generación, nos encontraremos ante la denominada conexión de antijuricidad y por tanto dicha prueba derivada quedará afectada por la ilicitud. Por el contrario, si dicha prueba derivada goza de cierta independencia respecto de la prueba ilícita, por no haber sido esta su única fuente de generación, sería posible su valoración como prueba al no haber quedado contaminada por la ilicitud” (STS 1690/2003, de 15 de diciembre, y la STS 330/2003, de 10 de marzo. MARÍA CINTA COSTA TORNÉ: “La prueba ilícita por violación de Derechos Fundamentales y sus excepciones”, *Revista de Derecho de la UNED*, Nº 11, 2012, págs. 137 a 161).

³⁷ STC 66/2009 (FJ cuarto). Otras SSTC al respecto son 81/1998 (FJ segundo), 171/1999, 136/2000 o 259/2005. También es interesante el caso del TEDH Schenk, de 12 de julio de 1988 (fundamento de Derecho 1 A).

- Una perspectiva interna: se centra en cómo la prueba originaria ha vulnerado el derecho fundamental y qué información se ha obtenido a partir de la misma.
- Una perspectiva externa: tiene en cuenta qué específica tutela requiere el derecho vulnerado.

Como destaca el propio TC, “estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo”³⁸.

Esta restrictiva doctrina jurisprudencial ha dado lugar a varias excepciones a la doctrina de la eficacia refleja de la prueba prohibida y una de ellas es la que tiene que ver con el hallazgo casual. En este caso, el TC considera que el hallazgo casual de una prueba es lícito, aunque la prueba de la que provenga sea ilícita³⁹.

3.3. Conclusión sobre la validez de las escuchas realizadas a María

Se carecen de datos suficientes para valorar la validez de las escuchas, pero es indiferente, ya que tanto si lo son como si no, el hallazgo casual es válido.

La única exigencia sería que, en este caso, como el delito descubierto no tiene que ver con el que está siendo investigado (se trata de sucesos totalmente desconectados subjetiva, objetiva, espacial y temporalmente), se solicitase la autorización del Juez competente para continuar con la investigación.

4. ASPECTOS PROCESALES

4.1. Jurisdicción competente para conocer y enjuiciar el delito cometido por María⁴⁰

María lleva a cabo el intento de homicidio de Manolo en un barco del que no se menciona cuál es su pabellón, por lo que, para determinar la jurisdicción competente, se barajará la hipótesis de que el barco tuviese pabellón español y la de que éste fuese extranjero:

- a) En caso de que el barco fuese español, se aplicaría el artículo 23.1 de la LOPJ, que establece que será la jurisdicción española la encargada de conocer de las causas por delito y por falta cometidos en territorio español o a bordo de buque o aeronave español. Por tanto, en este supuesto, correspondería a los Tribunales españoles conocer del asunto.
- b) En caso de que el barco fuese extranjero, se aplicaría el artículo 23.2 de la LOPJ, que establece una serie de requisitos para que el delito pueda ser juzgado en España. En primer lugar, el delito de homicidio está contemplado en el ordenamiento jurídico español (artículo 138.1 del CP), requisito indispensable para que éste pueda ser juzgado en España. En segundo lugar, el sujeto activo tiene que ser español o extranjero con residencia española: en este caso, María es española. En tercer lugar, que el hecho sea punible en el lugar de

³⁸ SSTC 11/1981, de 8 de abril (fundamento jurídico octavo), y 81/1998, de 2 de abril (fundamento jurídico tercero).

³⁹ STC 1313/2000, de 21 de julio.

⁴⁰ La LOPJ que aquí se utilice dependerá del momento en que se abriese un hipotético procedimiento penal contra María. En todo caso, tanto si se usa la redacción vigente para el momento en que comete el intento de homicidio (25 de mayo de 2007) como la del momento en que Manolo reaparece (29 de junio de 2013), la concreta redacción del precepto empleado no varía.

ejecución, algo que desconocemos, porque no tenemos datos acerca de la nacionalidad del buque. En cuarto lugar, que el agraviado o el Ministerio Fiscal interponga querrela ante los Tribunales españoles: en este caso, se menciona en el supuesto de hecho que a María, al final, se la acusa del delito cometido. En quinto lugar, que el autor del delito no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena: en el presente supuesto, María vuelve a España sin que se sepa que Manolo ha muerto por su causa, por lo que no hay ningún proceso penal en el extranjero abierto contra ella. Analizados todos estos requisitos, se puede concluir que María, aunque el barco tuviese pabellón extranjero, podría ser juzgada en España.

4.2. Órganos judiciales competentes para instruir y para juzgar el delito cometido por María⁴¹

A continuación, se procede a señalar qué órganos, desde un punto de vista objetivo, serían competentes para conocer del asunto. En primer lugar, desde un punto de vista objetivo, se determinará el tipo de órgano judicial competente para instruir la causa y competente para enjuiciarla.

Para determinar qué órgano instruirá este caso, es preciso, en primer lugar, determinar cuál de los dos órganos que suelen conocer de los delitos para su enjuiciamiento, el JP y la AP, es el indicado para este supuesto. El artículo 82.1.1º de la LOPJ⁴² establece, como una de las competencias de la AP, conocer de las causas por delito, salvo aquellas que estén atribuidas al JP. El artículo 89 bis.2, respecto del JP, dispone que sus competencias consistirán en el enjuiciamiento de las causas por delito que la ley determine. El artículo 14, apartados 3 y 4, de la LECRIM resuelve este dilema otorgando el conocimiento de causas por delito cuya pena en abstracto, siendo de prisión, supere los cinco años, a la AP y, en caso contrario, al Juzgado de lo Penal. En el caso que nos atañe, el delito de homicidio está castigado, en abstracto, con una pena de entre diez y quince años de prisión (artículo 138.1 del CP), por lo que su enjuiciamiento correspondería a la AP (no correspondería al TJ porque éste conoce de los delitos de homicidio y sus correspondientes tipos agravados, siempre que estén consumados –artículos 1.2.a y 5.1, último inciso, de LOTJ-, no siendo éste el caso).

Por tanto, la instrucción del procedimiento en este supuesto correspondería al JPI, puesto que este órgano judicial conoce de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a la AP o al JP, como es el caso (artículo 87.1.a de la LOPJ).

4.3. Procedimiento penal

Teniendo en cuenta que el delito de homicidio puede ser castigado con una pena superior a nueve años, el proceso tendrá que seguir los cauces del procedimiento ordinario (artículo 757 de la LECRIM⁴³, *a sensu contrario*).

⁴¹ La LECRIM que aquí se utilice dependerá del momento en que se abriese un hipotético procedimiento penal contra María. En todo caso, tanto si se usa la redacción vigente para el momento en que comete el intento de homicidio (5 de diciembre de 2006) como la del momento en que Manolo reaparece (23 de febrero de 2013), la concreta redacción de los preceptos empleados no varía.

⁴² Ver cita 40.

⁴³ Ver cita 41.

CAPÍTULO II: CALIFICACIÓN PENAL DE LOS COMPORTAMIENTOS AGRESIVOS DE MARCIAL CONTRA MARÍA Y ELISA ENTRE 2010 Y 2013⁴⁴

La calificación penal que se va a efectuar en este capítulo constará de dos partes: en primer lugar, se analizarán los comportamientos violentos de Marcial hacia su esposa individualmente; en segundo lugar, se procederá a determinar si, en base a todos esos hechos, existe un delito de violencia doméstica habitual.

Hay que advertir que, a pesar de utilizar los mismos hechos para subsumirlos individualmente en tipos penales y, luego, para determinar si pueden constituir la dinámica de la violencia doméstica habitual, no se estaría vulnerando el principio *ne bis in idem*. Ello es así dado que los actos de violencia física o psíquica afectan a un bien jurídico (integridad física) distinto del afectado en el delito de violencia doméstica habitual (integridad moral). Es más, el propio artículo 173.2 del CP, en donde se recoge éste delito, admite, en su inciso final, que los actos individuales de violencia física y psíquica sean penados por separado.

En este sentido se expresa el TS, que, en referencia al delito de violencia doméstica habitual, declara lo siguiente: “el delito que comentamos es un *aliud* y un *plus* distinto de los concretos actos de agresión a partir precisamente de la vigencia del nuevo Código Penal. El bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes (de ahí su nueva ubicación sistemática en el Código) y en el derecho a la seguridad (arts. 15 y 17 CE), quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos, *ex art.* 39 CE. Por ello, la autonomía del bien jurídico protegido, por cuanto la violencia física o psíquica a que se refiere es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados. Estos sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito; se trataría de un concurso de delitos y no de normas, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando comprobar la realidad de la situación denunciada, siendo irrelevante a protesta relativa al hecho de haber sido ya enjuiciadas las agresiones o su falta de denuncia o el tiempo transcurrido en relación con la prescripción de las mismas”⁴⁵.

Lo que sí vulneraría el principio *ne bis in idem* sería la aplicación de la misma circunstancia agravante al concreto acto de violencia calificado como delito de violencia de género o de violencia doméstica ocasional (artículo 153, apartados 1 y 2, del CP) y, a su vez, al delito de violencia doméstica habitual (artículo 173.2, párrafo primero, del CP)⁴⁶. Esto puede suceder en caso de que ambas conductas se enjuicien conjuntamente, puesto que ambos tipos delictivos tienen las mismas agravantes específicas. En este caso, la solución es optar por un concurso real de delitos en el que, o bien se aplica la concreta circunstancia agravante al delito de violencia de género o violencia doméstica ocasional, o bien se hace respecto del delito de violencia doméstica habitual. La posición mayoritaria es la segunda (la que se seguirá en los siguientes epígrafes), basada en dos argumentos:

⁴⁴ Dado que los hechos penalmente relevantes que se van a calificar en este capítulo transcurren entre los años 2010 y 2013, hay varias redacciones del CP: 10 de diciembre de 2007, 4 de marzo de 2010, 23 de junio de 2010, 26 de junio de 2010, 29 de enero de 2011 y 28 de diciembre de 2012. No obstante, la redacción de los preceptos empleados no varía en este período de tiempo.

⁴⁵ STS 1212/2006 de 25 de octubre de 2006.

⁴⁶ Circular de la FGE 4/2003.

por un lado, la específica mención de que las agravaciones del delito de violencia doméstica habitual se aplican si concurren en “alguno o algunos de los actos de violencia”; por otro, el principio de alternatividad contenido en el artículo 8.4 del CP⁴⁷.

1. ANÁLISIS INDIVIDUAL DE LOS HECHOS PENALMENTE RELEVANTES

Antes de comenzar con la calificación de los distintos hechos con relevancia penal que se narran en el supuesto, es conveniente hacer un breve apunte sobre la violencia de género, dado que es un concepto relacionado con muchos de los delitos que se van a analizar a continuación. Así, este tipo de violencia se caracteriza por las siguientes notas⁴⁸:

- El sujeto activo ha de ser un hombre.
- El sujeto pasivo ha de ser una mujer.
- Entre ambos tiene que haber o haber habido una relación matrimonial o similar de afectividad.
- No es necesaria la convivencia entre sujeto activo y sujeto pasivo.
- La violencia ejercida por el hombre sobre la mujer tiene que ser, siguiendo lo dispuesto por el artículo 1 de la LOMPIVG, una “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. El porqué de esta exigencia se explica por el mayor desvalor que el legislador otorga a estas conductas⁴⁹, y tiene como consecuencia que no toda agresión de un hombre a una mujer, aun cuando exista o haya existido una relación afectiva entre ambos, es considerada violencia de género⁵⁰.

En el CP aparecen tipificados como delitos de violencia de género: el delito de lesiones leves o maltrato de obra del artículo 153.1; el delito de lesiones del artículo 147.1, agravado por el artículo 148.4º; el delito de amenazas leves del artículo 171.4; y el delito de coacciones leves del artículo 172.2⁵¹. En todos estos delitos no es aplicable la circunstancia mixta de parentesco, debido a que la relación de parentesco va ya incluida en las conductas que tipifican, por lo que, si se aplicase, se estaría vulnerando el principio *ne bis in ídem* (se estaría sancionando dos veces la misma circunstancia)⁵².

⁴⁷ MAGRO SERVET, VICENTE: *Violencia Doméstica y de Género. 285 preguntas y respuestas*, Ed. Sepín, Madrid, 2007, págs. 127 y 128 (pregunta 93).

⁴⁸ RAMÓN RIBAS, EDUARDO: “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, pág. 406.

⁴⁹ “la diferencia normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen, y a partir también de que tales conductas no son otra cosa (...) que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada” (STS 1177/2009, de 24 de noviembre).

⁵⁰ STS 1177/2009, de 24 de noviembre.

⁵¹ RAMÓN RIBAS, EDUARDO: “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, págs. 410 y 411.

⁵² Véase en este sentido la Circular 4/2003 de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, que dispone lo siguiente: “se ha de rechazar la aplicación de la agravante mixta de parentesco del art. 23CP en relación con los delitos del art. 173 (en este sentido STS 164/2001 de 5 de marzo) y de maltrato no habitual del art. 153 dado que resulta inherente a la formulación típica de los mismos. Deberá ser apreciada, sin embargo en los concretos actos de violencia tipificables en algún otro precepto que, a diferencia del art. 153, no exija entre sus elementos la relación de parentesco”.

1.1. Enero de 2010

En esta fecha, Marcial propina a María un fuerte golpe en la cara que le produce un derrame en el ojo. Hay, por tanto, un ataque a su integridad física, que deriva en una lesión.

El tipo penal básico de lesiones está recogido en el CP, en su artículo 147.1. Dicho precepto exige dos requisitos para considerar un comportamiento concreto subsumible en este tipo penal: una primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico.

En cuanto al primer requisito, la primera asistencia médica es el diagnóstico o la exploración médica⁵³. Hay que tener en cuenta que el prestador de esa primera asistencia sanitaria no tiene por qué ser un médico, sino que puede ser un titulado menor, como los practicantes o ATS⁵⁴. Además, ha de ser objetivamente necesaria, en el sentido de que esta necesidad tiene que estar apoyada en criterios estrictamente médicos⁵⁵.

En lo referente al tratamiento médico o quirúrgico, se caracteriza por las siguientes notas, atendiendo a la abundante jurisprudencia sobre el mismo⁵⁶:

- Su finalidad es la sanidad de las lesiones o tratar de reducir sus consecuencias.
- Es posterior a la primera asistencia médica.
- El tratamiento tiene que ser objetivamente necesario, atendiendo a criterios médicos.
- La puede realizar el propio médico o los auxiliares sanitarios. Puede consistir también en una prescripción del propio médico al paciente consistente en la toma de fármacos o la fijación de unas determinadas pautas de comportamiento a seguir.
- No están incluidos el diagnóstico o la prevención médica.

En el caso que nos ocupa, un derrame en el ojo, técnicamente denominado hemorragia subconjuntival o hiposfagma⁵⁷, no precisa tratamiento: se trata de la rotura de un vaso sanguíneo en el ojo y la sangre derramada es reabsorbida por el propio organismo. Al ser una lesión que no precisa tratamiento, falta uno de los dos requisitos del tipo básico de lesiones, por lo que el comportamiento de Marcial no es incardinable en el mismo.

La carencia de uno de estos dos requisitos, pero el hecho de que, al mismo tiempo, haya una lesión degrada el comportamiento penal de Marcial a una falta de lesiones (artículo 617.1 del CP). Sin embargo, la concurrencia en la víctima de la condición de esposa del sujeto activo supone la elevación de la falta a un delito de violencia de género (artículo 153.1 del CP). En cuanto al

También se desarrolla este argumento en el siguiente texto doctrinal: CORELLA BIELSA, MARÍA DEL CARMEN (Coordinadora): “Capítulo VIII: Ámbito de aplicación de la circunstancia mixta de parentesco”, *La circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal Español. Actualizada a la LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, epígrafe 9.

⁵³ La STS 1689/2001 de 27 de setiembre 2001 dice que “la primera asistencia facultativa equivale al inicial diagnóstico o exploración médica”, mientras que la STS 1021/2003 de 7 de julio, señala que “la primera asistencia facultativa equivale al inicial diagnóstico, o exploración médica” (FJ segundo, apartado 2).

⁵⁴ Circular 2/2009, de la Fiscalía General del Estado.

⁵⁵ MONER MUÑOZ, EDUARDO: “LESIONES. Análisis de la nueva doctrina jurisprudencial”, *Revista del Poder Judicial* n.º 72 (Serie: Penal), cuarto trimestre del 2003, pág. 3.

⁵⁶ SSTS 614/2000, de 11 de abril; 650/2008, de 23 de octubre; 1763/2009, de 14 de noviembre; 153/2013, de 6 de marzo, entre otras.

⁵⁷ Ver “Hemorragia subconjuntival”, en https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/encyclopedia_H.htm.

componente de género de la misma, se puede apreciar en que la causa de la agresión es un ataque de celos de Marcial al escuchar a su mujer hablando con otro hombre⁵⁸.

1.2. Marzo de 2010

En esta fecha se producen dos hechos con relevancia penal: en primer lugar, las tres llamadas telefónicas agresivas por Marcial a María para que vuelva a casa; en segundo lugar, los dos puñetazos que le propina en la barriga.

Comenzando por las llamadas telefónicas agresivas, Marcial pretende, con esta acción, obligar a María a que haga algo que no quiere en ese momento, en este caso regresar a casa. Prueba de ello es no sólo la agresividad que se menciona en el supuesto de hecho, sino también la repetición de la conducta hasta tres veces⁵⁹. Compeler a alguien a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto, es una de las vertientes del delito de coacciones (artículo 172.1 del CP).

Dada la levedad de las coacciones (téngase en cuenta que, por ejemplo, no llega a haber un acoso físico, como en el caso de la AP de las Palmas mencionado en la cita 59), éstas no superarían el status de falta (artículo 620.2º del CP). No obstante, la condición de cónyuge de Marcial que ostenta María conlleva a la subsunción de los actos perpetrados por éste en el delito de coacciones con componente de género (artículo 172.2 del CP), que además alude expresamente a la levedad de las coacciones. El elemento de género en este caso se encuentra en el control que Marcial pretende ejercer sobre María al llamarla repetidamente al teléfono móvil para que regrese a casa y haciéndolo, además, de forma agresiva⁶⁰.

El otro hecho con relevancia penal se concreta en una agresión física a la víctima, pero que no llega a producir una lesión. En este acto no se agrede un solo bien jurídico, sino que se agrede dos:

- Por un lado, se ataca la integridad física de María. A este respecto, Marcial lleva a cabo un simple maltrato de obra, en el que, al contrario que el delito y la falta de lesiones, no se exige la producción de una lesión en el sujeto pasivo, sino sólo una agresión o un maltrato contra el mismo (artículo 617.2 del CP). Sin embargo, al ser María su esposa (es decir, hay una relación matrimonial entre sujeto activo y sujeto pasivo), la falta de maltrato de obra es elevada a la categoría de delito por el CP en su artículo 153.2, que contempla el tipo penal de violencia de género. Una vez más, el elemento de género debemos situarlo aquí en el comportamiento controlador que Marcial ostenta al coaccionarla con las llamadas de

⁵⁸ El PCASVG contempla, como uno de los factores de riesgo o peligro extremo en situaciones de violencia de género, los celos patológicos.

⁵⁹ Por ejemplo, en la SAP de las Palmas, Sección Segunda, 26/2006, de 15 de febrero, se recoge lo siguiente: “lo relevante es que las acciones del recurrente, llamando reiteradamente a la denunciante a su teléfono móvil, acudiendo a su domicilio siguiéndola hasta el lugar de trabajo y permaneciendo fuera de su trabajo durante un largo período de tiempo, consiguieron crear en la víctima una situación de angustia y miedo que ha llegado al punto de tener que salir con sus padres a la calle y eso no cabe ninguna duda a este Tribunal que constituye una coacción”. Es cierto que en el supuesto de hecho no se llega a este nivel de persecución por parte del sujeto activo, pero no hay que olvidar que, al contrario que en el caso de la AP de las Palmas, en el supuesto de hecho la víctima convive con su agresor, lo que supondría cierto temor por parte de la víctima a las posibles represalias una vez que llegue a casa, como, de hecho, tienen lugar.

⁶⁰ El PCASVG contempla, como uno de los factores de riesgo o peligro extremo en situaciones de violencia de género, la conducta hipervigilante.

teléfono para que regrese a casa, siendo su respuesta ante la resistencia de María este ataque físico⁶¹.

- Por otro lado, hay un intento de lesión del *nasciturus*, dado que María está embarazada y, de la narración de los hechos, se deduce que está en un avanzado estado de gestación (da a luz un mes después de la agresión). Teniendo en cuenta lo delicado que es un feto, el resultado de esta acción podría haber derivado en un perjuicio de diversa gravedad para el mismo, por lo que se considera que el comportamiento de Marcial es también constitutivo de un intento de lesiones al feto (artículo 157 del CP).

Se desconoce si la intención de Marcial era la de herir sólo a María o también al hijo de ésta, pero de lo que no cabe duda es que, aun en el hipotético caso de que María no le hubiese mencionado su embarazo, el avanzado estado de gestación de la víctima (que podría ser de entre siete y ocho meses) es percible sensorialmente y, por tanto, Marcial tenía que saber que su esposa estaba encinta. Esto nos lleva a considerar dos posibles hipótesis en cuanto a su comportamiento: pudo haber llevado a cabo la agresión con ánimo de herir al *nasciturus* (en cuyo caso, el elemento subjetivo del tipo penal sería el dolo directo) o pudo haberla realizado con ánimo de herir sólo a María, a sabiendas de que también podía causarle algún daño al feto, pero sin que ello le importase (en cuyo caso, el elemento subjetivo del tipo penal sería el dolo eventual)⁶². En todo caso, la concurrencia de uno u otro tipo de dolo es irrelevante a efectos de la calificación penal y de la concreción de la pena.

Además, como no se llega a producir lesión alguna en el *nasciturus*, el grado de ejecución del delito es la tentativa (artículo 16.1 del CP)⁶³.

1.3. 29 de septiembre del 2012

El hecho penalmente relevante acaecido este día es la violenta paliza que Marcial propina a María. De este hecho se derivan varios resultados nocivos para la integridad física de María: sufre una lesión en el bazo, otra en el hígado y le quedan cicatrices en la cara.

Es necesario puntualizar que hay una puesta en peligro de la vida de María, la cual se deduce de varias circunstancias extraídas del supuesto de hecho y que el TS valora para apreciar si concurre *animus necandi*⁶⁴, concurrente en los delitos contra vida (y así diferenciarlo del *animus laedendi*, que es el concurrente en los delitos de lesiones):

⁶¹ Además, el PCASVG contempla, como uno de los factores de riesgo o peligro extremo en situaciones de violencia de género, las agresiones durante el embarazo.

⁶² “Es difícilmente imaginable el supuesto de realización dolosa de lesiones al feto con dolo directo de primer grado. En cambio, será más frecuente su realización con dolo directo de segundo grado y, sobre todo, con dolo eventual” (GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI AISA: “El delito doloso de lesiones al feto” -Subepígrafe “Tipicidad”-, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005).

⁶³ “La cuestión de los grados de ejecución del delito no plantea ningún problema particular. Estamos en presencia, como se dijo, de un tipo de resultado material externo, separable espacial y temporalmente de la acción, y podrá realizarse, sin duda, en grado de tentativa” (GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI AISA: “El delito doloso de lesiones al feto” -Subepígrafe “Iter criminis”-, *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005).

⁶⁴ SSTS 204/1996, de 8 de marzo; de 7 de noviembre de 2002 (FJ segundo); 1410/2014, de 4 de septiembre (FJ único, apartado 4).

- Las circunstancias en que se produce la agresión, en este caso en un contexto de violencia de género, en el que se dan una serie de circunstancias en este supuesto concreto como consideradas de riesgo para la integridad física y la vida de la víctima: se dieron agresiones durante el embarazo (episodio violento de marzo de 2010), celos patológicos (episodio violento de enero de 2010), conducta hipervigilante (llamadas de teléfono insistentes de sucesos de marzo de 2010) y el posible consumo de drogas (dado que en la última agresión, el 12 de octubre de 2013, se verifica que Marcial es drogodependiente)⁶⁵.
- Como elementos de especial relevancia, se tienen en cuenta la intensidad de los golpes, la gravedad de las lesiones y la vulnerabilidad y relevancia de ciertas regiones anatómicas, entre otros. Así, en el supuesto de hecho se destaca la especial agresividad de esta paliza, que además se puede inferir de la larga temporada que pasa María en el hospital (casi dos meses y medio), lo que también hace suponer la gravedad de las lesiones infringidas. Además, se menciona que tiene que ser operada quirúrgicamente de dos órganos vitales, el bazo y el hígado, lo que refuerza la consideración de gravedad de las lesiones producidas y cumple también el criterio valorativo de afectación a zonas anatómicas vulnerables y vitales.
- El TS también alienta a valorar cualquier otro dato que pueda ser de interés a la hora de apreciar la existencia del *animus necandi*⁶⁶. Así, en este caso, se puede tener en cuenta que no es la primera vez que Marcial propina una paliza o maltrata a su esposa, incluso estando ésta embarazada, lo que deja entrever una especial indiferencia hacia la vida de ésta e, incluso, de su hijo.

Por ello, se considera que en la conducta de Marcial concurre un *animus necandi* y que, por tanto, es constitutiva de homicidio (artículos 138.1 del CP). Como no llega a alcanzarse el resultado de muerte, el grado de ejecución es el de tentativa (artículo 16.1 del CP).

Cabe hacer también, en este caso, una breve mención al elemento subjetivo de este comportamiento delictivo. Así pues, se desconoce si la intención de Marcial era la de matar a su esposa o, simplemente, la de herirla y someterla, pero, en todo caso, no cabría aquí calificar su conducta como de imprudente, dada la elocuente agresividad de la paliza (no sólo mencionada expresamente en el supuesto de hecho, sino también deducible de la larga estancia de María en el hospital y de la práctica de dos operaciones quirúrgicas), que aquél lleva a cabo de forma voluntaria y consciente (no se menciona en el supuesto de hecho que esté bajo los efectos del alcohol, o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que esté sumido bajo la influencia de alguna enfermedad o trastorno mental que le impida comprender la gravedad de sus actos o modifique su voluntad, o que exista alguna causa externa al propio sujeto –véase legítima defensa o miedo insuperable– que le impida actuar de otro modo) y no desconociendo, por tanto, la posibilidad de un desenlace fatal. Por ello, el intento de homicidio se considerará realizado con dolo (ya sea directo o eventual, algo irrelevante en la calificación penal y en el posterior cálculo de las penas que se efectuará).

No se tendrán en cuenta como delitos autónomos las lesiones provocadas, por aplicación del principio de alternatividad contenido en el artículo 8.4º del CP, que “está concebida para supuestos en que el hecho puede subsumirse indistintamente en una u otra norma, sin que exista ningún dato específico de la descripción típica que incline la balanza en favor de una de ellas. Es entonces cuando se recurre a esta regla, que encuentra su razón de ser en el principio de que una conducta subsumible en determinada norma no puede resultar privilegiada sólo porque además lo sea también

⁶⁵ PCASVG.

⁶⁶ SSTS 140/2010; 436/2011 y 1410/2014, de 4 de septiembre (FJ único, apartado 4).

en otra norma que prevea penalidad más leve, si ésta no presenta ningún rasgo de especificidad con respecto a aquella (como, por ejemplo, que constituya un tipo atenuado)”⁶⁷.

1.4. 12 de octubre de 2013

Este día se produce otro episodio de violencia de Marcial, esta vez contra su esposa María y contra su hija Elisa. Con el objeto de sistematizar de modo claro la calificación de cada uno de los delitos llevados a cabo por Marcial, se individualizarán en la persona de Elisa y la persona de María.

Comenzando por Elisa, recibe un puñetazo por parte de Marcial que le causa un grave derrame en el ojo derecho. Como la lesión es idéntica a la que sufrió María en enero de 2010, se remite al análisis hecho de la misma en ese apartado en lo pertinente a la concurrencia de los requisitos de un delito de lesiones.

Ahora bien, Elisa, al contrario que María, no es la esposa o pareja de hecho de Marcial, sino su hija. En este caso, el CP prevé también la elevación de la falta de lesiones (artículo 617.1 del CP) a un delito, el delito de violencia doméstica ocasional, regulado en el artículo 153.2 del CP. Así, según este precepto, algunos de los sujetos pasivos de este delito (recogidos en el artículo 173.2 del CP, al que el artículo 153.2 del CP remite, exceptuando a la esposa o pareja de hecho del sujeto activo) son “los descendientes (...) por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente”.

En lo atinente a María, sufre tres golpes en el estómago por parte de Marcial y, posteriormente, es ingresada en el hospital debido a un ataque de ansiedad que le acaba produciendo un ataque al corazón.

En primer lugar, los golpes en el estómago no causan lesión alguna a María, puesto que en el supuesto de hecho no se menciona y su posterior ingreso en el hospital no es motivado por una lesión directamente derivada de dicha agresión física. Por tanto, este acto violento no supera la calificación de maltrato de obra (artículo 617.2 del CP). No obstante, una vez más, la condición de cónyuge de su agresor por parte de María es relevante a efectos de la calificación penal, dado que el maltrato de obra está considerado como delito de violencia de género en este caso (artículo 153.1 del CP). En cuanto al componente de género de la agresión, me remito a la explicación desarrollada en el epígrafe anterior.

En segundo lugar, el infarto de corazón que le da a María es consecuencia directa del ataque de ansiedad que padece cuando es ingresada en el hospital⁶⁸. En este caso se puede aplicar la teoría de la imputación objetiva, doctrina jurisprudencial y doctrinal que pretende probar la relación de causalidad entre la acción del sujeto activo y el resultado finalmente producido de un modo objetivo, mediante el cumplimiento de dos circunstancias: la creación de un riesgo típicamente relevante por parte del sujeto activo, es decir, que la conducta de éste cause un riesgo susceptible de afectar al bien jurídico que resultó dañado; la realización del riesgo en el resultado típico, esto es, que finalmente el riesgo creado derive efectivamente en la lesión del bien jurídico afectado⁶⁹. En este sentido, el TS acepta que se puede establecer un nexo de imputación objetiva entre el fuerte

⁶⁷ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, JOSÉ LUIS: “La tentativa de homicidio con consumación de lesiones”, *Revista Penal* n° 24, Julio de 2009, pág. 184.

⁶⁸ El ataque cardíaco puede tener su causa en el estrés emocional intenso y súbito, como el que se da en un ataque de ansiedad. Es más, la propia ansiedad puede ser un síntoma de éste. Ver “Ataque cardíaco” en https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/encyclopedia_A.htm.

⁶⁹ SSTS 371/1995, de 26 de junio; 1696/2002, de 14 de octubre; 586/2003, de 16 de abril, entre otras.

estrés emocional que sufre el sujeto pasivo, fruto de la situación creada por la conducta del sujeto activo, y el posterior ataque cardíaco⁷⁰.

Una vez verificado el nexo de imputación objetiva, se procede a determinar si concurren los requisitos para que se dé un delito de lesiones. Así, puede considerarse que en este caso concurren los dos requisitos para considerar el ataque de ansiedad sufrido por María como un delito de lesiones (artículo 147.1 del CP): por un lado, hay una primera asistencia médica mediante el diagnóstico del ataque de ansiedad y, por otro, se le administra a María un tratamiento médico mediante la sedación⁷¹ y, además, posteriormente, tiene que ser atendida por el infarto de corazón.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el resultado de esta lesión es una enfermedad de tipo somático (el infarto de corazón), que además es grave, ya que puede tener consecuencias mortales si no es atendida a tiempo. Ello es así, dado que concurren los siguientes elementos:

- Es una enfermedad, que se define como una “alteración del normal funcionamiento del organismo humano que médicamente merezca una consideración autónoma, con independencia de la función o funciones afectadas”⁷². El hecho de que sea de tipo somático o psíquico es indiferente a efectos de calificación y penológicos.
- La gravedad de la enfermedad se relaciona, esencialmente, con la afectación de la calidad de vida en un sentido negativo, que puede ser debido a su carácter definitivo, o, a pesar de su curación, debido a la permanencia de cierta predisposición a contraer otras enfermedades o a la imposibilidad de recuperar el nivel de salud anterior a la enfermedad⁷³. El ataque cardíaco o infarto de miocardio tiene consecuencias perpetuas, que, por tanto, afectan a la calidad de vida: si es agudo, puede derivar en insuficiencia cardíaca y congestión pulmonar; si es más leve, se puede llevar una vida normal, pero hay riesgo de volver a sufrir otro infarto⁷⁴.

De este modo, la conducta de Marcial respecto de la causación del ataque al corazón es subsumible en el tipo agravado por el resultado regulado en el artículo 149.1 del CP.

Es necesario puntualizar que ambos delitos no castigan la misma conducta, puesto que, en caso contrario, al proteger el mismo bien jurídico, se estaría vulnerando el principio *ne bis in idem*. De este modo, mientras el delito de violencia de género se centra en la lesión a la integridad física provocada por los puñetazos, el tipo agravado de lesiones por el resultado tiene su origen en el estrés que genera la enésima situación de violencia que la víctima está viviendo, magnificado por el hecho de que, en esta ocasión, su hija es también agredida.

En relación con las conductas calificadas, hay que tener en cuenta que, en el momento de cometerlas, Marcial, tal y como determina la prueba de alcohol y drogas que se le practica posteriormente, está bajo la influencia de la cocaína y del alcohol. Dependiendo de la intensidad de

⁷⁰ STS de 27 de febrero de 2001 (FJ primero).

⁷¹ En la STS 658/2015, de 28 de mayo (FJ primero) se menciona la sedación como tratamiento médico. En el primer antecedente de hecho de la STS 1429/2000, de 22 de septiembre, también se menciona la sedación como tratamiento médico.

⁷² DÍEZ RIPOLLÉS: “Las figuras de resultado diferenciado de los arts. 149 y 150” (epígrafe VII), *Los delitos de lesiones*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

⁷³ DÍEZ RIPOLLÉS: “Las figuras de resultado diferenciado de los arts. 149 y 150” (epígrafe VII), *Los delitos de lesiones*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2001.

⁷⁴ Ver “Infarto”, en la sección “Enfermedades”, dentro de la opción “Pacientes”, en: <http://www.fundaciondelcorazon.com/>.

los efectos de estas sustancias en Marcial, dicha circunstancia puede ser tenida en cuenta como una eximente (artículo 20.2º del CP) o como una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP). Para que sea tenida en cuenta como una eximente ha de haber una anulación de la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud de los hechos o para actuar conforme a esa comprensión, existiendo una total dependencia física y psíquica de la sustancia en cuestión. En cambio, en la eximente incompleta tiene que haber una disminución de esas capacidades, pero no su completa abolición. En uno y otro caso tiene que haber una afectación de la imputabilidad del sujeto, no bastando con que el sujeto activo sea un consumidor habitual de drogas o que sea drogadicto⁷⁵.

Teniendo en cuenta que la eximente es para casos extremos, en los que no existe capacidad volitiva o intelectual alguna, y que suele ser la excepción⁷⁶, se aplicará la eximente incompleta.

En el supuesto se menciona, además, que Marcial es drogodependiente, pero no se especifica si los delitos que cometió se llevaron a causa de su adicción a las drogas o al alcohol, circunstancia atenuante que el CP tiene en cuenta en su artículo 21.2ª. La mera existencia de una drogodependencia no es suficiente para aplicar esta atenuante, ya que la conducta delictiva del sujeto ha de ser a causa de esa grave adicción⁷⁷.

Otra circunstancia que ha de tenerse en cuenta también es que Marcial intenta reparar el daño causado mediante su ingreso en una clínica de desintoxicación. Este acto puede subsumirse en la atenuante de reparación del daño causado (artículo 21.5ª del CP), que consta de dos elementos⁷⁸:

- Uno cronológico, en cuanto la reparación del daño procede en cualquier momento del procedimiento, teniendo como tope la celebración del juicio oral.
- Uno sustancial, en relación a que la reparación del daño debe ser entendida en un sentido amplio, comprendiendo la restitución, la indemnización de daños y perjuicios, y la reparación moral. La reparación va orientada a la satisfacción del interés general y no tanto a la satisfacción del interés de la víctima. En este sentido, se destaca la teoría del *actus contrarius*, que comporta el retorno del autor del delito al orden jurídico, del cual se alejó al cometer el delito. Dicho acto de rectificación puede ser una reparación total o parcial, real o simbólico, de los efectos del delito, siendo lo relevante que el sujeto activo “exteriorice una voluntad de reconocimiento de la norma infringida”.

De este modo, los dos elementos que el TS exige para poder aplicar esta atenuante concurren en este caso: por un lado, Marcial procede a ingresar en una clínica de desintoxicación justo después de este suceso y sin haberse iniciado todavía ningún procedimiento contra él; por otro lado, este acto de reparación encaja con la teoría del *actus contrarius*, dado que Marcial decide ingresar voluntariamente en un centro de desintoxicación, con el ánimo de reparar el daño causado mediante su rehabilitación.

⁷⁵ STS de 4 de marzo de 2002 (FJ primero). También SSTS de 27 de septiembre de 1999, de 5 de mayo de 1998, de 9 de febrero de 1996 y de 31 de mayo de 1995, en relación con la exigencia de la afectación de la inimputabilidad.

⁷⁶ Ver STS de 4 de marzo de 2002 (FJ primero).

⁷⁷ STS 1245/2002, de 5 de julio (FJ único). También STS de 4 de marzo de 2002 (FJ primero).

⁷⁸ STS 203/2011, de 22 de marzo de 2011 (FJ sexto). Otras SSTS son la 809/2007, de 11 de octubre; 1323/2009, de 30 de diciembre; 702/2010, de 9 de julio. En relación con la teoría del *actus contrarius*, también cabe mencionar las SSTS 625/2001, de 9 de abril; 1237/2003, de 3 de octubre; 78/2004, de 31 de enero.

2. ANÁLISIS GLOBAL DEL COMPORTAMIENTO AGRESIVO DE MARCIAL CONTRA MARÍA Y ELISA: PRONUNCIAMIENTO ACERCA DE LA EXISTENCIA O NO DE UN DELITO DE VIOLENCIA DE DOMÉSTICA

El artículo 173.2 del CP regula el delito de violencia doméstica habitual, cuya conducta típica es el ejercicio habitual de violencia física y psíquica. Los sujetos pasivos abarcan un amplio elenco de personas, en su mayoría integrantes del núcleo familiar, entre los que se encuentran los descendientes (ya sean propios o del cónyuge, o ya sean por naturaleza, adopción o afinidad) y el cónyuge del sujeto activo, condiciones que ostentan las víctimas del presente supuesto hecho, María y Elisa.

La problemática de este delito radica en el elemento de habitualidad del tipo penal, que está constituido por cuatro características, extraídas de la redacción del artículo 173.3 del CP:

- Número de actos de violencia: el mencionado precepto no especifica el número exacto ni proporciona un criterio a seguir en este sentido. Es por ello que tanto doctrina como jurisprudencia han tenido que dar respuesta a esta laguna, que, actualmente, sigue una línea interpretativa material o concepto criminológico-social, que rechaza efectuar una mera cuantificación de los actos de violencia y considera que lo relevante para apreciar la habitualidad es que la frecuencia e intensidad de esos actos sea de la suficiente entidad como para apreciar que la víctima se halla en un “estado de agresión permanente”⁷⁹. Así, la jurisprudencia del TS entiende por habitualidad la creación de un “clima de temor” en las relaciones familiares o “un ataque contra la paz familiar creando una situación de dominación y temor”⁸⁰. Por su parte, el CGPJ se manifestaba en los términos de prescindir del concepto de habitualidad, y penar aquellos actos violentos que tengan lugar en el ámbito familiar “que alcancen la entidad suficiente como para provocar la lesión o puesta en grave riesgo de los bienes jurídicos protegidos en este tipo de infracciones”⁸¹. La Circular 4/2005 de la FGE recuerda que la doctrina jurisprudencial en este sentido ha venido poniendo de manifiesto que este delito sanciona aquellos actos que “exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes” o que “tienen como objetivo conseguir una situación de dominio que vulnera la propia personalidad de la víctima”.
- Proximidad temporal entre los actos de violencia: la jurisprudencia aprecia la existencia de esta proximidad temporal siempre que existan “agresiones cercanas”⁸². El problema se presenta aquí en determinar cuál es ese lapso temporal que ha de exigirse para considerar que las agresiones son cercanas, respecto a lo cual hay una variada casuística jurisprudencial: desde los ocho días⁸³ hasta, incluso, los tres años⁸⁴. De todas formas, no se suele apreciar la habitualidad más allá de tres años entre agresión y agresión⁸⁵. No existirá

⁷⁹ PÉREZ RIVAS, NATALIA: “El concepto de habitualidad en el delito de maltrato habitual”, *La violencia contra la mujer. Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, Ed. Tirant lo Blanch (Tirant monografías, N° 932), Valencia, 2014, pág. 291.

⁸⁰ SSTS 927/2000, de 24 de junio; 1208/2000, de 7 de julio; 1366/2000, de 7 de septiembre.

⁸¹ Informe del CGPJ de 7 de febrero de 2001.

⁸² STS 1161/2000, de 26 de junio (FJ cuarto). También SSTS 5229/2000 y 20 de diciembre de 1996.

⁸³ STS 97/2003, de 28 de febrero.

⁸⁴ SAP de Córdoba 25/1999, de 21 de abril.

⁸⁵ OLMEDO CARDENETE, MIGUEL: *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2001, pág. 107.

tal proximidad temporal cuando la pluralidad de agresiones se dé en un solo acto de violencia⁸⁶.

En todo caso, corresponderá al órgano judicial determinar en cada caso si el lapso temporal entre las agresiones permite hablar de la existencia o no de un clima de terror y perturbación de la paz familiar. A efectos orientativos, la Reunión de Fiscales de Violencia familiar celebrada en el año 2000 recoge el siguiente criterio: “no cabe negar la proximidad temporal, como regla general, entre aquellos actos violentos constitutivos de faltas distanciadas por plazo no superior a 6 meses, ni entre los actos violentos constitutivos de delito si el lapso temporal no excede de un año”⁸⁷.

- Concurrencia de diferentes sujetos pasivos: el propio precepto recoge que los actos violentos pueden recaer sobre el mismo o distintos sujetos pasivos.
- Independencia del enjuiciamiento o no de los actos violentos en procesos anteriores: el artículo 173.3 del CP ya recoge esta circunstancia afirmando tal independencia. Esta decisión del legislador no vulneraría el principio *ne bis in idem*, tal y como ya se ha explicado al principio de este capítulo. El único problema lo plantearían aquellos actos violentos en los que hayan recaído sentencias absolutorias, casos en los que, desde una posición jurisprudencial mayoritaria, se considera que no podrán ser valorados para integrar el elemento de habitualidad, por vulnerar el principio de cosa juzgada⁸⁸.

En lo que respecta a la prescripción de los actos violentos, la posición del TS se puede resumir en que “una cosa es que pueda aplicarse (...) el instituto de la prescripción a determinados hechos constitutivos de delito, y otra muy distinta que esos hechos y acciones no puedan tener la consideración de pruebas demostrativas de la habitualidad en las acciones maltratadoras”⁸⁹.

Expuestas las características del delito de violencia doméstica habitual, se procede a analizar si estas concurren en el supuesto de hecho.

En primer lugar, los actos de violencia acreditados a partir del análisis del supuesto de hecho son, siguiendo el criterio criminológico-social antes mencionado, suficientemente expresivos de ese clima de terror y de perturbación de la paz en el ambiente familiar, habida cuenta que cada vez son más violentos. Es más, a pesar de estos específicos cuatro actos de violencia analizados en el epígrafe anterior, la narrativa del supuesto de hecho da a entender que las agresiones hay una dinámica de continuidad en el maltrato de María, y luego, de Elisa, tanto físico como psicológico⁹⁰.

En segundo lugar, los lapsos de tiempo entre las cuatro agresiones acreditadas son los siguientes: entre la primera (enero de 2010) y la segunda (marzo de 2010), dos meses; entre la segunda (marzo de 2010) y la tercera (29 de septiembre de 2012), un año y medio; entre la tercera (29 de septiembre de 2012) y la cuarta (12 de octubre de 2013), un año y trece días. Es cierto que cuatro agresiones en poco más de tres años no son una frecuencia muy alta, llegando a haber un lapso de tiempo de más de un año entre los últimos actos de violencia acreditados, que se excede un tanto de los parámetros

⁸⁶ Conclusiones aprobadas en la primera reunión de fiscales encargados de los servicios de violencia familiar celebrada en Madrid los días 27 a 29 de marzo de 2000.

⁸⁷ Conclusiones aprobadas en la primera reunión de fiscales encargados de los servicios de violencia familiar celebrada en Madrid los días 27 a 29 de marzo de 2000.

⁸⁸ SSTS 60/1999, de 11 de noviembre; 805/2003, de 18 de junio; 66/2013, de 25 de enero, entre otras.

⁸⁹ STS 592/2004, de 3 de mayo. En este sentido también se expresan la STS 1664/2003 y la Circular de la FGE 1/1998, de 24 de octubre.

⁹⁰ Hay en el texto dos alusiones expresas en este sentido: “Durante el matrimonio de Marcial y María, ésta recibe varias palizas de su marido, además de un continuo maltrato psicológico” y “los comportamientos violentos de Marcial hacia María continúan”.

orientativos sentados en la Reunión de Fiscales de Violencia Familiar del 2000. No obstante, no hay que perder de vista el bien jurídico que el delito de violencia doméstica habitual protege y el hecho de que éste trasciende los meros hechos aislados, siendo lo importante que exista en el ambiente familiar una dinámica de violencia y terror⁹¹. La literalidad del supuesto de hecho da a entender que se da tal dinámica y, a pesar de que no se hayan acreditado más actos violentos que los cuatro analizados, ésta se puede probar mediante los siguientes medios⁹²:

- Acreditación judicial: se refiere a las condenas previas por delitos, de las que disponemos de una, de la que se derivó además una orden de alejamiento.
- Acreditación médica: los partes de lesiones pueden ser un medio de prueba de las agresiones sufridas por la víctima y la proximidad temporal entre las mismas. María ingresó dos veces en el hospital, las cuales, además de servir para constatar que las lesiones por las que fue ingresada fueron a consecuencia de las palizas y el maltrato de su marido, también pueden servir para comprobar la existencia de otras heridas de agresiones anteriores que no fueron ni denunciadas ni constatadas y que pueden ser indicativas de la existencia de maltrato continuo⁹³. Es más, otros indicios de maltrato pueden ser de índole social y psicológica, como puede ser el ataque de ansiedad que María sufre en su segundo ingreso en el hospital⁹⁴.
- Acreditación testifical: la declaración de la víctima o de familiares, amigos o vecinos del entorno de la misma y de su agresor pueden servir también para probar el maltrato continuo. Es más, si concurren una serie de presupuestos, el TS también admite como prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia del sospechoso de maltrato la sola declaración de la víctima⁹⁵.

En tercer lugar, concurren distintos sujetos pasivos, el cónyuge del sujeto activo y el descendiente de ambos por naturaleza, algo que el artículo 173.3 del CP permite mientras se encuentren en la lista que el apartado anterior del mismo precepto reconoce.

En cuarto lugar, fueron enjuiciados los hechos del 29 de septiembre de 2012, pero esto es indiferente, a tenor de lo dispuesto en el propio artículo 173.3 del CP.

Constatada la verificación de los cuatro requisitos para considerar que existe habitualidad en la violencia ejercida por Marcial, su conducta entre enero de 2010 y el 12 de octubre de 2013 puede ser subsumida en el delito de violencia doméstica habitual recogido en el artículo 173.2 del CP.

Por último, como algunas agresiones se producen en el domicilio conyugal, se debe aplicar la agravación del párrafo segundo del artículo 173.2 del CP.

⁹¹ Ver STS de 25 de octubre de 2006.

⁹² STS 1309/2005, de 11 de noviembre (FJ segundo).

⁹³ Estos indicios de maltrato pueden ser consultados en la siguiente obra: BUGARÍN GONZÁLEZ, ROSENDO: “Capítulo I: La violencia de género desde la perspectiva del ámbito sanitario: la asistencia en atención primaria”, *La violencia contra la mujer. Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, Ed. Tirant lo Blanch (Tirant monografías, Nº 932), Valencia, págs. 24 y 25 (subepígrafe “4.1. Lesiones físicas sospechosas de maltrato”).

⁹⁴ Estos indicios de maltrato pueden ser consultados también en la siguiente obra: BUGARÍN GONZÁLEZ, ROSENDO: “Capítulo I: La violencia de género desde la perspectiva del ámbito sanitario: la asistencia en atención primaria”, *La violencia contra la mujer. Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, Ed. Tirant lo Blanch (Tirant monografías, Nº 932), Valencia, págs. 25 a 27 (subepígrafe “4.2. Relación de la mujer con el sistema sanitario”).

⁹⁵ MAGRO SERVET, VICENTE: *Violencia Doméstica y de Género. 285 preguntas y respuestas*, Ed. Sepín, Madrid, 2007, págs. 122 y 123 (pregunta 89).

3. PENAS DE LOS DE LOS DELITOS COMETIDOS

Los delitos analizados en los dos epígrafes anteriores generan una serie de concursos entre ellos, lo que determina tal complejidad en el cálculo de la pena que se hace necesario estructurarlos de algún modo en aras de una mayor claridad. Es por ello que, a continuación, se va a hacer una lista de los delitos cometidos, teniendo en cuenta que esa lista conforma un concurso real de delitos (recuérdese que el delito de violencia doméstica habitual tiene sustantividad propia frente a los delitos a los que den lugar los actos concretos de violencia física y psíquica), en la que se van a agrupar aquellos delitos que conformen un concurso ideal:

- Delito de violencia de género (artículo 153.1 del CP).
- Tipo agravado de coacciones (artículo 172.2 del CP).
- Concurso ideal entre un delito de violencia de género (artículo 153.1 del CP) y un delito, en grado de tentativa (artículo 16.1 del CP), de lesiones al feto (artículo 157 del CP)⁹⁶, dado que ambos tipos delictivos son fruto de la lesión de dos bienes jurídicos distintos en un único acto de violencia.
- Delito de violencia doméstica ocasional (artículo 153.2 del CP).
- Delito de violencia de género (artículo 153.1 del CP), atenuado con una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP) y la circunstancia atenuante de reparación del daño causado (artículo 21.5ª del CP).
- Tipo agravado de lesiones por el resultado (artículo 149.1 del CP), atenuado con una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP) y la circunstancia atenuante de reparación del daño causado (artículo 21.5ª del CP).
- Tipo agravado de violencia doméstica habitual (artículo 173.2 del CP).

El delito de homicidio (artículo 138.1 del CP) en grado de tentativa (artículo 16.1 del CP) fruto de la agresión de la agresión del 29 de septiembre de 2012 no se integrará en el concurso real por haber sido denunciado ya por María anteriormente y que, por tanto, se presupone que fue ya enjuiciado, a falta de mención expresa.

Siguiendo esta sistemática, se efectuará el cálculo de las penas en los siguientes subepígrafes, haciendo una breve referencia al concurso real de todas ellas en el último.

Se anticipa que en ninguno de los casos de los que, a continuación, se calcula la pena, es posible la suspensión de la misma (artículo 80 del CP), debido a que Marcial, al haber sido denunciado por su esposa por la agresión del 29 de septiembre de 2012, no delinque por primera vez, requisito que exige el artículo 81.1ª del CP.

3.1. Delito de violencia de género (artículo 153.1 del CP)

Este delito se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o, alternativamente, de TBC de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años y, si el Juez o Tribunal lo estima adecuado al interés del incapaz o del menor, con la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta cinco años.

⁹⁶ GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI AISA: “El delito doloso de lesiones al feto” (Subepígrafe “Relaciones concursales”), *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

Como Marcial es el autor del delito (artículo 61 del CP), el grado de ejecución es pleno (artículo 61 del CP) y no concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal (artículo 66.1.6ª del CP), se aplicará la pena en toda su extensión.

La pena podrá ser sustituida por TBC o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. Adicionalmente, el Juez tendrá que imponer al reo la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, de observación de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª del artículo 83 del CP (artículo 88.1, párrafo tercero, del CP).

3.2. Tipo agravado de coacciones (artículo 172.2 del CP)

Este delito se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o, alternativamente, de TBC de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años y, si el Juez o Tribunal lo estima adecuado al interés del incapaz o del menor, con la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta cinco años.

Dado que Marcial es el autor del delito (artículo 61 del CP), el grado de ejecución es pleno (artículo 61 del CP) y no concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal (artículo 66.1.6ª del CP), se aplicará la pena en toda su extensión.

3.3. Concurso ideal entre un delito de violencia de género (artículo 153.1 del CP) y un delito, en grado de tentativa (artículo 16.1 del CP), de lesiones al feto (artículo 157 del CP)

El concurso ideal de delitos se resuelve aplicando la mitad superior de la pena prevista en abstracto para la infracción más grave (se cotejan las penas concretas)⁹⁷, excepto que ésta sea superior a la suma de las penas concretas de los delitos en concurso. Si se aplica la primera regla, será al resultado final de la misma a la que se le apliquen las circunstancias modificativas de la responsabilidad concurrentes. Siguiendo esta regla, a continuación se calculará el concurso ideal de delitos.

El delito de violencia de género se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o, alternativamente, de TBC de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años y, si el Juez o Tribunal lo estima adecuado al interés del incapaz o del menor, con la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta cinco años.

Dado que Marcial es el autor del delito (artículo 61 del CP), el grado de ejecución es pleno (artículo 61 del CP) y no concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal (artículo 66.1.6ª del CP), se aplicará la pena en toda su extensión.

El delito de lesiones al feto se pena con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

La autoría (artículo 61 del CP) y la no concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (artículo 66.1.6ª del CP) no modifican la extensión de la pena. Sí lo hace, en

⁹⁷ SSTS de 22 de mayo de 1993 (RJ 4248) y de 15 de enero de 2004 (RJ 2134).

cambio, el grado de ejecución en tentativa (artículo 62 del CP), elemento por el que se efectuará una rebaja en dos grados de la pena, al no haberse producido daño alguno al feto, lo que resulta en una pena de prisión de tres meses a seis meses menos un día y, en cuanto a la inhabilitación, en una pena de seis meses a un año menos un día.

Una vez calculadas las penas concretas, se procede a compararlas. Para ello hay que tener en cuenta que estamos ante penas heterogéneas, en cuyo caso es necesario acudir al catálogo de penas del artículo 33 del CP, que las clasifica en atención a su gravedad en graves, menos graves y leves. Según esta norma, la pena de privación de la patria potestad sería la más grave de todas las presentes, al ser una pena calificada como grave (artículo 33.2.j del CP), mientras que las otras mencionadas son consideradas como menos graves (artículo 33.3 del CP).

Por tanto, la pena a imponer será la prevista para el delito de violencia de género, que ahora hay que elevar a su mitad superior, resultado la siguiente pena: pena de prisión de nueve meses a un año menos un día o, alternativamente, de TBC de cincuenta y cinco días a ciento setenta y nueve días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y seis meses a tres años menos un día e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de dos años y seis meses a cinco años menos un día.

Al no superar la pena el año de duración, podrá ser sustituida por TBC o multa, atendiendo a distintos factores (artículo 88.1, párrafo primero, del CP).

3.4. Delito de homicidio (artículo 138.1 del CP) en grado de tentativa (artículo 16.1 del CP)

El delito de homicidio se castiga con una pena de prisión de diez a quince años.

La autoría (artículo 61 del CP) y la no concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (artículo 66.1.6ª del CP) no modifican la extensión de la pena. Sí lo hace, en cambio, el grado de ejecución en tentativa (artículo 62 del CP), elemento por el que se efectuará una rebaja en un grado de la pena del tipo, por considerar que el tiempo que tardó María en recuperarse y la lesión en un órgano vital son circunstancias lo suficientemente expresivas de la gravedad de la conducta de Marcial. De este modo, la pena resultante es de cinco a diez años menos un día.

3.5. Delito de violencia doméstica ocasional (artículo 153.2 del CP), atenuado por una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP) y la circunstancia atenuante de reparación del daño causado (artículo 21.5ª del CP)

Esta conducta delictiva se castiga con pena de prisión de tres meses a un año o TBC de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años y, si el Juez o Tribunal lo estima adecuado al interés del incapaz o del menor, con la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

Como Marcial es el autor del delito (artículo 61 del CP) y el grado de ejecución es pleno (artículo 61 del CP), no se aplicará por estos conceptos ninguna rebaja de la pena. En cambio, si se hará por la concurrencia de una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP), para la que el artículo 68 del CP prevé una degradación de la pena en uno o dos grados, atendiendo al número y entidad de los requisitos concurrentes y a las circunstancias personales del sujeto activo. En el supuesto de hecho no se aportan datos suficientes para conocer el grado de inimputabilidad de Marcial en el momento

de comisión del delito, pero se menciona que es drogodependiente y que decide rehabilitarse tras lo acontecido, por lo que se decide aplicar la pena inferior en dos grados, resultado una pena de prisión de veintidós días a un mes y catorce días o, alternativamente, de TBC de siete a catorce días y, en todo caso, con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a seis meses menos un día y privación de la patria potestad de un mes y quince días a tres meses menos un día.

En lo atinente a la atenuante de reparación (artículo 21.5ª del CP), no se tiene en cuenta en el cálculo de esta pena, a tenor de lo dispuesto en el artículo 68 del CP, que contempla la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 66 del CP. La regla 8ª del apartado primero establece que, una vez aplicada la pena inferior en más de un grado, los Jueces podrán moverse dentro de toda la extensión de la pena doblemente reducida.

Como la pena de prisión finalmente resultante es inferior a tres meses, en caso de optarse por la misma, se tendría que sustituir, en todo caso, por multa, TBC o localización permanente (artículo 71.2 del CP).

3.6. Delito de violencia de género (artículo 153.1 del CP), atenuado por una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP) y la circunstancia atenuante de reparación del daño causado (artículo 21.5ª del CP)

Este delito se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o, alternativamente, de TBC de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años y, si el Juez o Tribunal lo estima adecuado al interés del incapaz o del menor, con la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta cinco años.

No se modificará la extensión de la pena en atención a la autoría (artículo 61 del CP) ni al grado de ejecución (artículo 61 del CP), pero sí en cuanto a la concurrencia de una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP). En base a las explicaciones aportadas en los dos apartados anteriores, se aplicará por este concepto la pena inferior en dos grados, pero no se degradará la pena con la atenuante de reparación. Este cálculo da como resultado una pena de prisión de un mes y quince días a tres meses menos un día o, alternativamente, de TBC de siete a catorce días y, en todo caso, con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a seis meses menos un día y privación de la patria potestad de hasta cinco años.

Al resultar una pena inferior a tres meses, el artículo 71.2 del CP (en conjugación con el artículo 88.1, párrafo primero del CP) obliga a sustituir la pena por multa, TBC o localización permanente.

3.7. Tipo agravado de lesiones por el resultado (artículo 149.1 del CP), atenuado por una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP) y la circunstancia atenuante de reparación del daño causado (artículo 21.5ª del CP)

El tipo agravado de lesiones del artículo 149.1 del CP se pena con prisión de seis a doce años.

No se modificará la extensión de la pena en atención a la autoría (artículo 61 del CP) ni al grado de ejecución (artículo 61 del CP), pero sí en cuanto a la concurrencia de una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP). En base a las explicaciones aportadas en los dos apartados anteriores, se aplicará por este concepto la pena inferior en dos grados, pero no se degradará la pena con la

atenuante de reparación. Este cálculo da como resultado una pena de prisión de un año y seis meses a tres años menos un día.

En caso de que la pena final de prisión no exceda de un año, podrá ser sustituida por TBC o multa, atendiendo a diversos factores (artículo 88.1, párrafo primero, del CP). En cambio, si la pena no llegase a superar los dos años, al no ser Marcial reincidente (de los datos del supuesto de hecho no se infiere tal circunstancia), podría conmutarse por multa o por multa y TBC, si se considerase que su entrada en prisión fuese contraproducente para los fines de prevención y reinserción social (artículo 88.1, párrafo segundo, del CP).

3.8. Tipo agravado de violencia doméstica habitual (artículo 173.2 del CP)

La violencia doméstica habitual se pena con prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, si el Juez o Tribunal lo estima adecuado al interés del incapaz o del menor, con la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de uno a cinco años. La agravación de este tipo penal supone la elevación de la pena en su mitad superior, lo que resulta en pena de prisión de un año y nueve meses a tres años menos un día, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres años y seis meses a cinco años y privación de la patria potestad de tres a cinco años.

En caso de que la pena final de prisión no exceda de un año, podrá ser sustituida por TBC o multa, atendiendo a diversos factores (artículo 88.1, párrafo primero, del CP). En cambio, si la pena no llegase a superar los dos años, al no ser Marcial reincidente (de los datos del supuesto de hecho no se infiere tal circunstancia), podría conmutarse por multa o por multa y TBC, si se considerase que su entrada en prisión fuese contraproducente para los fines de prevención y reinserción social (artículo 88.1, párrafo segundo, del CP).

3.9. Concurso real

Las penas heterogéneas no pueden ser cumplidas simultáneamente, como exige el artículo 73 del CP, por lo que habrá de seguirse el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo (artículo 75 del CP).

Hay que advertir que el artículo 76 del CP establece una serie de límites cuantitativos, para cuya comprobación es necesario tomar las penas concretas de los delitos en cuestión⁹⁸. De este modo, si el tiempo total, al sumar las penas concretas, excede del triple del límite superior de la pena en abstracto más grave, ese excedente no integrará el tiempo de cumplimiento efectivo de la pena. Además, este límite no puede superar los veinte años, salvo ciertas excepciones que, en este caso, no se dan.

Como la fijación de la pena concreta es un trabajo que compete al órgano judicial correspondiente y no se dispone tampoco de esa información, no se puede llevar a cabo el cálculo de la pena total que Marcial tendría que cumplir.

⁹⁸ SSTS de 30 de noviembre de 1996 (RJ 8682), de 4 de julio de 2000 (RJ 6822), de 8 de noviembre de 2000 (RJ 8712), 26 de octubre de 2001 (RJ 9620) y 11 de marzo de 2004 (RJ 1326).

4. ASPECTOS PROCESALES⁹⁹

4.1. Órganos judiciales competentes para instruir y juzgar los delitos cometidos por Marcial contra María y Elisa

No todas las agresiones planteadas en el supuesto de hecho se van a instruir y juzgar a la vez, pues, como ya se advirtió, María denunció anteriormente la paliza del 29 de septiembre de 2012, por lo que, en orden a determinar qué órganos judiciales son objetivamente competentes, se fijará primero la competencia respecto de esta agresión y, luego, respecto del resto, que, como también ya se mencionó, integrarían un concurso real de delitos.

El intento de homicidio perpetrado por Marcial el 29 de septiembre de 2012 será instruido por un JVM, dado que concurren el requisito subjetivo y el objetivo para que éste órgano instruya el caso, en relación con hechos pertenecientes al orden penal (artículo 87 ter.1.a de la LOPJ). Por un lado, la víctima es uno de los sujetos pasivos que prevé la norma: la esposa del agresor. Por otro lado, el delito cometido contra ella pertenece al catálogo de los que instruye el JVM: un delito relativo al homicidio.

En cuanto a su enjuiciamiento, el artículo 82.1.1º de la LOPJ dispone, como una de las competencias de la AP, conocer de las causas por delito, salvo aquellas que estén atribuidas al JP. El artículo 89 bis.2, respecto del JP, dispone que sus competencias consistirán en el enjuiciamiento de las causas por delito que la ley determine. El artículo 14, apartados 3 y 4, de la LECRIM resuelve este dilema otorgando el conocimiento de causas por delito cuya pena en abstracto, siendo de prisión, supere los cinco años, a la AP y, en caso contrario, al Juzgado de lo Penal. En el caso planteado, el delito de homicidio está castigado, en abstracto, con una pena de entre diez y quince años de prisión (artículo 138.1 del CP), por lo que su enjuiciamiento correspondería a la AP (no correspondería al TJ porque éste conoce de los delitos de homicidio y sus correspondientes tipos agravados, siempre que estén consumados –artículos 1.2.a y 5.1, último inciso, de LOTJ-, no siendo éste el caso).

El órgano instructor del concurso de delitos de violencia doméstica habitual con los derivados de los distintos actos de violencia no juzgados es también el JVM. En lo que respecta al ámbito subjetivo, los sujetos pasivos integran los previstos en el artículo 87 ter.1.a de la LOPJ (esposa y descendiente del sujeto activo), pudiendo ser instruidos en el segundo caso “cuando también se haya producido un acto de violencia de género”, entendiendo como tal aquellas agresiones que se hayan producido en el mismo acto que el de la violencia de género (como es el caso) o que, incluso, correspondan a un acto distinto, pero que existan ya precedentes de violencia de género¹⁰⁰. En lo que atañe al ámbito objetivo, todos los delitos del concurso real integran la lista prevista en el precepto: lesiones (delitos de violencia de género del artículo 153, apartados 1 y 2, del CP, así como tipos agravados de lesiones de los artículos 148.4º y 149.1 del CP), lesiones al feto, delito contra la libertad (el tipo agravado de coacciones del artículo 172.2 del CP) y delito contra la integridad moral (delito de violencia doméstica habitual).

⁹⁹ La redacción de la LOPJ empleada en este epígrafe es la de 29 de junio de 2013, mientras que la de la LECRIM es la de 23 de febrero de 2013 (se usan estas redacciones en base a la hipótesis de que María denuncie a Marcial tras la última agresión).

¹⁰⁰ Interpretación extensiva derivada de lo dispuesto en los artículos 1.3 y 44 de la LOMPIVG (MAGRO SERVET, VICENTE: *Violencia Doméstica y de Género. 285 preguntas y respuestas*, Ed. Sepín, Madrid, 2007, pág. 172 (pregunta 114.a)).

Es interesante mencionar en este caso que el JVM territorialmente competente será el del domicilio de la víctima (artículo 15 bis de la LECRIM).

Además, en este caso será preceptiva la adopción de una orden de protección, por tratarse de un caso de violencia doméstica en el que existen indicios fundados de la comisión de delitos contra la vida, la integridad física, la integridad moral y la libertad, contra la esposa del sujeto activo (artículos 13 y 544 ter.1 de la LECRIM). Corresponde al JVM adoptar esta orden de protección (artículos 87 ter.1.c de la LOPJ y 14.5.c de la LECRIM).

Estos delitos son conexos en virtud de la regla contenida en el artículo 17.5º de la LECRIM, por lo que han de ser enjuiciados en el mismo procedimiento (artículo 300 de la LECRIM), lo que supone el enjuiciamiento bajo el mismo órgano judicial. En este caso, como hay un delito que supera los cinco años de pena privativa de libertad (el tipo agravado de lesiones por el resultado), se considera que el enjuiciamiento corresponderá a la AP (artículos 14, apartados 3 y 4, de la LECRIM)¹⁰¹.

4.2. Procedimiento penal

La tentativa de homicidio seguirá el procedimiento ordinario, por superar este tipo penal los nueve años de pena privativa de libertad (artículo 757 de la LECRIM, en una interpretación *a sensu contrario*).

En cuanto al concurso real, existe un delito entre ellos cuyo castigo supera los nueve años (el tipo agravado de lesiones por el resultado) y que por tanto su enjuiciamiento se sustanciaría por los trámites del procedimiento ordinario (artículo 757 de la LECRIM, en una interpretación *a sensu contrario*). No obstante, el resto de los delitos en concurso con éste, al existir una relación de conexidad entre ellos, deberán seguir también este procedimiento (artículo 300 de la LECRIM).

CAPÍTULO III: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA VUELTA A LA CONVIVENCIA ENTRE MARÍA Y MARCIAL¹⁰²

1. DEITO COMETIDO: QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR

El incumplimiento de una medida cautelar¹⁰³ está sancionado por el artículo 468 del CP como un delito de quebrantamiento de medida cautelar, que está constituido por los siguientes elementos¹⁰⁴:

- El normativo: tiene que existir una prohibición judicial previa a quebrantar. Así es en el supuesto de hecho, en donde se menciona expresamente que la orden de alejamiento sigue vigente cuando Marcial aparece en el domicilio conyugal y se reanuda la convivencia.

¹⁰¹ A título de ejemplo, en la SAP de Barcelona 752/2005, de 12 de julio, se juzgan un delito de intento de homicidio (que sí supera los cinco años de prisión –artículo 138.1 del CP-), un delito de abusos sexuales (que no supera los cinco años de prisión –artículo 181.1 del CP-) y un delito de amenazas condicionales (que no supera los cinco años de prisión –artículo 169.1º del CP-).

¹⁰² La redacción del CP empleada en este capítulo es la de 29 de enero de 2011, dado que los hechos se producen en el mes de diciembre de 2012. Podría emplearse también la del 28 de diciembre de 2012, en función de la concreta fecha en que se produjesen los hechos (dato que se desconoce), pero, en todo caso, no supone esto ningún problema puesto que la redacción del precepto empleado no varía de una a otra versión.

¹⁰³ Se entiende que la orden de alejamiento a la que el supuesto de hecho hace referencia es una medida cautelar, dado que se ha otorgado con la denuncia, sin haberse celebrado todavía el juicio y a solicitud de la propia víctima (artículo 544 ter de la LECRIM).

¹⁰⁴ DE LA RÚA NAVARRO, JORGE: *El delito de quebrantamiento de condena y medida cautelar. Provocación de la víctima*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

- El objetivo o material: se refiere a la conducta descrita en el tipo penal de quebrantar la prohibición judicial establecida. Esto es lo que sucede en el caso planteado, en el que Marcial reanuda la convivencia con María, a pesar de la existencia de la medida cautelar.
- El subjetivo: es el ánimo de hacer ineficaz la medida, lo que conlleva que el sujeto activo ha de saber que hay una medida impuesta contra él y que quiere burlarla. Marcial necesariamente ha de saber que hay una orden de alejamiento contra él, ya que ésta existe en el momento del acercamiento a María, lo que no podría ser posible sin un previo procedimiento para su aprobación en el que se requiere la participación del agresor (artículo 544 ter.4 de la LECRIM).

Como concurren estos tres elementos en el supuesto de hecho, se considera a Marcial autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar. Además, dado que la protegida por la medida es una de las personas recogidas en el artículo 173.2 del CP (su cónyuge y podría añadirse también a su hija, si ésta estaba incluida también en el ámbito subjetivo de la medida) y que la medida consiste en una orden de alejamiento (consistente en una prohibición similar a la contenida en las penas del artículo 48 del CP), el apartado segundo del citado precepto prevé, al contrario que en el tipo básico, que al quebrantador se le aplique, en todo caso, la pena de prisión.

2. PROBLEMAS DERIVADOS DEL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA

Aunque, del tenor literal del supuesto, se deduce que Marcial acude al domicilio conyugal, quebrantando así la orden de alejamiento contra él, sin ser invitado por María, se menciona también textualmente que retoman la convivencia. Ello indica que hay un acuerdo mutuo en la reanudación de la misma. Tampoco se señala que haya un comportamiento violento por parte de Marcial para volver a vivir con María, lo que supondría la existencia de coacciones.

Es por todo ello que se considera que existe consentimiento libre y voluntario por parte de María en lo que a la reanudación de la convivencia con Marcial se refiere.

2.1. Punibilidad del delito de quebrantamiento de medida cautelar

El primer problema que plantea el quebrantamiento de medida cautelar consentido es si la anuencia de la víctima da lugar a la absolución del quebrantador. La jurisprudencia ha ido evolucionando desde una posición afirmativa¹⁰⁵ a esta cuestión hasta alcanzar, en la actualidad, una postura negativa, desde que el TS proclamó, en uno de sus Acuerdos, que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 del Código Penal”¹⁰⁶.

2.2. Responsabilidad criminal de la víctima que consiente

La cuestión de si la víctima se convierte en coautora del delito de quebrantamiento al consentir el acercamiento por parte del agresor no es pacífica en la jurisprudencia, en especial en la menor, prestándose bastante a la casuística, sobre todo en aquellos casos en que es la víctima la que toma la

¹⁰⁵ Las SSTs 1156/2005, de 26 de septiembre; 69/2006, de 20 de enero; 10/2007, de 19 de enero; 775/2007, de 28 de septiembre; 39/2009, de 29 de enero reflejan esta evolución gradual de la doctrina del TS en este sentido.

¹⁰⁶ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 noviembre 2008. Los argumentos jurídicos a favor de dicha postura han sido desarrollados en las SSTs 39/2009, de 29 de enero; 654/2009, de 8 de junio; 349/2009, de 30 de marzo.

iniciativa¹⁰⁷. Sin embargo, la posición mayoritaria en relación a este problema es la de considerar que la víctima no tiene responsabilidad criminal en el quebrantamiento de la medida cautelar¹⁰⁸.

Tres argumentos jurídicos a destacar en este sentido son que la víctima no puede cometer el quebrantamiento, dado que ella no es la destinataria de la medida cautelar; que la víctima, por tanto, no tiene limitada su libertad para acercarse a otras personas; y que el acercamiento del destinatario de la prohibición judicial a la persona o lugar establecido en la medida cautelar es acción suficiente para consumir el tipo penal contenido en el artículo 468 del CP.

Puesto que la posición mayoritaria es la de penar a la víctima en estos casos, se determina que María no es coautora del delito de quebrantamiento de medida cautelar. Es más, hay dos elementos más que vienen a reforzar esta posición:

- Por un lado, el hecho de que se considere ya consumado el tipo penal con el acercamiento del agresor a la persona que está bajo protección de la medida cautelar. Esto sucede en el supuesto planteado, en el que Marcial se presenta sin previo aviso en el domicilio conyugal, en el que viven María y su hija, y sin mediar petición alguna a María, la víctima.
- Por otro lado, no estamos ante uno de esos casos en los que es la víctima quien decide ir al encuentro de su agresor, en los cuales la casuística es más variada.

3. PENA DEL DELITO COMETIDO

El quebrantamiento de una medida cautelar de contenido similar a las penas previstas en el artículo 48 del CP y cuyo sujeto o sujetos objeto de protección se encuentren entre los referidos en el artículo 173.2 del CP se castiga con prisión de seis meses a un año.

Como Marcial es el autor del delito (artículo 61 del CP), el grado de ejecución es pleno (artículo 61 del CP) y no concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal (artículo 66.1.6ª del CP), se aplicará la pena en toda su extensión.

Dependiendo de la pena de prisión que finalmente se imponga, cabrá una sustitución de la pena por TBC, multa o localización permanente (en caso de que la pena no exceda de seis meses), o por TBC o multa (en caso de que la pena no exceda de un año), atendiendo a una serie de elementos. También podrán imponerse una o varias obligaciones de las recogidas en el artículo 83 del CP, en el supuesto de no haberse establecido como penas en la sentencia condenatoria, sin que puedan sobrepasar la duración de la pena sustituida (artículo 88.1, párrafo primero, del CP).

¹⁰⁷ Así, por ejemplo, en un Auto de la AP de Madrid de diciembre de 2010, no se considera la concurrencia de responsabilidad criminal en la víctima, a pesar de que ésta le mandaba mensajes a través de las redes sociales a su agresor y lo esperaba en el portal de su casa. En cambio, en el supuesto planteado en el Auto del TS de 28 de enero de 2010, en el que la víctima consiente en volver a convivir con su agresor y éste aprovecha para abusar sexualmente de la hija (que también estaba bajo la protección de la orden de alejamiento), sí se le otorga responsabilidad criminal.

¹⁰⁸ DE LA RÚA NAVARRO, JORGE: El delito de quebrantamiento de condena y medida cautelar. Provocación de la víctima, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.

Ver SSTs 755/2009, de 13 julio, y 1065/2010, de 26 noviembre.

4. ASPECTOS PROCESALES¹⁰⁹

4.1. Órganos judiciales competentes para instruir y juzgar el delito cometido por Marcial

Para determinar qué órgano instruirá este caso, es preciso, en primer lugar, determinar cuál de los dos órganos que suelen conocer de los delitos para su enjuiciamiento, el JP y la AP, es el indicado para este supuesto. El artículo 82.1.1º de la LOPJ establece, como una de las competencias de la AP, conocer de las causas por delito, salvo aquellas que estén atribuidas al JP. El artículo 89 bis.2, respecto del JP, dispone que sus competencias consistirán en el enjuiciamiento de las causas por delito que la ley determine. El artículo 14, apartados 3 y 4, de la LECRIM resuelve este dilema otorgando el conocimiento de causas por delito cuya pena en abstracto, siendo de prisión, supere los cinco años, a la AP y, en caso contrario, al Juzgado de lo Penal. El quebrantamiento de medida cautelar está penado, en abstracto, con prisión inferior a los cinco años, por lo que su enjuiciamiento será competencia del JP.

Por tanto, la instrucción del procedimiento en este supuesto correspondería al JPI, puesto que este órgano judicial conoce de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a la AP o al JP, como es el caso (artículo 87.1.a de la LOPJ).

4.2. Procedimiento penal

La pena impuesta por el CP al quebrantamiento de medida cautelar es una pena privativa de libertad que no supera los nueve años, presupuesto que la hace enjuiciable a través del procedimiento abreviado (artículo 757 de la LECRIM).

¹⁰⁹ La redacción de la LOPJ empleada en este epígrafe es la de 29 de junio de 2013, mientras que la de la LECRIM es la de 23 de febrero de 2013 (se usan estas redacciones en base a la hipótesis de que María denuncie a Marcial tras la última agresión, dado que, aunque el quebrantamiento de medida cautelar se produce en diciembre de 2012, María todavía convive con Marcial hasta el 12 de octubre de 2013).

BLOQUE II: DERECHO CIVIL

La aplicación del Derecho Civil se encuentra con la problemática de la existencia de varias Leyes de Derecho Civil en todo el territorio nacional, propias de los distintos territorios que lo integran. La aplicación de una u otra norma a un sujeto dependen de su vecindad civil (artículo 14.1 del CC).

En el supuesto de hecho no se aportan suficientes datos para determinar la vecindad civil de los sujetos implicados en las cuestiones jurídico-civiles que se plantean. En este caso, se opta por aplicar las normas correspondientes a la vecindad civil común, esto es, el CC, debido a dos razones: en primer lugar, se hace inoperante la aplicación de todas las leyes correspondientes a todas las vecindades civiles existentes en España al ser el espacio de este trabajo limitado; en segundo lugar, se escoge la vecindad civil común por ser el CC de aplicación subsidiaria respecto de las demás Leyes especiales de Derecho Civil (artículo 13.2 del CC).

CAPÍTULO I: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DESAPARICIÓN DE MANOLO¹¹⁰

1. DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO Y SUS EFECTOS

La declaración de fallecimiento constituye un sustituto legal cuando no se puede dar fe cierta de ella, por haber desaparecido el sujeto y desconocerse cuál ha sido su suerte¹¹¹. No tiene por qué ir precedido de una previa declaración de ausencia legal (artículo 2042, párrafo primero, de la LEC/1881¹¹²).

Estos supuestos son los recogidos en los artículos 193 y 194 del CC, cuyo rasgo característico es la desaparición del sujeto en una situación de peligro para la vida. En concreto, el caso de Manolo se encuadra en la desaparición durante el naufragio de una nave (artículo 194. Segundo del CC). Para dicha situación, el CC prevé el transcurso de un plazo de tres meses, contados a partir desde la comprobación del naufragio o desde la desaparición del buque sin noticias del mismo, para que proceda la declaración de fallecimiento del sujeto en cuestión.

En el supuesto de hecho, el naufragio se produce el 30 de junio de 2007, del cual se presupone que hubo noticia, dado que María sobrevivió al mismo. Aplicando la regla enunciada en el párrafo anterior, la declaración de fallecimiento de Manolo ha de tener lugar el 30 de septiembre de 2007.

Una vez fijada la fecha de la declaración de fallecimiento, se procederá en los subepígrafes siguientes a determinar los efectos, tanto personales como patrimoniales, de dicha declaración.

¹¹⁰Se aplica en este capítulo la redacción del CC del 29 de noviembre de 2005, dado que el hecho desencadenante de la declaración de fallecimiento y de sus consustanciales efectos jurídicos tiene lugar el 30 de junio de 2007.

¹¹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, Madrid, 2011, págs. 77 a 80.

¹¹² Se aplica la LEC/1881 dado que la LEC aplicable a los hechos (que tienen lugar el 30 de junio de 2007) sería la correspondiente a la redacción publicada el 23 de marzo de 2007, cuya Disposición Derogatoria Única mantiene la vigencia de los preceptos de la LEC/1881 relativos a la Jurisdicción Voluntaria (artículos 2032 y siguientes), en tanto no se apruebe una Ley específica. Como dicha Ley no se aprobará hasta 2015 y los hechos transcurren en 2007, se aplica la LEC/1881 en lo relativo a la declaración de fallecimiento (que es un procedimiento de Jurisdicción Voluntaria).

1.1. Efectos personales de la declaración de fallecimiento de Manolo

Los efectos de índole personal de la declaración de fallecimiento de Manolo tienen que ver que con su matrimonio con María. Respecto a esta cuestión, el artículo 85 del CC señala, como una de las causas de disolución del matrimonio, la declaración de fallecimiento de cualquiera de los dos cónyuges. Por tanto, una vez efectuada ésta, el matrimonio entre Manolo y María quedará disuelto.

También hay que apuntar que, al quedar disuelto dicho matrimonio, el posterior matrimonio de María con Marcial goza de plena validez. Así, el artículo 46.2º del CC exige, como requisito para contraer matrimonio, no estar ligado con vínculo matrimonial a otra persona, mientras que el artículo 73.2º del CC declara nulo el matrimonio llevado a cabo existiendo tal circunstancia. Sin embargo, el previo matrimonio de María con Manolo queda disuelto a partir de la declaración de fallecimiento del segundo el 30 de septiembre de 2007, momento a partir del cual, María ya no está impedida para casarse por esta causa. El matrimonio con Marcial tiene lugar el 17 de agosto de 2009, fecha posterior a la declaración de fallecimiento del anterior cónyuge de María, por lo que es perfectamente válido.

1.2. Efectos patrimoniales de la declaración de fallecimiento de Manolo

El efecto patrimonial de la declaración de fallecimiento por excelencia es la apertura de la sucesión de los bienes del declarado fallecido (artículo 196 del CC).

En el caso planteado, se dice expresamente que María queda como heredera universal de Manolo, lo que sugiere dos alternativas acerca de cómo fue la sucesión:

- a) En caso de que hubiese sido intestada, los descendientes y ascendientes de Manolo (legitimarios –ver artículo 807 del CC-) tendrían o bien que no existir, o bien no concurrir en ellos los presupuestos necesarios para la sucesión (artículos 744 y siguientes del CC, en relación con la capacidad, tanto absoluta como relativa, para suceder). Ello es así puesto que, en la sucesión intestada, heredan, antes que el cónyuge del causante, sus parientes de la línea recta descendente (hijos y nietos, por ejemplo) (artículo 930 del CC) y sus ascendientes (por ejemplo, padres y abuelos) (artículo 935 CC). En caso de que no haya ninguno de estos parientes, es cuando el cónyuge sucede al difunto en todos sus bienes (artículo 944 del CC), mientras no esté separado judicialmente o de hecho (artículo 945 del CC). En el supuesto no se menciona que María y Manolo estén separados judicialmente o de hecho, por lo que ésta podría ser una alternativa de sucesión a Manolo por parte de María.
- b) En caso de que hubiese sido testada, María sería heredera universal de todos los bienes de Manolo si éste la nombró como tal (artículos 658 y 667 del CC), siempre que concurren todos los requisitos previstos por el CC para el testamento (artículos 662 y siguientes del CC) y que no haya legitimarios en la sucesión (ya sea, como en el caso anterior, porque no existen o por el motivo de que son incapaces absolutos o relativos para suceder en virtud de los artículos 744 y siguientes del CC), dado que, en ese caso, el testador no puede disponer de la parte de la herencia reservada a éstos (artículo 806 del CC). Por ello, para que María pueda heredar todos los bienes de Manolo en caso de sucesión testada, no tendrían que existir ni descendientes ni ascendientes o, en caso de que sí los hubiese, no concudiesen en ellos los presupuestos necesarios para suceder, al igual que en la hipótesis anterior.

Hay que tener en cuenta que el CC prohíbe a los herederos disponer a título gratuito de los bienes heredados y que se entreguen los legados durante los cinco primeros años tras la declaración de

fallecimiento, salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador o los legados en favor de Instituciones de beneficencia (artículo 196, párrafos segundo y tercero). En lo referente al caso, a pesar de que se desconoce la fecha en que María efectuó los negocios jurídicos con Eustaquio y con Miriam, no se estaría incumpliendo esta previsión, puesto que éstos son sendas compraventas en las que María ha transmitido los inmuebles a cambio de sus respectivos precios, tratándose, por tanto, de negocios jurídicos onerosos.

2. ASPECTOS PROCESALES

2.1. Órgano judicial competente para efectuar la declaración de fallecimiento

El órgano judicial objetivamente competente para conocer de la solicitud de declaración de fallecimiento sería el JPIt por tratarse de un asunto de jurisdicción voluntaria (artículo 85.2 de la LEC¹¹³).

2.2. Procedimiento civil

Se seguirán los trámites del juicio verbal, en base a lo dispuesto por el artículo 2032 de la LEC/1881¹¹⁴. Hay que señalar que se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (artículo 2031 de la LEC/1881).

La legitimación para solicitar la declaración de fallecimiento corresponde a las partes interesadas¹¹⁵ o al MF (artículo 2042, párrafo primero, de la LEC/1881). El solicitante habrá de aportar todas las pruebas necesarias para determinar si concurren los requisitos exigidos por los artículos 193 y 194 del CC y el Juez competente podrá practicar también de oficio las que considere necesarias (artículo 2042, párrafos primero y segundo, de la LEC/881).

Además, tendrá que publicarse en el Registro Central de Ausentes la declaración de fallecimiento, junto con la fecha, el lugar y el Notario autorizante de descripción o inventario de los bienes del declarado fallecido, así como las correspondientes escrituras de partición y adjudicación realizadas en virtud de la declaración de fallecimiento o, en su caso, las actas de protocolización de los cuadernos particionales (artículos 198, apartados segundo y sexto, del CC y 2047 de la LEC/1881).

CAPÍTULO II: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REPARICIÓN DE MANOLO¹¹⁶

1. EFECTOS PERSONALES DE LA REPARICIÓN DE MANOLO

A pesar de que ni CC ni ninguna otra norma regulan los efectos de la reaparición del declarado fallecido sobre el matrimonio anterior a dicha desaparición, la doctrina coincide en que, una vez disuelto éste con la declaración de fallecimiento, ya no existe, aunque el declarado fallecido vuelva

¹¹³ Se aplica la redacción publicada el 4 de julio del 2007, por ser procedente la declaración de fallecimiento a partir del 30 de septiembre de 2007.

¹¹⁴ Ver cita 112.

¹¹⁵ La declaración de fallecimiento puede ser solicitada por cualquier persona que tenga un interés que, de cualquier modo, esté subordinado al hecho presuntivo de la muerte del ausente (STS 7 de julio de 1932).

¹¹⁶ Se aplica en este capítulo la redacción del CC de 14 de noviembre de 2012, dado que el hecho desencadenante de todos los efectos jurídicos que se expondrán a continuación son producto de un hecho que se produce el 3 de enero de 2014.

a aparecer¹¹⁷. Por ello, Manolo no tendría que llevar a cabo ninguna acción para disolver su matrimonio con María.

Si el reaparecido quisiese retomar la convivencia bajo la forma matrimonial con el que era su cónyuge antes de la desaparición, tendría que volver a contraer nupcias con esa persona¹¹⁸.

A su vez y, como consecuencia de la disolución del matrimonio, se producen los efectos normales derivados de la misma como la disolución de la sociedad de gananciales o del régimen de participación, la extinción de la patria potestad o extramatrimonialidad de los hijos.

2. EFECTOS PATRIMONIALES DE LA REAPARICIÓN DE MANOLO

El efecto patrimonial que tiene lugar con la declaración de fallecimiento es la apertura de la sucesión hereditaria. Así pues, la transmisión de los bienes y derechos de una persona se produce *mortis causa*, esto es, es necesario que se produzca la muerte, o, en su caso, la declaración de fallecimiento (artículos 657 y 196 del CC).

En el caso de la declaración de fallecimiento no hay una certeza total y absoluta de la muerte del causante, sino que se lleva a cabo una presunción de la defunción atendiendo a las circunstancias de peligro para la vida en las que la persona desaparece y al tiempo transcurrido sin noticias de la misma. Esta presunción se equipara al fallecimiento de una persona a todos los efectos.

El problema aparece cuando, como en el presente supuesto de hecho, el declarado fallecido reaparece. En lo referente a los efectos personales, como ya se ha expuesto en el epígrafe anterior, no se plantea ninguna dificultad. Lo realmente problemático se plantea en el terreno patrimonial, dado que la causa que motivó la apertura de la sucesión no existe o, en otras palabras, el causante no está muerto y, por tanto, todos los bienes que sus herederos han adquirido siguen siendo suyos.

Sin embargo, esos bienes y derechos que los herederos adquirieron en su día pueden no estar ya en su poder, por el mero hecho, como sucede en el supuesto de hecho, que se hayan vendido o, en el caso del dinero, que se haya gastado.

En lo atinente al dinero que María se ha gastado de la cuenta bancaria, Manolo se tendrá que conformar con lo que reste en la misma. Ello es así dado que, en caso de reaparición, el artículo 197 del CC prevé que el reaparecido tendrá derecho a recuperar sus bienes en el estado en el que se encuentren.

De esta manera, de los 15000 euros restantes de la cuenta de Abanca, como ésta era en común, Manolo sólo podrá recuperar la parte que le corresponda. Como la propiedad de dicha cuenta corriente corresponde tanto a María como a Manolo, existe una copropiedad sobre la misma (artículo 394 del CC), a la que se aplicarán las normas contenidas en el Título III del Libro II del

¹¹⁷ LÓPEZ LÓPEZ; MONTÉS PENALDÉS; CAPILLA RONCERO; ROCA TRÍAS; VALPUESTA FERNÁNDEZ: “Disolución del matrimonio por declaración de fallecimiento” (Epígrafe: 2.4.27), *Derecho Civil. Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, 3ª edición.

RAMS ALBESA, JOAQUÍN; MORENO MARTÍNEZ, JUAN ANTONIO: *El régimen económico del matrimonio (comentarios al Código Civil especial Consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 531.

¹¹⁸ LÓPEZ LÓPEZ; MONTÉS PENALDÉS; CAPILLA RONCERO; ROCA TRÍAS; VALPUESTA FERNÁNDEZ: “Disolución del matrimonio por declaración de fallecimiento” (Epígrafe: 2.4.27), *Derecho Civil. Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, 3ª edición.

CC, por no existir contratos o disposiciones especiales al respecto. De esta manera, se prevé que “El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas” y que, en caso de que no se pruebe lo contrario, dichas cuotas se presumirán iguales (artículo 395 del CC). En base a este precepto, como no se aporta en el supuesto planteado dato alguno en este sentido, Manolo tendría una participación en la cuenta corriente de un 50 %, por lo que le corresponderá la mitad de lo que haya en la cuenta, es decir, 7500 euros.

En lo que a la venta de los inmuebles se refiere, cabe destacar que nos hallamos ante una venta de cosa ajena, dado que, al no existir la causa que motivó la apertura de la sucesión, esos bienes que se vendieron seguían perteneciendo a Manolo. La venta de una cosa sin ser su dueño conlleva a que no se transmita la propiedad de la misma al adquirente, en base al principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* (“no se puede transmitir más de lo que se tiene”)¹¹⁹. Ello implica que, de alguna manera, María tendría que regularizar la situación: o bien conseguir que Manolo recuperase la propiedad de los inmuebles, o bien que éste se lo vendiese a Eustaquio y a Miriam. Si no se consiguiese realizar ninguna de las dos opciones, María tendría que indemnizar los daños y perjuicios correspondientes a Eustaquio y Miriam (artículos 1101 y 1106 del CC) por incumplimiento de contrato (artículo 1124 del CC).

Sin embargo, el Derecho protege al tercero adquirente de buena fe en las adquisiciones *a non domino*¹²⁰ (en concreto, en el caso de los bienes inmuebles, dicha regulación se contiene en el artículo 34 de la LH). En estos casos, se los mantiene en la propiedad de la cosa adquirida, en virtud del principio de la fe pública registral¹²¹, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

- Adquisición a título oneroso: tanto la compraventa llevada a cabo por Eustaquio, como la realizada por María son onerosas, dado que pagan un precio en metálico por la adquisición de los respectivos inmuebles.
- Adquisición del inmueble por un tercero de buena fe, la cual se presume mientras no se pruebe que sabía que éste pertenecía a otra persona. En este caso, no era posible que Eustaquio ni Miriam supiesen que el inmueble pertenecía a Manolo, y no a María, dado que, como se desprende de la literalidad del supuesto de hecho, este dato no se conoce hasta el día en que éste aparece, suceso posterior a las compraventas. Hasta entonces, María era la propietaria, a todos los efectos, de los bienes y derechos de Manolo, en virtud de los efectos patrimoniales desplegados por la declaración de fallecimiento de éste.
- Inscripción del inmueble en el RP, verificada en base a un negocio jurídico válido. Se entiende que, si María era la heredera universal de Manolo, se procedió, tras el oportuno

¹¹⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: *Manual de Derecho Civil. Contratos*, Ed. Bercal S.A., Madrid, 2011, 3ª edición, págs. 102 y 103.

¹²⁰ “Tomando por base ideas de Mengoni, podemos decir que hay AND concurriendo ciertas circunstancias cuando la norma jurídica estima eficaz, en beneficio del tercero, un acto de disposición realizado por un sujeto que no está legitimado para esto y que lo celebra sin subordinar su eficacia a la adquisición de la titularidad, del derecho mismo” (FONT BORX, VICENTE: “La adquisición a *non domino*”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* N° 463 (Noviembre-Diciembre de 1967), pág. 1607.

¹²¹ “El principio de exactitud, que tiene un alcance de presunción *iuris tantum* cuando se refiere a la legitimidad del titular registral, se convierte en *iuris et de iure* cuando se dan los presupuestos de la fe pública. La misma, que se formula también como principio inspirador de nuestro Derecho, supone el mayor grado de protección que puede deparar el Registro, pues hace inatacable la posición del titular que adquiere un derecho con base en lo publicado en sus asientos, con lo que se puede llegar a consolidar una adquisición *a non domino*, fundada exclusivamente en la publicidad registral. Constituye ésta una respuesta, la más importante, a los supuestos patológicos de discordancia entre el Registro y la realidad, que se resuelve definitivamente a favor del primero” (VALPUESTA FERNÁNDEZ: “La fe pública registral: concepto” (Epígrafe 495), *Derechos reales. Derecho inmobiliario registral*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

proceso de sucesión y para concluir este, a la transmisión de los inmuebles mediante la inscripción a su nombre de los mismos.

También hay que tener en cuenta la cuestión de la validez de una venta de cosa ajena¹²². Ésta se presta bastante a la casuística y puede ser nula o anulable por razones varias, como pueden ser la nulidad por dolo¹²³, la nulidad por error en el consentimiento¹²⁴, la nulidad por falta de objeto¹²⁵, la nulidad por ilicitud de la causa¹²⁶, la nulidad por falta de título del vendedor¹²⁷ o la nulidad por anulación del derecho del transmitente¹²⁸. A pesar de ello, cabe señalar que, por lo general, la venta de cosa ajena se suele considerar válida¹²⁹. Además, la literalidad del supuesto de hecho no permite inferir la concurrencia de ningún elemento anómalo que haga suponer la existencia de alguna de estas causas de nulidad o anulabilidad, como podría ser, por ejemplo, que el vendedor (María) o los compradores (Eustaquio y Miriam) supiesen que el propietario de los bienes vendidos (Manolo) estaba vivo.

De hecho, en estos supuestos, el artículo 197 del CC restringe el problema a una cuestión a resolver entre el reaparecido y los que, en su día, fueron sus herederos, estableciendo que éste tendrá derecho a exigirles el precio de los bienes que se hubiesen vendido o los bienes que hubiese adquirido con dicho precio.

Atendiendo a estas disposiciones, Manolo no tiene derecho a exigirles los bienes inmuebles a Eustaquio y a Miriam. En el primer caso, como la mitad del piso era suyo, podrá percibir la mitad del precio por el que María lo vendió, esto es, 12000 euros, o el bien o bienes que hubiese adquirido con ese precio, si se diese esta circunstancia.

En cuanto al piso privativo que poseía en la costa de A Coruña, Manolo se tendrá que conformar con los 175000 euros por los que María lo ha vendido o, si ha comprado otro bien o bienes por ese precio, pues la propiedad en cuestión. A pesar de que María ha vendido el inmueble por un precio inferior al del valor que este tiene y de que el artículo 197 del CC se refiere al “precio de los que se hubiesen vendido”, hay que recordar que el precio es el convenido por ambas partes (artículos 1449, 1450 y 1501, párrafo primero, del CC).

En el supuesto de que María careciese de los medios económicos y patrimoniales suficientes para satisfacer esta obligación que ha contraído con Manolo, la misma podrá cumplirse en el momento en el que posea los mismos (artículo 1911 del CC).

¹²² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, CARMEN: “La venta de cosa adquirida en virtud de contrato nulo o anulable y venta de cosa ajena” (Epígrafe V), *La nulidad de los contratos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 137 a 160.

¹²³ STS de 26 de octubre de 1981.

¹²⁴ STS de 15 de octubre de 1973.

¹²⁵ STS de 9 de mayo de 1980.

¹²⁶ STS de 14 de marzo de 1983.

¹²⁷ STS de 20 de noviembre de 1980.

¹²⁸ STS de 9 de marzo de 1982.

¹²⁹ “En nuestro Derecho el contrato de compraventa es consensual y sólo generador de derechos y obligaciones (dado que la propiedad no se transmite únicamente por el contrato, título, sino que es preciso unirle el modo o tradición), por lo que la venta de cosa ajena es válida, siempre que no exista engaño por parte del vendedor o error en la sustancia de la cosa. Es esencial en la compraventa la obligación que asume el vendedor de entregar una cosa al comprador a cambio de un precio, pero ningún precepto le exige que sea propietario de dicha cosa, pues ésta puede ser entregada, bien por el vendedor ya dueño poseedor actual, bien por estar o quedar el vendedor constreñido a la adquisición de la cosa para entregarla al comprador. Como ya afirmó la STS de 5-5-58, el hecho de que la cosa no sea propiedad del vendedor no impide el nacimiento de la obligación que asume de entregarla” (STS de 7 de marzo de 1996).

En todo caso, tanto en el supuesto del gasto del dinero como en el de la venta de los inmuebles, Manolo sólo podrá reclamar de sus sucesores las rentas, los frutos y los productos obtenidos con los bienes de su sucesión desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto. Por ello, si existiesen rentas o frutos, éstos sólo podrán ser percibidos a partir del día de la reaparición de Manolo, que es el 3 de enero de 2014.

3. ASPECTOS PROCESALES

3.1. Órgano judicial competente para declarar la reaparición de Manolo

Al tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, el órgano competente para declarar la reaparición de Manolo y dejar sin efecto la declaración de fallecimiento es el JPIt (artículo 85.2 de la LOPJ¹³⁰).

3.2. Procedimiento civil

Al igual que en la declaración de fallecimiento se seguirá el procedimiento de juicio verbal (artículo 2032 de la LEC/1881¹³¹) y se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (artículo 2031 de la LEC/1881).

En el caso de que la persona declarada fallecida se presente, caso del supuesto de hecho, una vez plenamente identificada y practicadas las pruebas pertinentes que fuesen propuestas por el MF y las partes interesadas, se dejará sin efecto el auto de declaración de fallecimiento. El auto dictado en este sentido supone la aplicación inmediata de lo dispuesto en el artículo 197 del CC (artículo 1045, párrafos primero y tercero de la LEC/1881).

En el plazo improrrogable de tres meses, el MF o cualquier parte que se estime perjudicada podrá impugnar el auto en el correspondiente juicio declarativo (artículo 1045, párrafo cuarto, de la LEC/1881).

¹³⁰ Se aplica la redacción de 29 de junio de 2013, por darse el hecho necesario para declarar la reaparición de Manolo el 3 de enero de 2014.

¹³¹ Ver cita 112.

CONCLUSIONES FINALES

Las principales cuestiones jurídicas suscitadas a lo largo de este dictamen jurídico pertenecen al ámbito del Derecho Penal, al del Derecho Procesal Penal y al Derecho Civil.

En primer lugar, los problemas jurídico-penales se plantean en torno a la agresión de María contra Manolo, su primer marido, el 30 de junio de 2007; al continuo maltrato físico y psicológico al que Marcial somete a María, su cónyuge, y, más tarde, a Elisa, su hija, entre enero de 2010 y el 12 de octubre de 2013; y al incumplimiento de la orden de alejamiento, que protege a María y Elisa, por Marcial, en diciembre de 2012.

La agresión de María contra Manolo es un claro ataque a la vida de éste, dado que lo golpea en la cabeza y lo tira por la borda del barco en que viajan, con los consiguientes peligros letales que toda esta actuación entraña. Es por ello que dicha conducta puede calificarse como de homicidio (artículo 138 del CP), aunque no de asesinato, por no concurrir ninguna de las agravantes preceptivas (artículo 139 del CP). Como Marcial, además, reaparece años más tarde, tal delito se encuentra en grado de tentativa. Otro elemento a tener en cuenta es la condición de cónyuge del sujeto activo respecto de la víctima que, tanto doctrina como jurisprudencia, consideran como agravante en delitos contra bienes personales, en el ámbito de la circunstancia mixta de parentesco (artículo 23 del CP).

Lo realmente complejo en el intento de homicidio de Manolo por parte de María es determinar si, dada la impulsividad de la reacción de esta última, se puede aplicar una atenuante de obcecación o arrebató pasional (artículo 21.3ª del CP). En principio, los requisitos, tanto objetivos como subjetivos, sentados por la jurisprudencia del TS para considerar aplicable dicha atenuante parecen concurrir en este caso. No obstante, la doctrina jurisprudencial mayoritaria de los últimos años rechaza que el origen de la reacción susceptible de ser considerada como obcecación o arrebató pasional sean los celos, conducta que se considera inaceptable en una sociedad democrática y que es, en muchos casos, el germen de la delincuencia de género. Reconoce tímidamente la existencia de patologías como la celotipia o la celopatía que pueden servir, bajo el amparo de distintas normas legales, para justificar la merma de la imputabilidad del sujeto activo en determinados supuestos. En todo caso, se decide no aplicar la atenuante de obcecación o arrebató pasional, siguiendo la doctrina mayoritaria del TS a este respecto.

En lo atinente al maltrato sufrido por María por parte de su segundo marido, Marcial, hay que destacar su especialidad a nivel jurídico-penal, por tratarse de un supuesto de violencia doméstica (artículo 173.2 del CP), en el que siempre hay un mismo sujeto activo que comete continuos y frecuentes actos de violencia contra el mismo o los mismos sujetos pasivos. De este modo, en este caso, la calificación penal de los hechos, por un lado, ha de efectuarse uno por uno y, por otro, se ha de llevar a cabo una valoración conjunta de todos esos ellos.

El análisis individual de esos hechos tiene el propósito de calificar penalmente cada una de las conductas delictivas realizadas por el sujeto activo sobre su víctima o víctimas, pues cada una de ellas lesiona diversos bienes jurídicos. Teniendo en cuenta esto, los hechos específicamente recogidos en el supuesto de hecho dan lugar a los siguientes delitos:

- Fuerte golpe en la cara a María que le produce un importante derrame ocular (enero de 2010): delito de violencia de género (artículo 153.1 del CP).

- Tres llamadas telefónicas agresivas en las que le insta a María que regrese a casa (marzo de 2010): tipo agravado de coacciones (artículo 172.2 del CP).
- Dos puñetazos en la barriga, estando María embarazada (marzo de 2010): concurso ideal entre un delito de violencia de género (artículo 153.1 del CP) y un delito, en grado de tentativa (artículo 16.1 del CP), de lesiones al feto (artículo 157 del CP), dado que ambos tipos delictivos son fruto de la lesión de dos bienes jurídicos distintos en un único acto de violencia.
- Violenta agresión que culmina con María ingresada en el hospital durante, aproximadamente, dos meses y medio, teniéndose que operar del hígado y del bazo (29 de septiembre de 2012): delito de homicidio (artículo 138.1 del CP) en grado de tentativa (artículo 16.1 del CP).
- Fuerte golpe en la cara a Elisa, de tres años (12 de octubre de 2013): delito de violencia doméstica ocasional (artículo 153.2 del CP), atenuado con una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP) y la circunstancia atenuante de reparación del daño causado (artículo 21.5ª del CP).
- Tres golpes a María en el estómago (12 de octubre de 2013): delito de violencia de género (artículo 153.1 del CP), atenuado con una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP) y la circunstancia atenuante de reparación del daño causado (artículo 21.5ª del CP).
- María sufre un ataque de ansiedad que deriva en un infarto al corazón, tras el último episodio de violencia (12 de octubre de 2013): tipo agravado de lesiones por el resultado (artículo 149.1 del CP), atenuado con una eximente incompleta (artículo 21.1ª del CP) y la circunstancia atenuante de reparación del daño causado (artículo 21.5ª del CP).

A su vez, todas estas conductas delictivas sirven para determinar la lesión del bien jurídico que el artículo 173.2 del CP protege, que no es otro que la paz familiar, y que es algo más que la suma de todos los bienes jurídicos lesionados en los distintos actos de violencia. El delito de violencia doméstica habitual supone la creación de un clima de terror por parte del maltratador en el propio hogar familiar, lo que sólo consigue a través de la habitualidad de las conductas violentas. Por ello, es esencial la prueba de la mencionada habitualidad, dado que es el elemento que hace la conducta que delictiva contemplada en el artículo 173.2 del CP tenga sustantividad propia frente a las agresiones individuales.

La habitualidad concurre en la violencia desplegada por Marcial durante los casi cuatro años de convivencia con María y, posteriormente, su hija, dado que, a pesar del dilatado lapsus temporal entre las primeras y las últimas agresiones, del supuesto de hecho se deduce que el maltrato, tanto físico como psicológico, es continuo. Lo importante es que, finalmente, ese clima de violencia en el hogar familiar sea probado con éxito, algo posible mediante la acreditación judicial, sanitaria y testifical, según admite la jurisprudencia del TS.

La última de las cuestiones penales suscitadas es la referente al incumplimiento de la orden de alejamiento por parte de Marcial. Dicha orden de alejamiento se trata de una medida cautelar, ya que Marcial no ha sido sometido ni condenado a proceso penal alguno en diciembre de 2012. Burlar una prohibición judicial de acercarse a otra persona o a otras personas, con conocimiento de su existencia y ánimo de quebrantarla supone un quebrantamiento, en este caso, de medida cautelar (artículo 468.1 del CP). Además, como se quebrantado una medida similar a las impuestas en el artículo 48 del CP (en este caso, una medida cautelar) y los protegidos por la misma pertenecen al ámbito subjetivo recogido en el artículo 173.2 del CP, procede la aplicación del tipo agravado del artículo 468.2 del CP.

Los principales problemas surgen a raíz de que María consienta en reanudar la convivencia con Marcial. Por un lado, se plantea la cuestión de la punibilidad del quebrantador de la medida cautelar, que es solventado en sentido afirmativo por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 noviembre 2008. Por otro lado, se plantea si María, por consentir, sería coautora del delito cometido por Marcial, cuestión que se presta a la casuística, aunque, en general, se suele solventar negativamente. En este caso así es, respuesta que se apoya en argumentos jurisprudenciales que señalan que el quebrantamiento de condena se produce una vez que el sujeto activo traspasa el límite impuesto por la pertinente prohibición judicial (al contrario que en otros supuestos en que es la propia víctima la que incumple este límite y que sí son más dados a la casuística) y que, en todo caso, es el quebrantador de dicha prohibición y no la víctima a la que se intenta proteger el que tiene limitada su libertad deambulatoria.

En segundo lugar, hay en el supuesto de hecho planteado un problema de índole procesal penal, en relación con la intervención telefónica practicada a Marcial, en la que, incidentalmente, se escucha a María confesando a una amiga suya el homicidio de su primer marido, Manolo. En base a las mismas, se la acusa de asesinato. La pregunta que aquí se plantea es si dichas escuchas son o no válidas. Para responder a esta cuestión se maneja, como concepto central, el de hallazgo casual, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del TS y del TC, pero que todavía no ha sido plasmado, en la época en la que transcurren los hechos, en la LECRIM.

El hallazgo casual puede enmarcarse en el curso de unas diligencias legales o ilegales. Tanto en el primer supuesto (del que constituye un exponente el auto del caso *Naseiro*) como en el segundo (en el que el hallazgo casual se encuadra como una excepción a la compleja doctrina jurisprudencial de la prueba ilícita, desarrollada tanto por el TC como el TS), el hallazgo casual en sí mismo es válido. Sólo se exige que, o bien se amplíe el auto en el que se autorizó la intervención telefónica originaria si los nuevos hechos están relacionados con el delito que se está investigando, o bien se dicte nuevo auto por el órgano judicial competente para autorizar unas nuevas escuchas telefónicas en caso contrario (como el del supuesto de hecho planteado).

Finalmente, en tercer lugar, surgen cuestiones de Derecho Civil, sistematizables en las consecuencias jurídicas derivadas de la desaparición de Manolo, por un lado, y, por otro, en las derivadas de la reaparición del mismo.

La desaparición de Manolo en una circunstancia de peligro para la vida como es un naufragio y la posterior carencia de noticias sobre su persona durante tres meses la incardinan en una de las causas para declarar la declaración de fallecimiento (artículo 194, apartado segundo, del CC). La declaración de fallecimiento supone una serie de consecuencias jurídicas catalogables en personales y patrimoniales. Las primeras se concretan en la disolución del matrimonio con María (artículo 85 del CC), lo que permite a ésta volver a contraer nupcias y, consiguientemente, supone la validez de su segundo matrimonio con Marcial, que tiene lugar tras la declaración de fallecimiento. Las segundas se refieren a la apertura de la sucesión *mortis causa* respecto de los bienes de Manolo que, como se menciona en el supuesto de hecho, coloca a María en la posición de heredera universal, algo sólo posible, tanto si se trata de sucesión intestada como testada, si los otros legitimarios aparte del cónyuge viudo (ascendientes y descendientes, según el artículo 807 del CC), no existen o no tienen capacidad, absoluta o relativa, para suceder al causante (artículos 744 y siguientes del CC).

La reaparición de Manolo supone la revocación de la mentada declaración de fallecimiento, hecho del que se derivan efectos patrimoniales de gran calado. Respecto del ámbito personal, el matrimonio disuelto por la declaración de fallecimiento, según doctrina mayoritaria, no vuelve a

existir con la reaparición del declarado fallecido, por lo que Manolo no tendría que ejercitar acción alguna para su disolución. Es más, en caso de que Manolo y María quisiesen continuar su convivencia bajo matrimonio, tendría que instar María la disolución de su matrimonio con Marcial y, luego, volver a contraer nupcias con Manolo.

En lo atinente a los efectos patrimoniales, la reaparición de Manolo supone que la causa que dio lugar a la sucesión hereditaria de sus bienes por María (la muerte, en este caso presumida) nunca existió, por lo que éstos siguen perteneciendo a Manolo. Por tanto, María estaría obligada a devolvérselos.

En el caso del efectivo de la cuenta bancaria, no se plantea mayor problema, siendo suficiente con aplicar la disposición contenida en el artículo 197 del CC, según la que el reaparecido ha de conformarse con los bienes en el estado en el que se hallen. Es por ello que no tendrá más derecho que al dinero que reste en la cuenta en la proporción que le corresponda.

Sin embargo, algunos de esos bienes (dos inmuebles, en concreto) ya no están en poder de María, dado que, siendo la propietaria legal de los mismos a todos los efectos antes de que Manolo reapareciese, los vendió. Como los inmuebles no pertenecían a María, estaríamos ante un supuesto de venta de cosa ajena. No obstante, en las denominadas adquisiciones *a non domino*, el Derecho protege al tercero adquirente de buena fe en casos en los que, como el presente, dicho adquirente desconocía que los bienes perteneciesen a una persona distinta de la que se los vendió, siempre que la posesión de los mismos se halle inscrita a su favor y su compra se realizase de buena fe que, en todo caso, se presume (en el presente caso sería de aplicación el artículo 34 de la LH, referente a las adquisiciones *a non domino* de bienes inmuebles). Así, en el supuesto de hecho sería difícil destruir esta presunción de buena fe, puesto que no se menciona ni se deduce que los mismos supiesen que los bienes que adquirirían no pertenecían a María, sino a Manolo.

En esta línea, el propio artículo 197 del CC deja al mencionado tercero de buena fe al margen de la solución del problema, no estando facultado el reaparecido a exigir la devolución del bien ya vendido. En base a este precepto, Manolo se tendrá que conformar con el precio de la venta de los inmuebles (o los bienes que se hayan adquirido con el mismo, en su caso).

Si María, como única heredera, y por tanto preceptora de los bienes, no dispusiese de recursos económicos o patrimoniales con que responder frente a esta obligación respecto del precio de los inmuebles, habría que esperar a que mejorase de fortuna (artículo 1911 del CC).

ÍNDICE DE MATERIALES DOCUMENTALES EMPLEADOS

1. LEGISLACIÓN

— Constitución Española de 1978

— Legislación internacional

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948 por las Naciones Unidas
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 por las Naciones Unidas

— Legislación comunitaria

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Convenio Europeo de Derechos Humanos)

— Legislación sustantiva penal

- LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

— Legislación sustantiva civil

- Código Civil (aprobado por RD de 24 de julio de 1989)
- Ley Hipotecaria (aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946)

— Legislación procesal general

- LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

— Legislación procesal penal

- Ley de Enjuiciamiento Criminal (aprobada por RD de 14 de septiembre de 1882)
- LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado

— Legislación procesal civil

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

— Otra legislación

- LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
- LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros

— Normativa administrativa

- Protocolo Común para la Actuación Sanitaria ante la Violencia de Género, aprobado en el 2007 por el Ministerio de Sanidad

2. JURISPRUDENCIA

— Bloque I: Derecho Penal

- STC 114/1984, de 24 de noviembre
- STC 85/1994, de 14 de marzo
- STC 66/2009
- STC 81/1998
- STC 171/1999
- STC 136/2000
- STC 259/2005
- STC 11/1981, de 8 de abril
- STC 81/1998, de 2 de abril
- STC 1313/2000, de 21 de julio
- STEDH sobre el caso Schenk, de 12 de julio de 1988
- Caso Silverthorne Lumber vs. Estados Unidos, de 1920
- STS 1554/2003, de 19 de noviembre
- STS 904/2007, de 8 de noviembre
- STS 357/2005, de 20 de abril
- STS 754/2015, de 27 de noviembre
- STS 754/2015, de 27 de noviembre
- STS 1340/2000, de 25 de julio
- STS 1424/2004, de 1 de diciembre
- STS 8902/1989, de 3 de julio
- STS 13055/1994, de 14 de julio
- STS 8902/1989, de 3 de julio
- STS 1165/2002, de 17 de junio
- STS 865/2005, de 24 de junio
- STS 547/2015, de 6 de octubre
- STS 59/2013, de 1 de febrero
- STS 526/2016, de 10 de marzo
- STS 1004/1999, de 18 de junio
- STS 1190/2002, de 29 de noviembre
- STS 885/2004, de 5 de julio
- STS 768/2007, de 1 de octubre
- STS 173/2016, de 12 de marzo
- STS 981/2003, de 3 de julio
- STS: 1004/1999, de 18 de junio
- STS de 8 de marzo de 1998
- STS de 22 de marzo de 1999

- STS 818/2011, de 21 de julio
- STS 448/1997, de 4 de marzo
- STS 1690/2003, de 15 de diciembre
- STS 330/2003, de 10 de marzo
- STS 1212/2006 de 25 de octubre
- STS 1177/2009, de 24 de noviembre
- STS 1689/2001 de 27 de septiembre 2001
- STS 614/2000, de 11 de abril
- STS 650/2008, de 23 de octubre
- STS 1763/2009, de 14 de noviembre
- STS 153/2013, de 6 de marzo
- STS 204/1996, de 8 de marzo
- STS de 7 de noviembre de 2002
- STS 1410/2014, de 4 de septiembre
- STS 140/2010
- STS 436/2011
- STS 371/1995, de 26 de junio
- STS 1696/2002, de 14 de octubre
- STS 586/2003, de 16 de abril
- STS de 27 de febrero de 2001
- STS 658/2015, de 28 de mayo
- STS 1429/2000, de 22 de septiembre
- STS de 4 de marzo de 2002
- STS de 27 de septiembre de 1999
- STS de 5 de mayo de 1998
- STS de 9 de febrero de 1996
- STS de 31 de mayo de 1995
- STS 1245/2002, de 5 de julio
- STS de 4 de marzo de 2002
- STS 203/2011, de 22 de marzo de 2011
- STS 809/2007, de 11 de octubre
- STS 1323/2009, de 30 de diciembre
- STS 702/2010, de 9 de julio
- STS 625/2001, de 9 de abril
- STS 1237/2003, de 3 de octubre
- STS 78/2004, de 31 de enero
- STS 927/2000, de 24 de junio
- STS 1208/2000, de 7 de julio
- STS 1366/2000, de 7 de septiembre
- STS 1161/2000, de 26 de junio
- STS 5229/2000
- STS de 20 de diciembre de 1996.
- STS 97/2003, de 28 de febrero.
- STS 60/1999, de 11 de noviembre
- STS 805/2003, de 18 de junio
- STS 66/2013, de 25 de enero

- STS 592/2004, de 3 de mayo de 2016
- STS 1664/2003
- STS de 25 de octubre de 2006
- STS 1309/2005, de 11 de noviembre
- STS de 22 de mayo de 1993
- STS 15 de enero de 2004
- STS de 30 de noviembre de 1996
- STS de 4 de julio de 2000
- STS de 8 de noviembre de 2000
- STS 26 de octubre de 2001
- STS 11 de marzo de 2004
- STS 1156/2005, de 26 de septiembre
- STS 69/2006, de 20 de enero
- STS 10/2007, de 19 de enero
- STS 775/2007, de 28 de septiembre
- STS 39/2009, de 29 de enero
- STS 39/2009, de 29 de enero
- STS 654/2009, de 8 de junio
- STS 349/2009, de 30 de marzo
- STS 755/2009, de 13 julio
- STS 1065/2010, de 26 noviembre
- Auto del TS del 18 de junio de 1992
- Auto del TS de 28 de enero de 2010
- SAP de las Palmas 26/2006, de 15 de febrero
- SAP de Córdoba 25/1999, de 21 de abril
- SAP de Barcelona 752/2005, de 12 de julio
- Auto de la AP de Madrid de diciembre de 2010
- Circular de la FGE 4/2003, de 30 de diciembre
- Circular de la FGE 2/2009
- Circular de la FGE 1/1998, de 24 de octubre
- Conclusiones aprobadas en la primera reunión de fiscales encargados de los servicios de violencia familiar celebrada en Madrid los días 27 a 29 de marzo de 2000
- Informe del CGPJ de 7 de febrero de 2001

— Bloque II: Derecho Civil

- STS 7 de julio de 1932
- STS de 26 de octubre de 1981
- STS de 15 de octubre de 1973.
- STS de 9 de mayo de 1980
- STS de 14 de marzo de 1983.
- STS de 20 de noviembre de 1980
- STS de 9 de marzo de 1982
- STS de 7 de marzo de 1996

3. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA

— Cuestiones previas: vigencia temporal

- RUÍZ ANTÓN, LUIS FELIPE: *El principio de irretroactividad en la doctrina y la jurisprudencia*
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal S.A., Madrid, 2011, 5ª edición
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN-JESÚS: *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Andavira, A Coruña, 2012, 3ª edición

— Bloque I: Derecho Penal

- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S.: “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* N° 2, 2011
- JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER: “Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Tribunal Supremo españoles”, *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal* 2008
- MARÍA CINTA COSTA TORNÉ: “La prueba ilícita por violación de Derechos Fundamentales y sus excepciones”, *Revista de Derecho de la UNED*, N° 11, 2012
- MAGRO SERVET, VICENTE: *Violencia Doméstica y de Género. 285 preguntas y respuestas*, Ed. Sepín, Madrid, 2007
- RAMÓN RIBAS, EDUARDO: “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII
- CORELLA BIELSA, MARÍA DEL CARMEN (Coordinadora): *La circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal Español. Actualizada a la LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014
- MONER MUÑOZ, EDUARDO: “LESIONES. Análisis de la nueva doctrina jurisprudencial”, *Revista del Poder Judicial* n° 72 (Serie: Penal), cuarto trimestre del 2003
- GRACIA MARTÍN, ESCUCHURI AISA: *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, JOSÉ LUIS: “La tentativa de homicidio con consumación de lesiones”, *Revista Penal* n° 24, Julio de 2009
- DÍEZ RIPOLLÉS: *Los delitos de lesiones*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- BULGARÍN GONZÁLEZ ROSENDO (Director y Coordinador): *La violencia contra la mujer. Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, Ed. Tirant lo Blanch (Tirant monografías, N° 932), Valencia, 2014
- OLMEDO CARDENETE, MIGUEL: *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2001
- DE LA RÚA NAVARRO, JORGE: *El delito de quebrantamiento de condena y medida cautelar. Provocación de la víctima*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2013.
- https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/encyclopedia_H.htm.
- <http://www.fundaciondelcorazon.com/>.

— Bloque II: Derecho Civil

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, Madrid, 2011
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: *Manual de Derecho Civil. Contratos*, Ed. Bercal S.A., Madrid, 2011, 3ª edición
- LÓPEZ LÓPEZ; MONTÉS PENALDÉS; CAPILLA RONCERO; ROCA TRÍAS; VALPUESTA FERNÁNDEZ: *Derecho Civil. Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, 3ª edición
- RAMS ALBESA, JOAQUÍN; MORENO MARTÍNEZ, JUAN ANTONIO: *El régimen económico del matrimonio (comentarios al Código Civil especial Consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, CARMEN: *La nulidad de los contratos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009
- FONT BORX, VICENTE: “La adquisición a non domino”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario N° 463* (Noviembre-Diciembre de 1967)
- VALPUESTA FERNÁNDEZ: *Derechos reales. Derecho inmobiliario registral*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001

ÁNEXOS: MODELOS DE ESCRITOS PROCESALES

1. **ÁNEXO I: Personación en un sumario mediante querrela con solicitud de diligencias sumariales**

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN

Don , Procurador de los Tribunales y de D. , cuya representación acredito con la escritura de poder especial para interponer esta querrela criminal que se acompaña, cuya devolución solicito dejando testimonio en autos por copia certificada, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho DIGO:

Que en nombre de mi mandante y siguiendo sus instrucciones por medio del presente escrito me persono en el sumario número seguido en este Juzgado en calidad de perjudicado, ejercitando las acciones penales y civiles que me corresponden, y, conformal art. 270 y 277 de la LECrim., interpongo QUERRELLA CRIMINAL por delito de asesinato intentado, contra y contra cualesquiera que pudieran resultar responsables de los delitos imputados.

PRIMERO.- JUZGADO COMPETENTE.

El Juzgado de Instrucción competente es el de , conforme al art. 14.2 de la LECrim., al haberse cometido los delitos en dicho partido judicial según se puede constatar de la descripción de hechos que se realizará posteriormente y que ya está conociendo de las diligencias.

SEGUNDO.- NOMBRE, APELLIDOS Y VECINDAD DEL QUERELLANTE

Es querellante mi representado , mayor de edad, vecino de , con domicilio en calle de , en su calidad de perjudicado al haber sido sido víctima del intento de homicidio objeto de esta causa.

TERCERO.- NOMBRE, APELLIDOS Y VECINDAD DEL QUERELLADO

Se dirige la querrela contra , mayor de edad, vecino de , con domicilio en de , el cual se halla en situación de prisión provisional sin fianza en esta causa.

CUARTO.- RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS

La querrela se interpone por un delito de asesinato intentado cometido por la persona del querellado quien, el pasado día a las horas, hallándose en la discoteca , se dirigió a la novia de mi representado D^a. , quien se encontraba en una mesa de la citada Discoteca en compañía del mismo, y, aprovechando que mi representado había ido a la barra, se sentó a su mesa intentando entablar una conversación.

Como quiera que D^a. manifestó que no tenía interés en hablar con el querellado, éste empezó a dirigirle frases soeces y groseras del estilo de " esta noche quieres acostarte conmigo" y " lo harás por las buenas o por las malas", en voz alta e intentando tocarla, momento en el cual acudió mi representado a recriminar al querellado su actitud.

El querellado insistió en dicha actitud, profiriendo insultos y amenazas de muerte contra mi representado quien, ante el cariz que tomaba la discusión, optó por marcharse de la discoteca en compañía de su novia, dirigiéndose hacia su domicilio.

Una vez en el exterior de la discoteca y cuando estaban dirigiéndose hacia el vehículo, apareció el querellado quien volvió a insultar y amenazar a mi representado D. y a D^a. , al tiempo que sacaba de la parte interior de la chaqueta un revólver con el que, apuntando al cuerpo de mi representado, efectuó dos disparos que afectaron al pulmón derecho y al brazo derecho, dándose a la fuga seguidamente.

D. fue intervenido quirúrgicamente de tales heridas, pudiendo salvar la vida por la pericia y rapidez con que se realizó la intervención médica, requiriendo de asistencia hospitalaria continuada hasta el día de hoy, que aún permanece ingresado en el Hospital de

Los hechos relatados son constitutivos, sin perjuicio de ulterior calificación, de un delito de asesinato en grado de tentativa, del que aparece como responsable el querellado

QUINTO.- DILIGENCIAS A PRACTICAR.

Al derecho de esta parte interesa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 277.5 de la LECrim., la práctica de las siguientes diligencias de investigación:

1) Testifical, a fin de que se reciba declaración en calidad de testigos a D. y D^a. , con domicilio en Estas personas se encontraban en el interior de la discoteca y pueden testificar sobre los hechos que ocurrieron en el interior de la misma.

2) Más testifical, a fin de que se reciba declaración en calidad de testigo a D. , vigilante del Parking de la Discoteca, con domicilio en Esta persona entró en contacto con mi representado y le manifestó que presencié el intento de asesinato ocurrido en el exterior de la discoteca, si bien no pudo dar sus datos a la Policía Judicial por tener que acudir a asistir a dos personas que tuvieron un ataque de nervios como consecuencia de estos hechos.

SEXTO.- MEDIDAS CAUTELARES

- 1) Esta parte interesa el mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional del querellado.
- 2) Esta parte, para garantizar las responsabilidades civiles derivadas del delito esta parte interesa que se requiera al querellado para que constituya fianza por importe de , apercibiéndole de que, de no constituirse en el plazo establecido, se procederá al embargo de sus bienes.

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por presentada esta querrela, con su copia respectiva, se sirva en admitirla a trámite, y, en su virtud, me tenga como personado y parte en el ejercicio de la acusación particular por el perjudicado D. , acordando practicar las diligencias solicitadas y la medida cautelar para garantizar la responsabilidad civil en que pudiere haber incurrido el querellado.

OTROSÍ DIGO que el querellante en su calidad de perjudicado por el hecho delictivo está exento de prestar fianza.

SUPLICO AL JUZGADO Declare exenta a esta parte de la obligación de constituir fianza.

OTROSÍ DIGO II que siendo el poder especial no es necesaria la ratificación del querellante.

SUPLICO AL JUZGADO Tenga por hecha esta manifestación y acuerde de conformidad.

Es justicia que pido en , a de de

(Firma Procurador) (Firma Abogado)

2. **ÁNEXO: Denuncia por particular (Procedimiento abreviado)**

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN DE

Don , con DNI núm. y con domicilio a efectos de notificaciones en , al amparo de lo dispuesto en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, comparezco y digo:

Que por medio del presente escrito, al que se acompaña documentación consistente en , formulo denuncia por los siguientes

HECHOS

PRIMERO.-Sobre las horas del día

A juicio del denunciante, tales hechos revisten indiciariamente los caracteres de un delito de , tipificado y penado en el artículo del Código Penal.

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 269 y 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se procederá de inmediato a la incoación de Diligencias Previas en averiguación de los hechos y determinación de las personas criminalmente responsables, en el curso de las cuales habrán de practicarse las siguientes diligencias

En , a de de

Firma del denunciante

3. ANEXO III: Solicitud de orden de protección de víctima de violencia sobre la mujer

AL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER DE

D./D^a , Procurador/a de los Tribunales, en nombre y representación de D^a , mayor de edad, de profesión , con domicilio en , calle , n^o , pta. , cuya representación acreditaré mediante comparecencia apud acta cuando sea requerido para ello (o bien: "representación que acredito mediante copia de poder especial para pleitos que ruego me sea devuelta una vez testimoniada en autos por necesitarla para otros usos"), comparezco en este JUZGADO con la asistencia del Letrado D./D^a , del Ilustre Colegio de Abogados de , y DIGO:

Que por medio del presente escrito y en la representación que ostento, solicito que se dicte ORDEN DE PROTECCIÓN de D^a , contra D. , mayor de edad, con domicilio en , calle , n^o , pta. , cónyuge o pareja de hecho de mi representada, con base en los siguientes

HECHOS

PRIMERO .- Mi representada y su esposo contrajeron matrimonio en forma civil/canónica con fecha de de , en , debidamente inscrito en el Registro Civil de , Sección 2^a, Tomo , Página Se acompaña, como DOCUMENTO N^o , certificación literal de la inscripción de matrimonio expedida por el Encargado del Registro Civil. Si se trata de una pareja de hecho, se expresa así y puede acompañarse, en su caso, certificación de la inscripción en el Registro autonómico de parejas de hecho correspondiente.

SEGUNDO .- De dicha unión ha nacido y vive un hijo, llamado , nacido en el de de Consta el nacimiento inscrito en el Registro Civil de , Sección 1ª, Tomo , Página Se acompaña, como DOCUMENTO N° , certificación literal de la inscripción de nacimiento expedida por el Encargado del Registro Civil.

TERCERO .- En virtud de denuncia/querrela de mi representada o de oficio, se iniciaron actuaciones penales en este Juzgado contra su cónyuge, D. , autos núm. /

Se acompaña como DOCUMENTO N° , testimonio de la resolución judicial que determine la apertura de proceso penal contra el cónyuge o pareja de hecho de la solicitante.

Dichas actuaciones se basan en los siguientes episodios de violencia doméstica sufridos por mi representada, que ponen en riesgo su integridad física y emocional y su libertad, así como la de su hijo antes citado:

Se dan pues las condiciones para que el Juzgado adopte las medidas contempladas en el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en concreto procede que se dicte la correspondiente orden de protección y las siguientes medidas cautelares de tipo civil:

Resultan aplicables a los citados hechos los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CUARTO .- Artículo 544 ter, que regula la orden de protección de víctimas de violencia doméstica; y, en especial, sus número 1, en virtud del cual: "1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo"; y su número 7, relativo a las medidas cautelares de carácter civil, que dispone: "7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente."

QUINTO .- COSTAS Procede imponer al demandado el pago de las costas, en virtud de lo dispuesto en el art. 394 LEC.

SEXTO .- Iura novit curia y cuantos resulten de pertinente aplicación.

SEPTIMO .- Por lo expuesto

SUPLICO AL JUZGADO:

Que tras admitir este escrito con los documentos que lo acompañan y sus copias, tenga por interpuesta SOLICITUD DE ORDEN DE PROTECCIÓN DE D^a , frente a D ; y, previos los trámites legales que proceda, dicte la citada ORDEN y ACUERDE LAS SIGUIENTES MEDIDAS CAUTELARES DE NATURALEZA CIVIL:
.....

OCTAVO .- En , a de , de

Firma y número del Letrado Firma del Procurador

4. ANEXO IV: Solicitud de declaración de fallecimiento

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE

D./D^a , Procurador/a de los Tribunales, en nombre y representación de D./D^a , mayor de edad, de profesión , con domicilio en , calle , n^o , pta. , que actúa en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad , cuya representación acredito mediante apoderamiento apud acta otorgado ante el Secretario judicial de (o bien: "representación que acredito mediante copia de poder que ruego me sea devuelta una vez testimoniada"), comparezco en este JUZGADO con la asistencia del Letrado D./D^a , del Ilustre Colegio de Abogados de , y DIGO:

Aunque en virtud del art. 68.4 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en la tramitación del presente expediente no es preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, el art. 3.2, segundo inciso de la citada ley establece que las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente, como se hace en la presente solicitud.

Que por medio del presente escrito y en la representación que ostento, promuevo PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA PARA LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO de D./D^a , mayor de edad, casado/a, cuyo último domicilio

conocido se encontraba en , calle , n° , pta. , con base en los siguientes

HECHOS:

PRIMERO .- PRIMERO.-D./D^a y D./D^a celebraron su matrimonio en , el día de de , encontrándose el mismo inscrito en el Registro Civil de , al Tomo , Página , tal y como se acredita mediante certificación expedida por el encargado de dicho Registro, que se acompaña como Documento n°

SEGUNDO .- SEGUNDO.-De dicho matrimonio nacieron hijos, llamados Se acompaña como Documentos n° y n° los correspondientes certificados de nacimiento de tales hijos, expedidos por el/los Registro/s Civil/es de

TERCERO .- TERCERO.- (Puede alegarse como causa por la que procede la declaración de fallecimiento, cualquiera de las contenidas en los artículos 193 y 194 del Código civil), D./D^a , cuya declaración de fallecimiento se solicita, se encontraba, por razones laborales, en , en fecha de de , cuando se produjo el tsunami que arrasó aquella zona y al que, por su gravedad, se dio un eco notable en los medios de comunicación. Se acompaña como Documento n° , escrito de la empresa para la que trabajaba como reportero gráfico (o labor que corresponda) el presunto fallecido cuando ocurrieron los hechos, para acreditar que se encontraba en el lugar y fecha indicados. Así mismo se acompaña, como Documento n° con el mismo fin, copia del correo electrónico, con imágenes adjuntas, que D./D^a remitió a su cónyuge pocos días antes de los trágicos sucesos y que lo sitúan en el lugar indicado en aquellas fechas.

Pero debe tenerse en cuenta que si la causa alegada fuese alguna de las contenidas en los apartados 2 y 3 del art. 194 CC, la competencia judicial varía y la legitimación activa se restringe, conforme a lo establecido en el art. 68 LJV.

CUARTO .- CUARTO.- Aunque el art. 193.Tercero del Código Civil tan sólo requiere que transcurran tres meses desde la desaparición en caso de siniestro, para que pueda declararse fallecido al sujeto, lo cierto es que ha transcurrido más de un año desde que se produjo el citado tsunami, sin que se haya tenido noticias de D./D^a desde entonces.

Son aplicables a los referidos hechos los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

QUINTO .- I. COMPETENCIA. Es competente por razón del último domicilio conocido del presunto fallecido, el Juzgado al que me dirijo, conforme a lo previsto en los arts. 2 y 68 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, al corresponder al último domicilio (o residencia) de la persona cuya declaración de fallecimiento se solicita.

SEXTO .- II. PROCEDIMIENTO. Deben seguirse en este asunto las normas sobre jurisdicción voluntaria contenidas en el art. 74 LJV.

Según establece el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, “Las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado por la presente Ley”.

SEPTIMO .- III. CAPACIDAD. Tiene mi mandante capacidad para promover este procedimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y ss LEC.

OCTAVO .- IV. LEGITIMACIÓN. La ostenta mi representado/a en su condición de cónyuge del presunto fallecido y padre/madre de los hijos comunes, como sujeto interesado en la declaración de fallecimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 193 del Código Civil y en los arts. 68.2 y 74.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

NOVENO .- V. REPRESENTACIÓN Y DEFENSA.-Aunque en virtud del art. 68.4 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en la tramitación del presente expediente no es preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, el art. 3.2, segundo inciso de la citada ley establece que las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente, como se hace en la presente solicitud.

DECIMO .- VI. DERECHO SUSTANTIVO.- Resultan aplicables los artículos 193 y siguientes del Código civil.

DECIMOPRIMERO .- VII. Iura novit curia y cuantas normas resulten procedentes.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO : Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y copia de todo ello lo admita, teniendo por promovida por el Procurador que suscribe,

con quien habrán de entenderse las sucesivas diligencias en nombre y representación de D./D^a , EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, a fin de declarar el fallecimiento de D./D^a , y previos los trámites legales oportunos, dicte el Letrado de la Administración de Justicia decreto por el que, estimando lo solicitado, declare a D./D^a fallecido/a como consecuencia de encontrarse desaparecido por tiempo superior al mínimo que exige la ley y causa amparada en el art. 193 del Código civil (o, en su caso, 194 del mismo Cuerpo legal), expresando la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con los efectos legales derivados de tal declaración, en especial la apertura de la sucesión en los bienes del declarado fallecido.

OTROSI DIGO PRIMERO: que se insta al Juzgado para que expida testimonio del referido auto para la inscripción del mismo en el Registro Civil.

OTROSÍ DIGO SEGUNDO: Que con el fin de probar la situación de desaparición de la persona cuya declaración de fallecimiento se solicita, se propone como testigos a las siguientes personas:
.....

Se enumeran los testigos, haciendo constar sus datos identificativos y domicilio.

OTROSÍ DIGO TERCERO: Que por necesitar para otros usos la copia de escritura de poder para pleitos otorgada en favor de este Procurador que se presenta, solicito al Juzgado me sea devuelta tras dejar en autos testimonio de la misma.

En , a de de

Firma y número del Letrado Firma del Procurador

5. ANEXO V: Solicitud de revocación de la declaración de fallecimiento

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE

D./D^a , Procurador/a de los Tribunales, en nombre y representación de D./D^a , mayor de edad, de profesión , con domicilio en , calle , n^o , pta. , cuya representación acreditaré mediante comparecencia apud acta cuando sea requerido para ello (o bien: “representación que acredito mediante copia de poder que ruego me sea devuelta una vez testimoniada”), comparezco en este JUZGADO con la asistencia del Letrado D. /D^a , del Ilustre Colegio de Abogados de , y DIGO:

Que por medio del presente escrito y en la representación que ostento, me persono en el procedimiento de declaración de fallecimiento de mi representado, autos núm. / , en solicitud de la REVOCACIÓN del decreto de fecha de de , dictado por el Letrado de la Administración de Justicia de este Juzgado, por el que se le declara fallecido.

Esta solicitud se basa en los siguientes

HECHOS:

PRIMERO .- PRIMERO.-Mi representado, D./D^a , hijo de D. y de D^a , nació en el día de de , encontrándose su nacimiento inscrito en el Registro Civil de , al Tomo , Página , tal y como se acredita mediante certificación expedida por el encargado de dicho Registro, que se acompaña como Documento n^o y DNI del mismo. Su identidad y persona coincide pues con la del declarado fallecido por el decreto de fecha de de , dictado por el Letrado de la Administración de Justicia de este Juzgado.

SEGUNDO .- SEGUNDO.- Mi representado se encontraba, por razones laborales, en en fecha de de , cuando se produjo el tsunami que arrasó aquella zona y al que, por su gravedad, se dio un eco notable en los medios de comunicación. Tras dicho siniestro, no hubo noticias de mi representado en su ámbito cercano durante un plazo de meses (o años), lo que dio lugar a que, a instancias de su cónyuge (o lo que proceda), se declarase su fallecimiento por este Juzgado en el auto antes citado, dándose lugar a la apertura de su sucesión mortis causa conforme a lo establecido en el artículo 196 del Código civil.

TERCERO .- TERCERO.-Dado que mi representado está vivo, una vez confirmada su identidad y practicadas, en su caso, las pruebas que fueren propuestas por el Ministerio Fiscal y las partes, previa declaración de su pertinencia por el Juzgado, procede dejar sin efecto el auto de declaración de fallecimiento, con aplicación inmediata de lo dispuesto en el artículo 197 del Código Civil.

Son aplicables a los referidos hechos los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

CUARTO .- PRIMERO. LEGITIMACIÓN. Es competente el Secretario judicial del Juzgado al que me dirijo, por haber sido el que ha tramitado la declaración de fallecimiento de mi representado.

QUINTO .- SEGUNDO. COMPETENCIA.-Es competente el Secretario judicial del Juzgado al que me dirijo, por haber sido el que ha tramitado la declaración de fallecimiento de mi representado.

SEXTO .- TERCERO. PROCEDIMIENTO.-Debe seguirse en este asunto las normas sobre jurisdicción voluntaria contenidas en el art. 75 LJV.

SEPTIMO .- CUARTO. DERECHO SUSTANTIVO. Resulta aplicable el artículo 197 del Código civil.

OCTAVO .- QUINTO.-Iura novit curia y cuantas normas resulten procedentes.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO : Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y copia de todo ello lo admita, teniendo por solicitada por el Procurador que suscribe, en nombre y representación de D./D^a , la REVOCACIÓN del decreto dictado por el Letrado de la Administración de justicia de este Juzgado de fecha de de por el que se declara el fallecimiento de D./D^a y, previos los trámites legales oportunos, se deje sin efecto el mismo, ordenando en la misma resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 197 del Código civil, que se restituya a mi representado sus bienes en el estado en que se encuentren, y, en su caso, el precio de los que se hubieren vendido o los que se hayan subrogado en su lugar, así como los frutos y rentas de sus bienes desde el día de de , en que los poseedores de tales bienes tuvieron noticia de hallarse vivo mi representado o, en su defecto, desde la fecha en que se les dio traslado de este escrito o desde la fecha de la declaración de no haber muerto aquél.

OTROSÍ DIGO: Que por necesitar para otros usos la copia de escritura de poder para pleitos otorgada en favor de este Procurador que se presenta, solicito al Juzgado me sea devuelta tras dejar en autos testimonio de la misma.

En , a de de

Firma y número del Letrado Firma del Procurador