



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO FIN DE GRADO

CASO Nº 2: VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VENTA DE COSA AJENA

Autora:

Leticia Mosquera Martínez

Tutora:

Carolina Pereira Sáez

ÍNDICE DE CONTENIDO

BLOQUE I: DERECHO CIVIL	1
CUESTIÓN 1 – VALIDEZ Y EFICACIA JURÍDICA DEL MATRIMONIO ENTRE MARÍA Y MARCIAL. ESTUDIO DE LAS ACCIONES LEGALES QUE PUEDA LLEVAR A CABO MANOLO CON RESPECTO A SU MATRIMONIO CON MARÍA CON LA FINALIDAD DE PONER FIN A ÉSTE 1	
I. Muerte	1
II. Ausencia	2
III. Declaración de fallecimiento.....	3
IV. Ley de Derecho Civil de Galicia.....	8
V. Ámbito personal	9
VI. Acciones de Manolo para poner fin a su matrimonio con María.....	12
CONCLUSIÓN	13
CUESTIÓN 2 – EXAMEN DE 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. ANÁLISIS SOBRE QUÉ DERECHOS OSTENTAN CADA UNOS SOBRE EL INMUEBLE CITADO	13
I. Líneas generales.....	14
II. Defensa de los bienes del desaparecido.....	14
III. Cuenta bancaria	16
IV. Bien en común	17
V. Bien privativo	17
CONCLUSIÓN	18
BLOQUE II: DERECHO PENAL	18
CUESTIÓN 3 – ESTUDIO DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL DELITO COMETIDO POR MARÍA EN EL BARCO HACIA MANOLO, Y ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS	18
PARTE I: Determinación de las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo.	
I. Concepto de asesinato.....	19
II. Causalidad	19
III. Diferencias entre homicidio y asesinato.....	19
IV. Circunstancias constitutivas del delito.....	20
VI. Lugar y tiempo	22
VII. Sujetos.....	23
VIII. Culpabilidad	23
IX. Imputabilidad	24
X. Punibilidad.....	24
PARTE II: Determinación de la validez de las escuchas telefónicas.	
I. Concepto	27
II. Régimen jurídico	27
III. Requisitos	28
CONCLUSIÓN	29

CUESTIÓN 4 – CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL COMPORTAMIENTO AGRESIVO QUE OSTENTA MARCIAL CONTRA MARÍA Y ELISA, ASÍ COMO LA VUELTA A LA CONVIVENCIA DE AMBOS TRAS LA PRIMERA DENUNCIA DE MARÍA	30
PARTE I: Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo de Marcial hacia María y Elisa: violencia doméstica.	
I. Concepto	30
II. Régimen jurídico	30
III. Instituciones	31
IV. Sujetos	32
V. Elementos del tipo	33
VI. Bien jurídico protegido	34
VII. Punibilidad	35
PARTE II: Vuelta a la convivencia de ambos tras la denuncia de María.	
I. Orden de alejamiento	42
II. Incumplimiento de la orden de alejamiento	43
CONCLUSIÓN	45
CONCLUSIÓN FINAL	45
LEGISLACIÓN	46
JURISPRUDENCIA	47
BIBLIOGRAFÍA	49

VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VENTA DE COSA AJENA

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

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

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

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

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

El 3 de enero de 2014, Manolo reaparece, y se encuentra en la situación de que María, como heredera universal de Manolo, ha vendido la casa que éstos tenían en común al 50% a Eustaquio, por 240.000€. Por otro lado, ha vendido asimismo un piso que Manolo poseía de manera privativa en la costa de Coruña, valorada en 250.000€, pero que sólo se ha vendido

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

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

ABREVIATURAS

Código Civil – CC.

Código Penal – CP.

Constitución española de 1978 – CE.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, dado en Roma el día 4 de noviembre de 1950 – CEDH.

Fundamento jurídico – F.J.

Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC.

Ley de Enjuiciamiento Criminal – LECrim.

Ley de Jurisdicción Voluntaria – LJV.

Ley Orgánica – LO.

Ley Orgánica del Poder Judicial – LOPJ.

BLOQUE I: DERECHO CIVIL

CUESTIÓN 1

Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial. Estudio de las acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste.

Para la resolución del caso es necesario hacer previamente una serie de puntualizaciones. De este modo, se debe tener presente la distinción entre muerte, declaración de ausencia y declaración de fallecimiento, dado que los efectos entre ambas figuras son diferentes. Adicionalmente se incluye en este estudio una institución regulada por la Ley de Derecho Civil de Galicia: la situación de ausencia no declarada. Con estas anotaciones previas se resuelven las cuestiones relativas al ámbito personal (validez y eficacia jurídica del segundo matrimonio y acciones legales para poner fin al primer matrimonio), para lo que se analiza también la división doctrinal, como la restauración del matrimonio con la extinción de la declaración de fallecimiento, por haber dicho sujeto reaparecido.

I. Muerte

En primer lugar, se debe tener presente el concepto de muerte, pues esto facilitará el posterior análisis del supuesto. En este sentido, se entiende que la muerte es la extinción de la personalidad civil tal y como recoge el artículo 32 del Código Civil, y, consecuentemente, con la muerte decae la capacidad para ser titular de relaciones jurídicas. Esto último provoca una serie de modificaciones en el ámbito personal, pues supone, entre otras, la disolución del matrimonio, según dispone el artículo 85 CC. Del mismo modo, el ámbito patrimonial también se ve afectado por la muerte, y muestra de ello es la extinción del derecho a percibir la pensión compensatoria ex artículo 97 CC.

En relación al momento en el que se estima muerta una persona, dado el silencio del CC, esta cuestión queda a la apreciación médica, y es de gran relevancia, puesto que de la determinación del momento de la muerte dependen ciertos efectos como conocer quiénes son los herederos del difunto o cuándo se extinguen sus relaciones personales, entre otros. La ciencia médica certifica la muerte cuando cesa la actividad cerebral¹ -regulado esto último en la Ley 30/1979, sobre extracción y trasplante de órganos, y su respectivo Reglamento; cuerpos legales que establecen que se debe verificar la ausencia de respuesta cerebral con pérdida absoluta de conciencia, ausencia de respiración espontánea, ausencia de reflejos cefálicos, y electroencefalograma plano²-.

En cuanto a la prueba de la muerte, vemos como el procedimiento oficial se basa en la inscripción de la defunción en el Registro Civil del lugar en el que acaece la defunción, tal y como dispone el artículo 81 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil³. Existen una serie de personas que tienen la obligación de inscribir la muerte, como es el caso de los parientes del difunto hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, los habitantes de su misma casa, los vecinos y los cabezas de familia del lugar en que hubiera ocurrido la misma⁴. En aquellos supuestos de muerte violenta, desaparición del cadáver o

¹ SERRANO ALONSO, E., *Derecho de la persona*, La Ley, Madrid, 1992, Ed. 1ª, p. 12.

² Artículo 9 y Anexo I del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre.

³ La Ley de 8 de junio de 1957 estará en vigor hasta el 30 de junio de 2017, momento en el que quedará derogada por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

⁴ ROGEL VIDE, C., *Derecho de la persona*, Cálamo Producciones Editoriales, Barcelona, 2002, Ed. 1ª, p. 38.

inhumación del mismo, además de la certificación médica, es preciso que haya sentencia firme, expediente u orden de la autoridad judicial competente previo a la inscripción; debido a que si estos documentos no se presentan o no hay certeza que elimine cualquier duda racional, solo se podrá instar la declaración de fallecimiento, no la inscripción de fallecimiento en el Registro Civil.

II. Ausencia

El concepto de ausencia encuentra diferentes definiciones o sentidos en el CC. En sentido amplio, la ausencia es la situación en la que se encuentra un sujeto que ha desaparecido del lugar de su domicilio o residencia sin que se conozcan noticias del mismo. No obstante, la ausencia no se puede entender como la mera falta de presencia de la persona de su domicilio, pues ésta puede no encontrarse en su domicilio pero estar localizada; sino que el aspecto relevante será no mantener contacto con el sujeto y no tener noticias suyas. Asimismo, la consecuencia que produce la declaración de ausencia es, según De Castro, la desconexión entre el desaparecido y su patrimonio. El concepto de ausencia engloba, según la regulación del CC, tres situaciones diferentes, aunque todas ellas son independientes entre sí y no es preciso que sean sucesivas. Todas ellas tienen en común la desaparición de una persona de su domicilio o de su último lugar de residencia, unido a la falta de noticias de la misma⁵.

En primer lugar, la simple desaparición se trata de la situación en la que una persona desaparece sin que se tengan noticias de su paradero, lo que provoca ciertas incertidumbres sobre asuntos patrimoniales. Esta situación no requiere de ningún plazo legal. En este supuesto existe la posibilidad de adoptarse medidas como la representación del desaparecido. Los requisitos -regulados concretamente en el artículo 181 CC- para que pueda tener lugar la situación de simple desaparecido y, consecuentemente, se pueda nombrar a un defensor del mismo son, entre otros, los siguientes: que un sujeto desaparezca de su domicilio, que no se conozcan noticias acerca de su existencia ni de su paradero, que el sujeto desaparecido deba efectuar un negocio jurídico no apto con demora, y que sea solicitada por las personas legalmente previstas⁶. Lo más relevante de la simple desaparición es que se trata de una situación en la que no caben dudas de que la persona desaparecida se encuentra con vida, además de preverse su vuelta. Esta definición no encajaría dentro del supuesto dado, puesto que se sabe que Manolo ha caído de la embarcación en la que viajaba y, en consecuencia, se presume que no va a volver, sino que ha perdido la vida.

En segundo lugar, la ausencia legal se trata de una situación en la que la desaparición de la persona se extiende en el tiempo, unido además a la falta de noticias sobre ella, lo cual conlleva la incertidumbre sobre si el sujeto desaparecido continúa o no con vida. Este supuesto suele contener problemas más graves, por lo que es preferible que se declare al desaparecido ausente judicialmente, para poder así tomarse una serie de medidas más precisas, como la conservación y defensa de su patrimonio, para el caso de que el ausente siguiera vivo y volviera pasado un tiempo. La declaración de la ausencia legal consiste en un procedimiento judicial, el cual está sujeto a una resolución judicial, ya que sin ésta no se puede sostener la situación de ausencia legal aunque se den los demás requisitos.

En tercer lugar, la declaración de fallecimiento -la cual se estudiará posteriormente más en profundidad dado que es el supuesto de hecho contemplado-, se basa en que sobre el desaparecido existe la presunción oficial de que ha fallecido.

⁵ PUIG I FERRIOL, LI., GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Civil. Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2001, Ed. 3ª, pp. 270 y ss.

⁶ SERRANO ALONSO, E. *Derecho de la persona*, cit., pp. 144 y ss.

En relación a la evolución legislativa de la ausencia, actualmente se regula en el Título VIII, Libro I del CC, cuyo texto es fruto de múltiples reformas. Además, se han publicado numerosas leyes que amplían dicha regulación, como es el caso de la Ley de 8 de septiembre de 1939⁷, la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957⁸, la Ley 11/1981, de 13 de mayo⁹, la Ley 30/1981, de 7 de julio¹⁰, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero¹¹, y la Ley 4/2000, de 7 de enero¹², entre otras. También debe tenerse presente la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en concreto, sus artículos 2031 a 2047, pues en el momento de la aparición de Manolo estos artículos estaban en vigor¹³.

Es importante destacar que los representantes se consideran poseedores temporales, pero esta asignación tiene una serie de limitaciones, como la prohibición de vender, gravar, hipotecar o dar en prenda los bienes del ausente, salvo en caso de necesidad o utilidad evidente constatada por el Secretario Judicial, quien, a su vez, debe ser el que autorice previamente esos actos, tal y como regula el artículo 186 CC. En virtud de dicha normativa, y en base a la postura de Puig I Ferriol, se entiende que en el cargo del representante no es relevante la voluntad del titular de los bienes, sino que prevalecen los intereses generales sobre la voluntad del interesado; en definitiva, lo que se regula son los intereses de los herederos. De la misma manera, las facultades del representante provienen directamente de la ley, no de la voluntad del ausente.

La extinción de la ausencia legal se puede producir por diferentes motivos, regulados en la Ley de Jurisdicción Voluntaria: por la reaparición del ausente o por la prueba de la muerte del ausente, según el precepto 75 LJV, o por la declaración de fallecimiento del declarado ausente, ex artículo 195 CC. Mientras que dicha declaración de fallecimiento no se produzca, sigue la presunción de que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputarse fallecido, salvo investigaciones en contrario; por lo que es relevante que toda declaración de fallecimiento exprese la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte.

III. Declaración de fallecimiento

En cuanto al concepto de declaración de fallecimiento, y atendiendo a De Castro, ésta se refiere a la situación jurídica que proviene de la fijación judicial de la fecha de fallecimiento de una persona, creadora de una situación jurídica con efectos similares a la inscripción de defunción. Además, para que dichos efectos desplieguen toda su eficacia es preciso que la declaración de fallecimiento se establezca en una resolución judicial. Es importante tener en cuenta que, como ya se mencionó con anterioridad, no es necesario que se declare a un sujeto ausente antes de solicitar la declaración de fallecimiento, pues ambas situaciones son independientes y, aunque pueden ser sucesivas, cabe la posibilidad de solicitar la declaración de fallecimiento directamente, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales.

La declaración de fallecimiento se apoya en la probabilidad de la muerte del individuo, pues siempre estamos ante un supuesto de probabilidad, dado que si hubiese seguridad absoluta no se acudiría a la declaración de fallecimiento, sino al certificado de defunción. En definitiva,

⁷ La Ley de 8 de septiembre de 1939 supuso una nueva redacción al Título VIII del Libro I del Código Civil, cuyo contenido pasó a constar de tres capítulos: declaración de ausencia y sus efectos; declaración de fallecimiento; y Registro Central de Ausentes.

⁸ La Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, incorporó el Registro Central de Ausentes al Registro Civil.

⁹ La Ley 11/1981, de 13 de mayo, modifica los artículos 184 y 189 CC.

¹⁰ La Ley 30/1981, de 7 de julio, modifica el artículo 195 CC.

¹¹ La Ley 1/1996, de 15 de enero, modifica el artículo 185 CC.

¹² La Ley 4/2000, de 7 de enero, reduce los plazos de la declaración de fallecimiento en ciertos supuestos.

¹³ La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 fue finalmente derogada el 23 de julio de 2015 por la disposición derogatoria única de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

un sujeto declarado fallecido se presume que ha muerto, pero no hay seguridad absoluta porque no se han encontrado sus restos.

Se permite solicitar la declaración de fallecimiento cuando la desaparición de una persona, unida a la falta de noticias de la misma, se prolonga durante un largo período de tiempo, o cuando la desaparición del sujeto se ha producido en unas condiciones de peligro razonable. En ambos supuestos se inclina hacia la presunción de que la persona desaparecida ha perdido la vida, aunque tal extremo no pueda afirmarse con total certeza. En este sentido, aquí cabe plantearse si el interés que se pretende tutelar sigue siendo el del ausente, o por el contrario, el de sus herederos¹⁴. En consecuencia, se permite que se abra la sucesión del declarado fallecido, aunque ésta contará con una serie de limitaciones, debido a la falta de certeza absoluta de la muerte del declarado fallecido.

Siguiendo con lo anterior, la normativa no obliga a ningún sujeto determinado a solicitar la declaración de fallecimiento, sino que le concede la posibilidad de solicitarla a cualquier persona interesada y al Ministerio Fiscal. El argumento que se utiliza para no existir personas obligadas a instar el procedimiento es que la declaración de fallecimiento no busca proteger el interés del que se presume fallecido, sino el de sus herederos, como ya se ha indicado en el párrafo precedente. En la tramitación de los expedientes de declaración de ausencia y declaración de fallecimiento no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador¹⁵.

En el mismo sentido, un individuo que ha sido declarado fallecido, pero no con el certificado de defunción, sigue teniendo personalidad jurídica allá donde se encuentre. Éste sería el caso del supuesto de hecho aquí estudiado, puesto que Manolo, aun habiéndosele declarado fallecido, en ningún momento perdió su personalidad jurídica; por lo que, ni el 30 de junio del 2007 -fecha de su desaparición- ni con la posterior declaración de fallecimiento, se extinguió su personalidad jurídica, la cual sigue conservando el 3 de enero del 2014 -fecha en la que reaparece-.

La declaración de fallecimiento aparece regulada en el Capítulo II del Título dedicado a la ausencia en el CC, esto es, en los artículos 193 a 197. En ellos se determina que se deben aportar todas las pruebas necesarias, junto con las que el Secretario Judicial puede solicitar si así lo estima oportuno. Además, el Secretario debe ordenar darle publicidad al procedimiento, de igual modo que sucede para la declaración de ausencia, es decir, conforme al siguiente procedimiento: La solicitud debe presentarse ante el Secretario Judicial del Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del desaparecido o, en su defecto, el de su residencia. Tal solicitud debe ser presentada por los interesados o por el Ministerio Fiscal¹⁶. El decreto en el que se determina la declaración de fallecimiento debe expresar la fecha a partir de la cual se considera ocurrida la muerte, dato relevante, pues tal fecha será la que se tenga en cuenta para una serie de derechos y obligaciones de los herederos del declarado fallecido.

Por lo que se refiere a los presupuestos y sus respectivos plazos, los preceptos 193 y 194 CC establecen los siguientes: En primer lugar, los supuestos de desaparición prolongada o de simple incomunicación, a los que se refieren los apartados primero y segundo del precepto 193 CC: “transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición”, y “pasados cinco años desde las últimas noticias o, en defecto de éstas, desde su desaparición si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años”. Ambos supuestos tienen en común que los sujetos han permanecido un largo período de tiempo incomunicados con sus familiares, por lo que existe una alta probabilidad

¹⁴ PUIG I FERRIOL, Ll., et al., *Manual de Derecho Civil...* cit., pp. 287 y ss.

¹⁵ Artículo 68.4 LJV.

¹⁶ *Ibíd.* artículo 74.

de que hayan fallecido. Por una parte, el plazo de diez años es tan elevado debido a que el único hecho de la ausencia de noticias de la existencia y paradero del sujeto, no es un argumento lo suficientemente fuerte como para probar su muerte. Dicho plazo de diez años se debe computar desde la expiración del año natural en que se tuvieron noticias del sujeto o del que ocurrió la desaparición. Por tanto, en el caso de que el supuesto de hecho aquí estudiado se presentase dentro de este presupuesto legal, el cómputo no se iniciaría el 30 de junio de 2007 -fecha de la desaparición de Manolo-, sino el 1 de enero de 2008 -así, no se podría declarar fallecido a Manolo hasta el 1 de enero de 2018-. Sin embargo, se entiende que no cabe englobarlo en dicho presupuesto, pues se indica que la declaración de fallecimiento fue concedida “tiempo después”, expresión que hace referencia a la prontitud del hecho, esto es, que no se ha esperado los diez años que exige este presupuesto legal para formular la declaración. Además, María ha contraído segundas nupcias, por lo que se presume que antes de este segundo matrimonio -celebrado el 17 de agosto de 2009- se ha producido la declaración de fallecimiento, no cumpliendo tampoco el plazo de diez años, pues en caso contrario María estaría incurriendo en un ilícito penal¹⁷. Por otra parte, el plazo de los diez años se limita a cinco debido a la edad avanzada del declarado fallecido. Este último supuesto tampoco encajaría en el supuesto dado, puesto que Manolo tenía 51 años en el 2007.

En segundo lugar, los supuestos de riesgo inminente de muerte o de peligro concreto y directo para la vida son los regulados en el apartado tercero del artículo 193 CC. Se caracterizan por suponer un riesgo que no solo ha afectado a la persona de forma general, sino que le ha afectado de manera concreta. Este precepto dispone que procede la declaración de fallecimiento “cumplido un año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses. Se presume la violencia si en una subversión de orden político o social hubiese desaparecido una persona sin volverse a tener noticias suyas durante el tiempo expresado, siempre que hayan pasado seis meses desde la cesación de la subversión”. En definitiva, este precepto hace referencia a la desaparición del sujeto cuando éste ha sufrido o pasado por alguna circunstancia de riesgo, violencia contra la vida o algún tipo de siniestro. El concepto de violencia se entiende que se trata de un peligro razonable para la vida de la persona, y que ha sido causada por la acción deliberada de otro u otros sujetos. Por su parte, el siniestro se entiende que es aquel accidente provocado por la acción de la naturaleza o, por el contrario, por actos del hombre, ya se trate de inundaciones, incendios, terremotos o accidentes de tráfico, entre otros. Cabe recordar que el plazo de un año realizará su cómputo de fecha a fecha, a diferencia del anterior supuesto. Tal plazo de un año ha sido fijado por la Ley 4/2000, de 7 de enero, por la que se han modificado y reducido los plazos de algunos supuestos¹⁸. El supuesto de hecho tampoco encajaría en este apartado, pues, aunque es cierto que Manolo ha sufrido un “riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida” al ser arrojado al mar por María, en el momento en el que se le declara fallecido no se conocen esos hechos, sino que solo se sabe que Manolo ha caído al mar. Por tanto, cuando se le declara fallecido no tienen en cuenta estos datos -porque las autoridades no los conocen hasta años después a través de unas escuchas telefónicas- y, consecuentemente, la declaración de fallecimiento la fundamentan con otro presupuesto legal.

En tercer lugar, los supuestos de peligro general para la vida, cuya característica común se basa en que la probabilidad del fallecimiento radica en que la persona se ha visto expuesta a una situación manifiestamente peligrosa para la vida. Aunque estos presupuestos se engloban

¹⁷ Queda prohibida la poligamia de acuerdo al artículo 217 CP.

¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador), *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la persona*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, Ed. 3ª, pp. 145 y ss.

en el marco legal del artículo 194 CC, se pueden desglosar en una serie de casos dependiendo de sus distintas circunstancias:

Primero, el artículo 194.1º CC recoge las desapariciones en operaciones de campaña en tiempo de guerra, por lo que no entran dentro de esta categoría las desapariciones que se produzcan durante maniobras militares.

Segundo, “de los que resulte acreditado que se encontraban a bordo de una nave cuyo naufragio o desaparición por inmersión en el mar se haya comprobado, o a bordo de una aeronave cuyo siniestro se haya verificado y haya evidencias racionales de ausencia de supervivientes”. Esto último es la redacción actual del artículo 194.2º CC, el cual fue modificado por la LJV. Sin embargo, esta Ley no entró en vigor hasta el 23 de julio del 2015, y dado que la declaración de fallecimiento se produce en el año 2007, se debe tener en cuenta la antigua redacción del artículo 194.2º CC: “de los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquéllos. Se presume ocurrido el naufragio si el buque no llega a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido seis meses contados desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje”. Este supuesto se conoce como naufragio o inmersión en el mar. El plazo ha sido reducido a tres meses a través de la reforma que introduce la Ley 4/2000. Del mismo modo, en este presupuesto la declaración de fallecimiento debe ser instada por el Ministerio Fiscal inmediatamente después del siniestro¹⁹. Además, tanto en este supuesto como en el recogido en el apartado tercero, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del siniestro²⁰.

Asimismo, este presupuesto tiene especial relevancia en este punto, dado que el caso práctico aquí estudiado entraría dentro de este supuesto, teniendo en cuenta la redacción que tenía este precepto en el año que se declara el fallecimiento (2007). Esto se debe a que Manolo se encontraba a bordo de una nave y, en un primer momento, se presume que muere a causa de su inmersión en el mar. Debido a que la desaparición de Manolo se produce el 30 de junio del 2007, la declaración de fallecimiento tendrá lugar en un mínimo de tres meses, esto es, hasta al menos el 1 de octubre de ese mismo año no se podrá declarar fallecido a Manolo, puesto que esta es la fecha en la que se cumplen los tres meses desde su desaparición sin haberse tenido noticias del mismo. No obstante, cabe la posibilidad de alegar que este precepto no incluye los supuestos de desaparecidos por inmersión en el mar, sino que solo se trata de desaparecidos a causa de un naufragio o siniestro que da lugar a que la nave quede sumergida en el mar. Esta última postura se basa en que el artículo 193.2 CC recoge altas probabilidades de fallecimiento en situaciones de caos. Si se incluyese en este presupuesto el caso de desaparecidos por inmersión en el mar por una caída, como sucede en el supuesto dado, este plazo tan breve de tres meses no sería lo bastante prudente ni beneficioso para el desaparecido, ya que la presunción de muerte no es tan sólida si no hay siniestro o naufragio. Por ello, esta última teoría sostiene que en casos como el presente -desaparición por caída al mar- se debería aplicar el artículo 193.1 CC -con el consecuente plazo de diez años para declarar fallecido al sujeto-, debido a que sería el mismo presupuesto con la única particularidad que la desaparición se produce en el mar.

El tercer y cuarto supuesto -cuya regulación se encuentra en los artículos 194.3º y 194.4º CC- hacen referencia a accidentes de naves o aeronaves. En el primer caso, la declaración de

¹⁹ Artículo 74.1 LJV.

²⁰ *Ibíd.* artículo 68.1.

fallecimiento debe instarla el Ministerio Fiscal a los ocho días del siniestro si no se hubieran identificados los restos²¹.

Quinto, el artículo 194.5° CC le debe su redacción actual a la LJV, pues a través de ésta pasa a disponer que procede la declaración de fallecimiento en caso de desaparición aérea.

Se deben tener en cuenta los efectos de la declaración de fallecimiento, ya que estos afectarán a diversos ámbitos. En esta línea, destaca que la declaración de fallecimiento, como ya se indicó anteriormente, produce efectos similares a los que causa la muerte, aunque con ciertas características y distinciones. Los efectos, en el caso de la declaración de fallecimiento, se presentan de una forma más atenuada debido a que no existe la certidumbre absoluta del fallecimiento del sujeto y, en consecuencia, cabe la posibilidad de que la persona declarada fallecida reaparezca. En caso de reaparición de la persona declarada fallecida, dicha declaración sería revocada.

En base al artículo 195 CC, la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo investigación en contrario. Esta disposición del CC es importante tenerla en cuenta, especialmente a efectos de la persona declarada fallecida y las posibles circunstancias de sus herederos o causahabientes. Esto último aclara, en cierto modo, el párrafo segundo del mismo precepto, cuyo contenido sostiene que toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario. El cese de la situación de ausencia legal se debe a la incompatibilidad entre la declaración de ausencia y la declaración de fallecimiento. Asimismo, si la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal por su incompatibilidad, se entiende que lo mismo sucede con la situación de simple desaparición. En consecuencia, las medidas adoptadas en la situación de simple desaparición y ausencia legal también cesan.

En lo que atañe al ámbito personal, aunque éste será objeto de estudio posteriormente para analizar la situación de María y Manolo una vez que este último reaparece, cabe señalar que en el caso de estar casado el declarado fallecido, dicho matrimonio se disuelve una vez sea firme la declaración de fallecimiento, con independencia de la forma de celebración del matrimonio. El fundamento jurídico de esta afirmación se encuentra en el artículo 85 CC, el cual dispone que “el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”. Esto implica que el cónyuge presente puede volver a contraer un nuevo matrimonio con un tercero, sin afectar a ello una posible reaparición del declarado fallecido²².

En la misma línea, la extinción de la situación creada por la declaración de fallecimiento procede en tres supuestos: por la reaparición del declarado fallecido, por acreditarse de modo cierto que la persona declarada fallecida sigue con vida y se conoce su paradero, esto es, por probarse su existencia, o por la prueba efectiva de la defunción del declarado fallecido. En los dos primeros presupuestos se debe promover la revocación de la declaración de fallecimiento, la cual tendrá lugar por medio de un decreto del Secretario Judicial. Tal decreto, a su vez, dejará sin efecto el decreto que fijó la declaración de fallecimiento. En el tercer caso también será necesaria una resolución judicial, en la que constará la prueba de muerte real, lo que conlleva, en consecuencia, los efectos propios de la muerte. En este último supuesto se observa cómo se pueden dar algunas paradojas, como es el caso de que sus herederos resulten

²¹ Artículo 74 LJV.

²² SERRANO ALONSO, E., *Derecho de la persona*, cit., p. 155 y ss.

ser personas distintas, dado que es posible que se produzca un cambio de la fecha del fallecimiento real en relación a la fecha de fallecimiento que establecía el decreto de declaración de fallecimiento. En el caso de comprobarse efectivamente la muerte real del declarado fallecido, deben cesar las medidas precautorias establecidas en su sucesión, o, por el contrario, la entrega de los bienes a quienes sean los sucesores del fallecido.

Por último, la inscripción de la declaración de fallecimiento hará constar: las declaraciones de desaparición, de ausencia legal y de fallecimiento; las representaciones legítimas y dativas acordadas judicialmente y la extinción de las mismas; los inventarios de los bienes muebles y la descripción de los inmuebles, entre otros documentos (art. 198 CC). La Ley del Registro Civil y su correspondiente Reglamento incluyen el Registro central y público de ausentes en el Registro Civil²³, por lo que se debe inscribir el decreto de declaración de fallecimiento, y en su caso el decreto que deje sin efecto el anterior, al margen de la inscripción de nacimiento²⁴. La anotación del inventario debe constar en la Sección 4ª del Registro Civil²⁵.

IV. Ley de Derecho Civil de Galicia

La Ley de Derecho Civil de Galicia regula la situación de ausencia no declarada²⁶, figura creada debido a la tradición gallega, la cual se encuentra estrechamente ligada a la emigración y, especialmente, a la pesca en alta mar. Se trata de una situación que se puede definir como la ausencia de hecho, diferente a la regulada por el CC -artículo 181- para la ausencia legal, y que tiene como fundamento la falta de presencia de una persona en su domicilio. Esta figura ha sido cuestionada por parte de la doctrina, dado que, con independencia de la duración de la ausencia, el avance de los medios de comunicación da lugar a que se dude del verdadero sentido de esta institución²⁷.

El artículo 46 de la Ley de Derecho Civil de Galicia da una definición de la situación de ausencia no declarada al determinar que “se encuentra en situación de ausencia no declarada la persona cuyo paradero se ignora o aquella que no puede localizarse de modo transitorio”. La principal ventaja que supone la situación de ausencia no declarada con respecto a la institución regulada en el CC es, sin duda, que la figura gallega no precisa de un procedimiento legal para la designación de representante, siempre y cuando éste cumpla los requisitos establecidos en la Ley gallega -por el contrario, en el presupuesto dado, la declaración de fallecimiento de Manolo debe ser instada y requiere para su validez y eficacia la existencia de un decreto, dado que sigue el procedimiento recogido por el CC-.

Por lo que se refiere a los requisitos para poder proceder a la solicitud de la situación de ausencia no declarada, estos son los siguientes: ausencia fáctica -unida a la falta de noticias sobre su paradero, aunque no es necesario que se tenga incertidumbre sobre su existencia, como ocurre con el artículo 181 CC-, ausencia de representante legal o voluntario -requisito imprescindible para la doctrina y la jurisprudencia aunque la Ley de Derecho Civil de Galicia no lo establezca expresamente-, negocios que no admitan demora, y acta de notoriedad²⁸.

²³ Modificación introducida por la Disposición Final Primera de la Ley de 8 de junio de 1957.

²⁴ Artículo 46 de la Ley de 8 de junio de 1957.

²⁵ Artículo 290 del Reglamento del Registro Civil.

²⁶ La situación de ausencia no declarada se regula en los artículos 46 a 50 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, aunque originariamente se encontraba regulada en los artículos 6 a 8 de la antigua Ley 4/1995, de 27 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

²⁷ LETE DEL RÍO, J. M., PÉREZ ALVAREZ, M. A., GARCÍA RUBIO, M. P., ESPIN ALBA, I., IGLESIAS REDONDO, J. I., LETE ACHIRICA, J., *Manual de Derecho civil gallego*, Colex, Madrid, 1999, Ed. 1ª, pp. 55 y ss.

²⁸ El artículo 47 de la Ley de Derecho Civil de Galicia exige acta de notoriedad para declarar la situación de ausencia no declarada, dado que dispone que “la situación de ausencia efectiva del domicilio habitual podrá

Cabe plantearse si la situación de ausencia no declarada se trata de una institución temporal, o si por el contrario ésta puede prolongarse en el tiempo. Dado que la representación del ausente es temporal, se puede afirmar que, una vez transcurridos los plazos fijados por el CC, se debe instar la declaración de ausencia legal o de fallecimiento.

V. *Ámbito personal*

Teniendo en cuenta unos previos apuntes generales, se observa cómo en el ámbito personal, la declaración de fallecimiento tiene unos efectos complejos y controvertidos. De esta manera, tras la declaración de fallecimiento se va a proceder como si la persona hubiese muerto. Como ya se ha indicado, la declaración de fallecimiento se basa en una probabilidad de muerte y, consecuentemente, los efectos son similares pero no iguales a los de la muerte, como defiende De Castro, puesto que la declaración de fallecimiento no extingue la personalidad jurídica del declarado fallecido, dado que ésta solo se extingue con la muerte²⁹. Debido a que la declaración de fallecimiento presume la muerte del sujeto, se extinguen las relaciones personales de este último, como sucede con la patria potestad, ex artículo 169 CC.

Un aspecto mucho más problemático es la disolución del matrimonio. Esta disolución matrimonial se basa en el precepto 85 CC, en el que se establece que el matrimonio se disuelve, con independencia de su forma y tiempo de celebración -esto es, ya se haya celebrado el matrimonio en forma civil o en forma religiosa-, por alguna de las siguientes causas: por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, y por el divorcio. Asimismo, la declaración de fallecimiento era una de las causas legales que se podían esgrimir para solicitar la separación legal y el divorcio; aunque actualmente estas causas han sido eliminadas por la Ley 15/2005. Este precepto será de aplicación con independencia de que el matrimonio se haya celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1981³⁰, es decir, la declaración de fallecimiento disuelve el matrimonio se haya celebrado éste antes o después del 9 de agosto de 1981³¹.

Siguiendo con lo dispuesto en el artículo 85 CC, la disolución del matrimonio se produce en el momento en el que la resolución que contiene dicha declaración de fallecimiento es firme, atendiendo, por analogía, al precepto 196.I CC. De este modo, se debe atender a la fecha en la que sea firme el decreto de declaración de fallecimiento, con independencia de la fecha en que dicho decreto determine que se presume que el declarado fallecido ha muerto. Este dato cobra relevancia en el supuesto de hecho, puesto que se entiende que el matrimonio de María y Manolo no se disuelve el 30 de junio de 2007 -fecha en la que desaparece y se presume que ha perdido la vida-, sino que dicho matrimonio se disuelve cuando la declaración de fallecimiento sea firme.

En relación a la disolución del matrimonio, existe una amplia división doctrinal en caso de reaparición del declarado fallecido. Hay unanimidad en que en el ámbito extrapatrimonial, con la reaparición del declarado fallecido se restauran determinadas relaciones que tenía anteriormente, como es el caso de la patria potestad, la tutela o curatela. No obstante, la problemática surge respecto al matrimonio, dado que el artículo 85 CC, como ya se ha indicado, disuelve el matrimonio en el momento en el que la declaración de fallecimiento sea

acreditarse mediante acta de notoriedad por notario hábil, en la cual se hará constar la persona a la que corresponde la representación y defensa de los intereses del ausente”.

²⁹ Artículo 32 CC.

³⁰ La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, es la que le ha dado al artículo 85 su redacción actual.

³¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Bercal, Madrid, 2007, Ed. 1ª, pp. 90 y ss.

firme. Pero la duda se encuentra en qué sucede cuando el declarado fallecido reaparece. En este sentido, destacan dos sectores claramente diferenciados.

Por un lado, la doctrina mayoritaria, entre los que se encuentran Díez-Picazo y Lacruz, considera que el vínculo matrimonial, una vez disuelto, es irreversible y no se produce su restauración. Por tanto, en el caso de que el reaparecido y el cónyuge presente quieran que ese matrimonio continúe, deben volver a contraer matrimonio. Así, cabe señalar que en el ámbito personal no existe un artículo concreto en el CC que regule las consecuencias y efectos en caso de que el declarado fallecido reaparezca.

Por otro lado, existe un sector minoritario, seguido por la Prof. Rovira Sueiro, que sostiene que la reaparición del declarado fallecido sí restaura el matrimonio. Por tanto, este sector minoritario explicaba el destino dado a las titularidades personales del declarado fallecido basándose en el derogado artículo 2043 de la LEC de 1881, precepto que recogía que el decreto que deja sin efecto el de declaración de ausencia legal o de fallecimiento lleva implícita la aplicación inmediata de lo dispuesto en el artículo 197 CC. De este modo, este sector entiende que se recupera la situación que la persona que aparece ostentaba antes de ser declarada fallecida. También utilizan la analogía para apoyar su tesis, dado que defienden que la restauración del matrimonio es similar a la restauración o recuperación de la patria potestad en caso de que aparezca el declarado fallecido.

El problema se vuelve más complejo en caso de que el cónyuge del declarado fallecido se haya vuelto a casar; pues cabe plantearse en este punto qué sucede con este segundo matrimonio: es válido y plenamente eficaz, o por el contrario se considera nulo por seguir con vida el declarado fallecido. Se debe estudiar, por tanto, la validez y eficacia jurídica del segundo matrimonio.

Siguiendo con la división doctrinal, el sector mayoritario entiende que el anterior matrimonio no se restaura, por lo que a efectos legales, el que goza de validez es el segundo matrimonio, ya que el vínculo matrimonial del primer matrimonio queda disuelto una vez sea firme la declaración de fallecimiento. Esta parte de la doctrina se apoya en que el artículo 85 CC es rotundo al afirmar que la declaración de fallecimiento disuelve el matrimonio. Además, se basan en que no existe ningún otro precepto dentro del CC ni en ningún otro tipo de normativa con una disposición en la que se regule que el matrimonio se restaura una vez que aparezca el declarado fallecido. Asimismo, es importante destacar otra parte de su fundamento jurídico: el artículo 197 CC. Este último precepto muestra la modificación en el ámbito patrimonial del declarado fallecido una vez que éste reaparezca, estableciendo que recupera ciertos derechos patrimoniales con respecto a los bienes que poseía antes de ser declarado fallecido. La doctrina mayoritaria utiliza este artículo 197 para defender que el legislador quiso expresamente dejar constancia de que en el ámbito patrimonial sí se restauran ciertos derechos con la aparición del declarado fallecido, pero dado el silencio del mismo a la hora de plantear dicha reaparición en torno al ámbito familiar, la doctrina entiende que no se puede aplicar la analogía. Es por ello por lo que el sector mayoritario defiende que la aparición del declarado fallecido no restaura en ningún caso el matrimonio y, consecuentemente, el matrimonio válido es el segundo. En el caso propuesto, la doctrina mayoritaria entiende que el matrimonio válido sería el de María y Marcial, es decir, el segundo matrimonio, puesto que el matrimonio entre María y Manolo se ha disuelto con la declaración de fallecimiento de Manolo. De esta manera, María tiene total libertad, a partir de que la declaración de fallecimiento de Manolo sea firme, para volver a contraer matrimonio con un tercero, con independencia de si Manolo reaparece o no posteriormente.

Sin embargo, existe un sector doctrinal que apoya la tesis contraria, esto es, la restauración del matrimonio con la aparición del declarado fallecido (aunque cabe plantearse si es necesaria tal restauración, pues en base a sus argumentos, el primer matrimonio no deja de ser eficaz en ningún momento) y, con ello, la defensa de que el segundo matrimonio es nulo. Este sector minoritario se basa en que el artículo 85 CC no es rotundo, por lo que la teoría de la doctrina mayoritaria no se basa en argumentos sólidos. También entienden que se debe aplicar a este presupuesto la analogía, debido a que cuando reaparece el declarado fallecido, nadie se cuestiona si se restaura en ese momento la patria potestad que ostentaba antes de tal declaración. En base a lo que estima este sector doctrinal, en el caso ahora estudiado, el matrimonio entre María y Manolo sería válido, dado que, aunque éste se disuelve con la declaración de fallecimiento, se restaura -junto con las demás relaciones patrimoniales y personales de Manolo- con la reaparición de éste último. Por tanto, el sector minoritario se muestra a favor de que el matrimonio entre María y Marcial es nulo. En base a este sector minoritario, se podría entender que la causa de nulidad no es la reaparición de Manolo, puesto que dicha causa existe desde la celebración del segundo matrimonio al estar el primer marido vivo en ese momento, esto es, la nulidad no aparecería con el posterior conocimiento de la existencia de Manolo, sino que el segundo matrimonio sería nulo desde su comienzo.

En definitiva, en la actualidad la decisión de otorgar validez al primer o segundo matrimonio corresponde a los Tribunales, los cuales, normalmente, suelen apoyar la tesis mayoritaria, entendiendo que el primer matrimonio es nulo al disolverse con la declaración de fallecimiento. No obstante, este tema es discutible y no existe una respuesta exacta y unánime ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

En el ámbito del Derecho comparado, existen diferencias en torno a este aspecto. Países como Italia defienden la restauración del matrimonio en caso de reaparición del declarado fallecido. Por el contrario, en países como Alemania y Francia el matrimonio se disuelve con la declaración de fallecimiento y la reaparición del declarado fallecido no tendría efectos legales, esto es, no se restaurarían dichos matrimonios. El artículo 68 CC italiano recoge que el cónyuge presente puede volver a contraer matrimonio, pero si el declarado fallecido reaparece o se tiene conocimiento de su existencia, el segundo matrimonio se considera nulo; no obstante, no se considerará nulo el segundo matrimonio si se produce la muerte del declarado fallecido con fecha posterior a la celebración del segundo matrimonio³². Sin embargo, el artículo 116 CC portugués dispone que el cónyuge presente puede volver a contraer matrimonio, debido a que el primer matrimonio queda disuelto con fecha de la declaración de la muerte presunta³³. Otra fórmula sería la adoptada por el Libro Segundo del Código Civil Suizo, en el que, tratando de huir del principio de indisolubilidad, sostiene que la muerte declarada judicialmente no disuelve por sí misma el matrimonio, sino que ésta supone una causa de disolubilidad del mismo; por lo que la disolución del matrimonio en este caso procede de una segunda declaración judicial³⁴. Por su parte, el Código Civil mexicano, en su artículo 267.X, dispone que es causa de divorcio la declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia³⁵.

³² Código Civil italiano, aprobado por Real Decreto el 16 de marzo de 1942.

³³ Código Civil portugués, aprobado por el Decreto-Ley N° 47344/66, de 25 de noviembre.

³⁴ Código Civil suizo, desarrollado por Eugen Huber, por orden del Consejo Ejecutivo Federal; fue promulgado en 1907.

³⁵ Código Civil Federal de México, antes Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común para toda la República en materia federal.

VI. Acciones de Manolo para poner fin a su matrimonio con María

Una vez analizada la división doctrinal, cabe estudiar las posibles acciones de Manolo para poner fin a su matrimonio con María. Estas acciones son distintas dependiendo de la postura que se tome, es decir, dependen de si se apoya la tesis mayoritaria o la minoritaria.

Por un lado, si se apoya la tesis mayoritaria, Manolo no tendría que emprender ningún tipo de acción contra María para poner fin a su matrimonio con ésta. Esto se debe a que el matrimonio entre María y Manolo ya ha sido disuelto a través de la declaración de fallecimiento. Dicho esto, la reaparición de Manolo no supone la restauración del matrimonio entre ambos, por lo que, legalmente, no existen vínculos personales que los una. En consecuencia, Manolo no tendría que presentar ninguna demanda de divorcio, ya que su matrimonio ya ha quedado disuelto y así debe constar en el Registro Civil. No obstante, las posibles obligaciones a las que tenga que hacer frente María respecto al patrimonio de su anterior cónyuge -analizadas en este estudio en relación a las acciones de Manolo para recuperar parte de sus bienes-, son un tema distinto, y por las que, posiblemente, sí podrá emprender acciones legales Manolo.

Por otro lado, de seguirse la tesis minoritaria, Manolo sí tendría que emprender acciones legales contra María, puesto que dicha parte de la doctrina entiende que el matrimonio entre ambos se restaura con la reaparición de Manolo. De esta manera, en el supuesto de que Manolo quisiese poner fin a su vínculo matrimonial con María, debe presentar una demanda de divorcio contra ésta. Para poder presentar dicha demanda de divorcio basta con que uno de los cónyuges no desee la continuación del matrimonio³⁶, con independencia de que el demandado se pueda oponer a la petición por motivos materiales. Este se trataría de un caso de divorcio contencioso. También puede ser presentada la demanda de divorcio de manera consensuada por María y Manolo -o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro-, tratándose en este supuesto de un divorcio de mutuo acuerdo o consensual. Asimismo, el Juez no podrá rechazar la solicitud que realice Manolo, salvo por motivos personales.

En el supuesto de que María y Manolo pretendan divorciarse de mutuo acuerdo, a la demanda de divorcio deberán adjuntar un convenio regulador, cuyo contenido se basa en el principio de libertad de pacto entre ambos cónyuges -aunque cabe modificar dicho convenio por parte del Juez si éste observa indicios de falta de legalidad-. Dado que María y Manolo no tienen hijos en común, el convenio regulador no tiene que hacer referencia a la patria potestad, custodia y régimen de visitas de los menores. Sin embargo, sí debe constar en el documento el cónyuge que disfrutará del uso de la vivienda y del ajuar familiar, las cargas del matrimonio -como los gastos derivados de la vivienda familiar-, y la liquidación del régimen económico del matrimonio³⁷.

Suponiendo que Manolo y María hayan decidido divorciarse de mutuo acuerdo, deben presentar la demanda de divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio conyugal, o el domicilio de cualquiera de los cónyuges si estos ya vivieran separados -como es el caso-. Ambos deben acudir al Juzgado para ratificar su deseo de divorciarse, debiendo contar con la asistencia de Abogado y Procurador. En caso de que se cumplan todos los requisitos legales, el Juez dictará sentencia en la que se conceda el divorcio, produciéndose desde ese momento los efectos del mismo.

Por el contrario, si Manolo -o María en su caso- desea unilateralmente poner fin a su matrimonio con María, se seguiría el procedimiento del divorcio contencioso. En este

³⁶ Artículo 86 CC, modificado por la LJV.

³⁷ Artículo 90 CC.

supuesto, una vez que Manolo presente la demanda ante el Juez, se iniciará un juicio verbal. Posteriormente, se celebrará una vista a la que deben acudir ambos cónyuges, acompañados por su Abogado y Procurador. Finalmente, el Juez dictará sentencia acordando el divorcio.

Con independencia del modelo de divorcio por el que opten, deben presentar una serie de documentos, como el certificado de matrimonio -expedido por el Registro Civil o el Juzgado de Paz de la localidad donde se celebró el matrimonio-, poder general para pleitos, certificado de empadronamiento o residencia acreditativa del domicilio de los cónyuges, y, en caso de solicitar medidas provisionales de carácter patrimonial, documentos que acrediten la situación económica de los cónyuges, como nóminas o declaraciones tributarias.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, y aportando mi opinión personal, la tesis más sólida es la expuesta por la doctrina mayoritaria. En base a ésta, entiendo que el CC es rotundo al afirmar en el artículo 85 que la declaración de fallecimiento disuelve el matrimonio, no existiendo ningún otro artículo posterior que disponga que la reaparición del declarado fallecido restaura todas sus relaciones personales. En consecuencia, el silencio del legislador en este aspecto refleja su deseo de no restaurar el matrimonio. De seguir la doctrina minoritaria estaríamos defendiendo un vínculo inexistente -se puede entender que después de siete años sin tener ningún tipo de noticia de su ex pareja, la relación que pueda existir en la actualidad es prácticamente nula-, que estaría, en mi opinión, claramente en contra de muchos derechos, como el derecho a la libertad, el cual es un derecho ampliamente protegido al tratarse de un derecho fundamental regulado en el artículo 17 de la Constitución española. Asimismo, el hecho de que el régimen jurídico español reconozca la declaración de fallecimiento como causa de disolución del matrimonio podría suponer, en cierto modo, indefensión por parte de María -a no ser que ésta instase el divorcio para romper así el vínculo con Manolo-, puesto que, en caso de que Manolo reaparezca, serán los Tribunales los que -siguiendo un sector doctrinal u otro- resuelvan sobre la eficacia del segundo matrimonio. En cambio, en el supuesto de que el legislador optase por una fórmula como la del CC de México -reconocer la declaración de fallecimiento como causa de divorcio-, no vería afectados sus ámbitos patrimonial y personal. Del mismo modo, aun teniendo en cuenta que, tras la reaparición de Manolo María puede divorciarse de él, podrían producirse daños relevantes para ella y su actual pareja, pudiendo afectar en algún modo a su integridad moral, derecho fundamental regulado en el artículo 15 CE. De la misma manera, la tesis minoritaria conllevaría graves inconvenientes también para el tercero que se casa con el cónyuge presente -en este caso Marcial-. Otro dato importante es que la defensa de esta tesis minoritaria podría dar lugar a fraude por parte del declarado fallecido, puesto que no sabemos la razón por la que, por ejemplo, Manolo estuvo ausente y sin dar ningún tipo de noticias sobre su existencia y paradero durante seis años y medio.

CUESTIÓN 2

Estudio de 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 Miriam. Análisis sobre qué derechos ostentan cada uno sobre el inmueble citado.

Aunque con respecto a la declaración de fallecimiento, los efectos producidos en los ámbitos personal y patrimonial ya se han estudiado en la anterior cuestión, se recogen en esta cuestión segunda una serie de notas que hacen viable entender las posibles acciones legales que Manolo puede emprender contra María para intentar así recuperar la totalidad o parte de su patrimonio. Con este fin, se atiende a la defensa de los bienes del desaparecido, y a los

concretos supuestos planteados, esto es, la cuenta bancaria, el bien privativo y el bien en común, así como los derechos que ambos poseen sobre los mismos.

I. Líneas generales

De acuerdo con lo estudiado en el presente proyecto, y atendiendo especialmente al primer apartado del mismo, se debe señalar que las acciones que Manolo puede emprender contra María por la venta de dos inmuebles y por la reducción del capital de la cuenta bancaria que tenían en común, varían dependiendo de si se adopta o no la tesis de que el matrimonio se restaura con la reaparición del declarado fallecido, Manolo. No obstante, dado que en la conclusión se defiende la tesis de que el matrimonio quedaría disuelto con la declaración de fallecimiento, y no existe posibilidad alguna de restaurarlo -salvo un posible matrimonio entre ambos una vez reaparezca Manolo, aunque para ello María deba divorciarse inicialmente de Marcial-, se centrará el siguiente estudio en torno a las medidas legales que puede emprender Manolo en contra de su ex mujer.

II. Defensa de los bienes del desaparecido

Aunque muchos de los aspectos de este tema ya se han estudiado en el apartado anterior, en relación a la declaración de ausencia o fallecimiento y la posible reaparición del declarado ausente o fallecido -especialmente al analizar los efectos-, cabe destacar, en este punto, ciertos caracteres específicos para el ámbito patrimonial.

En este sentido, destaca una situación curiosa, pues, como ya se ha indicado, la declaración de fallecimiento presume la muerte de una persona, pero su personalidad jurídica no se extingue hasta su muerte, es decir, si el declarado fallecido sigue con vida, tendrá personalidad jurídica donde quiera que se encuentre. En consecuencia, el declarado fallecido que siga con vida puede realizar actos de disposición sobre sus bienes. Así, el patrimonio del declarado fallecido tendrá, en cierto modo, dos titulares: los representantes del declarado fallecido, y el propio declarado fallecido si sigue vivo³⁸.

Una vez sea firme la declaración de fallecimiento, ésta va a producir una serie de efectos en el patrimonio del declarado fallecido, puesto que sus relaciones jurídicas se extinguen con tal declaración, y esto supone modificaciones en su esfera patrimonial. Asimismo, con la declaración de fallecimiento se abre la sucesión a favor de los que tengan derecho a sucederle, debiendo atender para ello a la fecha que conste en la declaración de fallecimiento³⁹.

En la misma línea, es el artículo 196 CC el que regula el momento y el procedimiento para abrir la sucesión del declarado fallecido, procediéndose a la adjudicación de sus bienes conforme a lo dispuesto legalmente. Sin embargo, la sucesión se abre con ciertas limitaciones por no existir certeza absoluta sobre la defunción del declarado fallecido. Esto último explica que los herederos no puedan disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento. La mención expresa de disposición a título gratuito da lugar a que se entienda que los sucesores sí tendrán derecho a disponer a título oneroso de los bienes del fallecido. El fundamento jurídico de este precepto se basa en que si los sucesores realizan una disposición a título gratuito, como puede ser una donación, de los bienes del declarado fallecido y posteriormente éste reaparece, sería complicado que el sujeto recobre sus bienes o, al menos, el precio de los mismos. Mientras que, si sus bienes han sido vendidos es más apropiado para que los sucesores le otorguen la cifra correspondiente a esos mismos bienes.

³⁸ PUIG I FERRIOL, Ll. et al., *Manual de Derecho Civil...* cit., pp. 271 y ss.

³⁹ Artículo 74 LJV, en el que se establece que “firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil o extrajudicialmente, según los casos”.

De la misma manera, la normativa establece límites relativos a la entrega de legados, puesto que hasta pasados cinco años de la declaración de fallecimiento, no serán entregados los legados, si los hubiese, ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios, salvo las mandas pías en sufragio del alma del testador -como las misas que se puedan celebrar a favor del declarado fallecido-, o los legados a favor de Instituciones de Beneficencia. En este punto, cabe destacar que, pese a la limitación temporal de los legatarios, estos últimos pueden solicitar que se tomen una serie de medidas, como medios de garantía como puede ser la fianza, esto es, pueden solicitar cautelas para asegurarse que, llegado el momento y pasados los cinco años de la declaración de fallecimiento, los herederos le entregarán el legado que le corresponde.

Otra obligación adicional de los sucesores, una vez abierta la sucesión, es la formación ante notario de un inventario detallado de los bienes muebles, así como una descripción de los inmuebles que constituyan la herencia causada por la declaración de fallecimiento, de acuerdo con el artículo 196 CC. Este inventario deberá realizarse con independencia de que se trate de un único sujeto, esto es, aunque no sea necesaria la partición⁴⁰. Todas estas medidas son tomadas porque la sucesión del declarado fallecido se abre con una serie de cautelas, puesto que no se tiene la certeza absoluta de su muerte.

Por otro lado, en el caso de que el declarado fallecido reaparezca, el decreto que deje sin efecto la declaración de fallecimiento lleva implícita la aplicación del artículo 197 CC⁴¹. En base a dicho precepto, el declarado fallecido que reaparece tiene derecho a recuperar sus titularidades en el estado en el que se encuentren, es decir, en el supuesto que sus sucesores hayan vendido la totalidad o parte de sus bienes, el sujeto tiene derecho al precio por el que han sido vendidos los mismos o, en su caso, los bienes que se han comprado con ese precio. Este derecho existe siempre y cuando exista precio y no se tenga gastado. El sujeto que aparece no tendrá derecho a recuperar los bienes si estos se han perdido o se han donado. Estos dos últimos presupuestos se dan con independencia de las posibles acciones legales que el sujeto puede emprender contra sus sucesores. Por tanto, cabe destacar que el artículo 197 CC se basa en la buena fe del sucesor y en el principio de irresponsabilidad, pues si el sucesor actúa de buena fe, queda exonerado de responsabilidad alguna; así, el poseedor que tenga los bienes de buena fe, quedará defendido por el artículo 197.

También en base al principio de buena fe, el precepto 197 CC recoge que el sujeto que reaparece “no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto”. Por tanto, el sucesor no está obligado a devolver todas las rentas y frutos, sino que solo se tendrán que devolver las rentas o frutos desde el día que aparece -si se presenta- o desde la resolución que deja sin efecto la declaración de fallecimiento -si no se presenta-.

No obstante, se debe tener en cuenta también el principio de buena fe desde la perspectiva de María, quien no solo ha producido la desaparición de Manolo con su agresión en el barco, sino que también conoce dicha causa de desaparición y no la pone en conocimiento de las autoridades cuando éstas declaran fallecido a su primer marido. En este punto entra en juego el principio de no beneficio de las propias injusticias -principio que repercute en las acciones de Manolo para recuperar el capital reclamado a María-, pues al obtener dinero de la cuenta bancaria y vender los inmuebles, María se estaría enriqueciendo de manera injusta, es decir, se produce un desplazamiento de bienes y ventajas que, sin causa que lo justifique, da lugar a que el patrimonio de María se enriquezca y el de Manolo -a causa de ese enriquecimiento- se empobrece. El silencio por parte del legislador a la hora de regular el enriquecimiento sin

⁴⁰ SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador), *Curso de Derecho Civil I...* cit., pp. 145 y ss.

⁴¹ SERRANO ALONSO, E., *Derecho de la persona*, cit., pp. 151 y ss.

causa, muestra que es una figura creada por la jurisprudencia, destacando en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1943, la cual sienta las bases de este principio. La finalidad del principio de enriquecimiento sin causa es “corregir las adjudicaciones patrimoniales injustificadas, prohibiendo en consecuencia los desplazamientos patrimoniales carentes de causa”⁴².

Para poder apreciar enriquecimiento injusto en la conducta de María es preciso que concurren una serie de presupuestos. Primero, que María se enriquezca, esto es, que exista una ventaja patrimonial, con independencia de que ésta provenga de una acción culposa -ya que es compatible con la buena fe-. Segundo, empobrecimiento del patrimonio de Manolo como consecuencia del enriquecimiento de María, siempre que no sea imputable tal empobrecimiento al propio Manolo. Tercero, ausencia de una causa que justifique el enriquecimiento de María a costa del patrimonio de Manolo. De este modo, Manolo podría ejercer la acción de responsabilidad civil contra María por la venta de cosas ajenas; tal acción puede interponerse debido a que el enriquecimiento sin causa es producto de una acción de la propia enriquecida -en caso contrario, la reclamación tendría que dirigirse contra el tercero que provoca el desplazamiento patrimonial, o no podría ejercitarse por tratarse de fenómenos naturales que no generan responsabilidad extracontractual-⁴³. Dicho esto, se debe tener en cuenta que Manolo no solo cuenta con la posibilidad de recuperar la proporción de los bienes que le corresponden, sino que podrá ejercer las acciones de responsabilidad civil correspondientes para que María responda por la venta de cosas ajenas que ha llevado a cabo -además de la responsabilidad penal por la que también debe responder-. En cambio, Eustaquio y Miriam (compradores de los inmuebles) no se verían afectados por dichas acciones debido a que en el Derecho positivo español la validez de la venta de cosa ajena se reconoce implícitamente en el artículo 1473 CC, lo cual no impide la obligación de saneamiento por evicción⁴⁴.

Otro aspecto que se debe tener presente es el aportado por el precepto 756.2 CC, cuyo contenido recoge que es incapaz para suceder por causa de indignidad “el que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes”. En este sentido, Manolo podría alegar esta causa de anulabilidad. Sin embargo, para poder apreciar tal causa es preciso, tal y como expone el artículo 758 CC, que haya sentencia condenatoria firme, por lo que a continuación no se tendrá en cuenta esta causa de indignidad al entender, con los datos dados en el supuesto de hecho, que todavía no existe sentencia firme contra María.

III. Cuenta bancaria

En el momento de la desaparición de Manolo ambos cónyuges tenían en común una cuenta bancaria, con un valor que ascendía a 65.000 euros; mientras que en el momento de la reaparición de Manolo -3 de enero de 2014- la cifra es de tan solo 15.000 euros. Se entiende, de acuerdo con los datos establecidos, que en el momento en el que es firme la declaración de fallecimiento de Manolo, el capital de la cuenta bancaria corresponde en su totalidad a María, puesto que el 50% le corresponde porque es ella misma la titular de ese porcentaje, y el otro 50% por derecho propio al ser la heredera universal de Manolo⁴⁵, entendiéndose que se abre

⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, Bercal, Madrid, 2011, Ed. 3ª, pp. 180 y 181.

⁴³ BUSTO LAGO, J. M., PEÑA LÓPEZ, F., “Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. I, 1997, pp. 141 a 166.

⁴⁴ TORRES PARRA, M. J., “Doble venta y venta a non domino: del Derecho Romano al Derecho Comunitario Europeo” en *Revista internacional de Derecho Romano*, vol. XII, 2014, pp. 193 a 227.

⁴⁵ Artículos 943 y 944 CC.

la sucesión intestada de acuerdo a los artículos 912 y siguientes CC, dado que no se establece que Manolo haya hecho testamento. Por tanto, en el momento de la reaparición de Manolo solo tendría que responder del 50% que ha heredado.

En este sentido, atendiendo a la información dada anteriormente y al contenido del artículo 197 CC -además de los distintos cauces de acción de Manolo derivados del principio de enriquecimiento sin causa y que se podrán aplicar tanto a la cuenta bancaria como a los dos inmuebles-, se entiende que si en el momento de su aparición la cuenta bancaria contase con los 65.000 euros iniciales, Manolo podría exigir que se le entregase la mitad, es decir, 32.500 euros. Por el contrario, como cuando aparece solo existen 15.000 euros se deben atender a ciertos presupuestos. Primero, si los 50.000 euros que restan se hubiesen perdido, consumido o enajenado, Manolo no podría exigirlos a María; y en este caso solo tendría derecho a la mitad de la cifra actual (7.500 euros). Segundo, si María hubiese dispuesto de esos 50.000 euros con la finalidad de comprar nuevos bienes, Manolo podrá exigir el cincuenta por ciento de esos bienes, tal y como dispone el artículo 197 CC, además de la suma de 7.500 euros en concepto de lo explicado en el caso anterior. Tercero, si la cuenta bancaria ha producido algún tipo de beneficio durante el tiempo en que Manolo se encontraba desaparecido, éste no podrá reclamar los frutos, sino desde el momento de su aparición. Cuarto, en todo caso, María podrá alegar, de darse el supuesto, que todo o parte de ese dinero que resta de la cuenta bancaria, ha sido destinado a la conservación de los bienes que tenían en común o de los bienes privativos de Manolo; por lo que en ese caso no tendría derecho Manolo a exigirle dicha cantidad. Todas estas posibilidades encuentran su fundamento jurídico en el artículo 197 CC.

IV. Bien en común

María y Manolo tenían una casa en común, al cincuenta por ciento, la cual ha sido vendida a Eustaquio por 240.000 euros. En este presupuesto entra en juego la buena fe del poseedor. Eustaquio queda exonerado de toda responsabilidad. Como ocurría con la cuenta bancaria, María es la propietaria del 50% de la casa; mientras que el 50% restante lo hereda por derecho propio, conforme a los preceptos 943 y siguientes CC. También en este caso, María solo debe responder ante Manolo del 50% que ha heredado.

Por su parte, tal y como se dispone en el artículo 197 CC, el sujeto que aparece tendrá derecho a recobrar sus bienes y al precio de los que se hubieran vendido. En consecuencia, Manolo puede exigir a María el cincuenta por ciento del precio de la vivienda que tenían en común, esto es, 120.000 euros. Hay que tener en cuenta que Eustaquio no se ve afectado de ningún modo por la reaparición de Manolo, dado que queda amparado por el principio de buena fe, por lo que su titularidad sobre el inmueble no se vería en peligro en ningún momento.

V. Bien privativo

Antes de su desaparición, Manolo poseía un piso, de manera privativa, valorado en 250.000 euros, el cual fue vendido a una amiga de María por tan solo 175.000 euros. En este supuesto, antes de la declaración de fallecimiento María no es titular del inmueble, por lo que al heredarlo, lo hace al 100% por derecho propio al ser la heredera única de Manolo, conforme los artículos 943 y 944 CC. Así, tendrá que responder igualmente del 100% en el momento de la reaparición de Manolo. Por lo que se refiere a este caso, se podrían hacer varias observaciones.

Primero, entra en juego la buena fe del sucesor, María, dado que si se prueba que sí que ha rebajado el precio del inmueble por razones ajenas a su amistad con la compradora, Miriam, no tendría consecuencias más allá de las comentadas para el caso de la cuenta bancaria. Así,

María únicamente tendría que devolverle a Manolo el precio por el que fue vendido el piso, 175.000 euros. La rebaja en el precio del inmueble perjudica a María, pues ella lo podría haber vendido por su valor real y aumentar las ganancias en 75.000 euros -con independencia que posteriormente se los tuviese que reembolsar a Manolo tras su reaparición-. Por tanto, se entendería aquí que la rebaja, o en cierto modo el favor, realizada a su amiga no conlleva necesariamente mala fe por parte de María. Las razones que puede alegar María, y que debe acreditar en su debida forma, pueden ser muy variadas, como la caída de los precios de las viviendas, por ejemplo.

Segundo, en el supuesto de que se pueda probar que María ha rebajado el precio del inmueble debido a la amistad que la une con Miriam, Manolo podría exigirle a María el valor real del piso, 250.000 euros, pues aquí no se podría amparar en el principio de buena fe del sucesor. No obstante, es difícil defender este supuesto, debido a que María presume que Manolo ha muerto, por lo que sería poco probable que venda el inmueble a un precio inferior con el único fin de perjudicar a Manolo.

CONCLUSIÓN

Las acciones que puede emprender Manolo contra su ex mujer son muy variadas dependiendo de las concretas circunstancias en las que fueron vendidos los inmuebles y consumido el dinero de la cuenta corriente, así como depende también de otros aspectos como el principio de enriquecimiento sin causa y de la responsabilidad penal de María. Con lo que respecta a la vivienda y cuenta bancaria que tenían en común, en mi opinión, María ha actuado correctamente, dado que presumía que Manolo había muerto y, puesto que ella era su única heredera, decide disponer de los bienes del mismo de la manera que más le favorezca. En consecuencia, entiendo que solo debe darle a Manolo 120.000 euros de la vivienda en común, y 7.500 euros de la cuenta bancaria. Asimismo, considero que Manolo no puede probar suficientemente que María ha rebajado el inmueble privativo debido a su amistad con la compradora con el objetivo de perjudicar a Manolo, ya que la actual crisis en el sector inmobiliario sería un argumento lo bastante sólido para la defensa de María. No obstante, en caso de que posteriormente se condene a María por atentar contra la vida de Manolo, considero que María debe responder también civilmente, restableciendo todos los bienes -o, en su caso, el precio de los mismos- que Manolo tenía en su patrimonio en el momento de su desaparición.

BLOQUE II: DERECHO PENAL

CUESTIÓN 3

Estudio de las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo, y análisis de la validez de las escuchas telefónicas.

El estudio de las características del delito cometido por María requiere una serie de análisis referentes al contenido legal de la figura del asesinato, incluyendo dicho análisis un enfoque particular de las circunstancias constitutivas del delito y de las diferencias entre los delitos de asesinato y homicidio. Asimismo, cabe tener presente que los preceptos del Código Penal que regulan este delito han sido modificados recientemente, por lo que no serían estas modificaciones de aplicación a María de acuerdo con el principio de irretroactividad, puesto que son desfavorables para ella. De la misma manera, es interesante hacer un estudio de aspectos como la culpabilidad y la punibilidad, pues ambas tendrán efectos en la determinación de la pena de María.

En cuanto a la validez de las escuchas telefónicas, se debe atender a su regulación en los distintos textos legales, y a los requisitos que estos exigen. Estos aspectos facilitarán la comprensión de la validez de tales intervenciones. La clave se encuentra en determinar si se puede considerar lícita una conversación en la que se confiesa un delito distinto al que ha motivado la autorización judicial para realizar esas escuchas telefónicas. Dependiendo de dicha legalidad, se podrá tener en cuenta como medio probatorio.

PARTE I: Determinación de las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo

I. Concepto de asesinato

La vida del ser humano se considera un valor fundamental y, tal y como muestran la CE⁴⁶ y los distintos Convenios Internacionales, es el bien jurídico más protegido por todos los órdenes jurídicos. Precisamente, la vida es el bien jurídico protegido en el delito de asesinato; en este sentido, cabe señalar que solo pueden invocarse como excepción a este derecho las causas de inimputabilidad, inculpabilidad o justificación⁴⁷. En referencia a la conducta tipificada, se observa como el asesinato es un tipo de prohibición de resultado -la muerte efectiva de otra persona-, es decir, un delito de resultado. En este punto, es fundamental en la acción que la voluntad esté exteriorizada y dirigida a un determinado fin, en este caso, matar a otra persona, por lo que se entiende que hay ausencia de acción cuando ésta proviene de actividades internas del sistema anímico, pensamientos o intenciones no puestas en práctica⁴⁸.

II. Causalidad

En el presente trabajo se tendrá en cuenta la situación en la que se encontraba Manolo en el momento de la acusación de asesinato de María, es decir, sin tener en cuenta que finalmente el asesinato no fue consumado. Dicho esto, con respecto a la relación de causalidad se entiende que debe haber un nexo entre la acción de matar y el resultado de muerte. Si el referente es la teoría de la *conditio sine qua non*, la acción supone la causa del resultado si hecha desaparecer, mentalmente, la conducta del sujeto, desaparece también el resultado. En consecuencia, la acción de lesionar y tirar por la borda a Manolo se entiende que es la causa del delito, pues se trata de un riesgo social y jurídicamente no permitido. En los delitos de resultado como el asesinato opera la imputación objetiva, la cual atribuye jurídicamente el resultado a la acción, cabiendo por tanto la consumación⁴⁹.

III. Diferencias entre homicidio y asesinato

Son relevantes las diferencias entre ambas figuras delictivas, no solo por sus características, sino también por su pena. En primer lugar, aunque ambos delitos coinciden en la conducta típica (matar a otro sujeto), el homicidio simplemente exige para su subsunción en el tipo penal matar a otro, como recoge el artículo 138 CP, siendo posible la comisión del delito de forma imprudente. Destaca en el homicidio que no existe la premeditación. La pena prevista para el delito de homicidio es de diez a quince años de prisión, considerablemente inferior a la recogida para el delito de asesinato.

En segundo lugar, para apreciar el delito de asesinato es necesario que, además de existir una conducta en la que un sujeto mata a otro, concurra una de las siguientes circunstancias

⁴⁶ La vida humana ha sido objeto de reconocimiento constitucional en el artículo 15.

⁴⁷ ORTEGO COSTALES, J., *Teoría de la parte especial del Derecho Penal*, Dykinson, Salamanca, 1988, Ed. 1ª, pp. 233 y ss.

⁴⁸ LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, Ed. 3ª, pp. 121 y ss.

⁴⁹ *Ibíd.* pp. 189 y ss.

constitutivas del ilícito: alevosía; precio, recompensa o promesa; ensañamiento; facilitar la comisión de otro delito o evitar que se descubra. Así, en el asesinato existe intencionalidad meditada y preparada. La pena prevista para el asesinato es actualmente de quince a veinticinco años de prisión, ex artículo 139 CP.

Aun teniendo en cuenta que María es acusada de asesinato, cabe la posibilidad de que la defensa de María alegue que no hay alevosía, esto es, que demuestre que la acusada no golpea a Manolo en la cabeza con el fin de evitar una posterior autoprotección, sino que es una mera agresión, con independencia del lugar en el que reciba el golpe la víctima. Tal consideración sería relevante en la determinación de la pena, dado que la acusación se modificaría, pues María sería acusada de homicidio y no de asesinato y, consecuentemente, la pena de prisión sería de diez a quince años. Sin embargo, en el presente estudio se atenderá a la presencia de alevosía, con la consiguiente acusación de asesinato, dado que se entiende que el objetivo del golpe en la cabeza es debilitarlo y evitar que pueda reaccionar ante el posterior tiro al mar, pues si María decide efectivamente tirarlo al agua y no lo socorre -no ayudándolo a subirse de nuevo al barco y no solicitando ayuda a terceros o a servicios sanitarios- se puede presumir que la conducta de María va encaminada a conseguir que Manolo pierda la vida, por lo que su conducta sería alevosa.

IV. Circunstancias constitutivas del delito

Para poder atribuir la condición de asesinato a una conducta debe existir alguna de las circunstancias calificativas que se enumeran en el artículo 139 CP. Así, se debe tener en cuenta que en el momento de la acusación de María -antes de la aparición de Manolo en el 2014- la redacción de este precepto era distinta a la actual, dado que la modificación no entró en vigor hasta el 1 de julio de 2015⁵⁰. Esto último desemboca en el principio de irretroactividad, esto es, de la prohibición de retroactividad de las leyes que crean o agravan la responsabilidad penal, de acuerdo con el artículo segundo del CP, cuyo contenido atiende a los principios de legalidad y seguridad jurídica. De esta manera, la ley aplicable a María sería el CP en su redacción en el momento de cometer el delito. De la misma manera, la pena de prisión que recoge dicho artículo actualmente es de quince a veinticinco años, mientras que la aplicable a María sería la dispuesta en su redacción anterior, es decir, de quince a veinte años. No obstante, a continuación se realizará un análisis de las circunstancias que dan lugar al asesinato, incluyéndose adicionalmente las de nueva redacción.

Primero, la alevosía⁵¹ existe cuando el culpable actúa asegurándose la ejecución de la muerte, de modo que no haya riesgo de una posible defensa de la víctima. Lo fundamental para poder apreciar la alevosía es que el autor aproveche los medios de ejecución para impedir la defensa de la víctima, y que esos medios sean utilizados precisamente con esa finalidad. El fundamento de la existencia de la alevosía como circunstancia cualificada para determinar el asesinato se halla en la doctrina dividido. Un sector doctrinal defiende que reside en la mayor valoración y protección de la vida e integridad de las personas. Por el contrario, otro sector se apoya en la tesis de que la alevosía concede al autor un acceso más sencillo a la lesión jurídica, lo que conlleva mayor peligrosidad⁵². El Tribunal Supremo se ha manifestado en diversas ocasiones acerca de este punto, como es el caso de la sentencia 1389/1998, de 23 de diciembre, F.J. 3, en la que se establece que la alevosía se integra en el asesinato como “elemento del tipo”. En esta línea, María es acusada de asesinato porque en la conducta

⁵⁰ Modificación introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁵¹ La circunstancia de alevosía recogida en el artículo 139.1.1ª CP coincide con la agravante genérica regulada en el precepto 22.1º del mismo.

⁵² DEL ROSAL BLASCO, B., “La alevosía en el Código Penal de 1995” en *Manuales de Formación Continuada. Delitos contra las personas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 271 y ss.

cometida está presente la alevosía, ya que agrede primeramente a Manolo con el fin de que éste no se pueda defender y así tirarlo por la borda. Así, cabe desatacar que para ser apreciada dicha alevosía es preciso que se den una serie de requisitos. Por una parte, es necesario que los medios comisivos aseguren el resultado sin riesgo para el culpable, con eliminación de la posible defensa; requisito que se cumple al golpear María a Manolo para evitar la defensa de éste. Por otra parte, se exige también que, en cuanto a la culpabilidad, la alevosía se integre por el ánimo tendencial encaminado a la indefensión del agente; requisito que, del mismo modo, se cumple al tener María la voluntad de crear indefensión por parte de Manolo. Por último, otro requisito es que la unión de los anteriores suponga una mayor condena social y legal ante el logro de la acción; supuesto también presente en el caso de María.

En el supuesto analizado existe alevosía súbita o inopinada, puesto que María provoca el ataque -la agresión y posterior tiro al mar- de manera inesperada, debido a que Manolo no podría esperar tal comportamiento de María, y menos aún que no vaya a poder defenderse por el golpe en la cabeza. Aquí se observa cómo hay dos acciones delictivas diferentes pero sucesivas e inmediatas. Según la jurisprudencia, si la víctima se halla en situación de indefensión desde el inicio de la segunda acción, se puede apreciar la alevosía respecto de dicha segunda acción⁵³. Por tanto, aunque la agresión supone el medio utilizado por María para evitar la defensa de Manolo, la jurisprudencia apoya la tesis de que esa alevosía sea aplicada en el conjunto de las dos acciones, acusándose así a María de asesinato. Así, no se le podría acusar adicionalmente a María por un delito de lesiones, pues las mismas quedan comprendidas dentro del delito de asesinato. Asimismo, para apreciar alevosía no es preciso ningún tipo de preparación o premeditación, dado que puede surgir en el mismo momento de la ejecución. Dicho esto, no es necesario que María haya planeado previamente cometer el delito contra Manolo, sino que -como se da en el supuesto- la acción la planea y realiza acto seguido de la confesión de su marido de disolver el matrimonio.

En el supuesto de que tras la confesión de Manolo, ambos mantuviesen una riña, también se debería acusar a María por asesinato, puesto que, aunque es cierto que con carácter general la jurisprudencia ha negado la existencia de alevosía en situaciones de peleas, en este caso se produce una excepción, debido a que Manolo no tenía por qué presumir el alcance de los medios de María. En este sentido, destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1993, en la que se establece que puede suceder que “uno de los contendientes no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que vaya más allá de la confrontación verbal y se deslice hacia una agresión desproporcionada que pille de sorpresa al acometido” (F.J. 2), supuesto en el que sí cabría aplicar alevosía.

Segundo, por precio, recompensa o promesa⁵⁴, siendo lo fundamental en esta circunstancia que el ofrecimiento sea lo que lleve al autor a cometer el delito. La doctrina entiende que solo se debe aplicar al autor material (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1985, F.J. 1, en la que se establece que, por imperativo del principio *non bis in idem*, se excluye la apreciación de la agravante cuando la promesa del pago actúa como inducción).

Tercero, con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido⁵⁵, tratándose esta circunstancia de una acción que produzca un dolor innecesario

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1986, F.J. 4.

⁵⁴ La circunstancia de precio, recompensa o promesa recogida en el artículo 139.1.2ª CP coincide con la agravante genérica regulada en el precepto 22.3ª del mismo.

⁵⁵ La circunstancia ensañamiento del artículo 139.1.3ª CP tiene relación con la agravante genérica regulada en el precepto 22.5ª del mismo, aunque la primera alude solo al dolor del ofendido, y no al “sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”.

para la ejecución del delito⁵⁶, unido al conocimiento por parte del autor de que dicho dolor es innecesario. La doctrina defiende que el ensañamiento solo será apreciable si la víctima sigue con vida cuando se comete la acción. Destaca en este punto la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 881/1998, de 16 de diciembre, en la que no se aplica ensañamiento, debido a que la víctima cae y queda inconsciente antes de morir a causa del fuego.

Cuarto, para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. Esta circunstancia tiene lugar con la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, y en base al derecho comparado, ésta supone una reproducción del CP alemán⁵⁷, en el que se considera asesino a quien mata a otro como medio para cometer otro delito o para conseguir encubrirlo⁵⁸.

Para la apreciación del delito de asesinato solo es necesario que concurra una de las cuatro circunstancias anteriores, puesto que en el caso de concurrir más de una de esas circunstancias se impondrá la pena en su mitad superior -pena de prisión de veinte años y un día a veinticinco años-, ex artículo 139.2 CP.

VI. Lugar y tiempo

En el supuesto dado María y Manolo realizan un viaje en barco, del cual únicamente María regresa con vida. Este dato es importante para interpretar el lugar de comisión del delito de asesinato, y la consiguiente aplicación de la ley penal. En un primer momento, se debe tener en cuenta que en este punto prima el principio de territorialidad de la ley. De esta manera, se debe aplicar la ley penal a los hechos cometidos en el territorio del Estado, con independencia de que se hayan cometido por nacionales o extranjeros, de acuerdo con la soberanía del Estado, debido a que el artículo 8 CC dispone que “las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”. Es necesario precisar en donde ha de realizarse la conducta, dado que en ocasiones esos hechos pueden no ser delictivos en otros lugares⁵⁹.

A estos efectos, destaca la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial. En este sentido, si el delito se comete en aguas españolas o a bordo de un buque o aeronave español, la jurisdicción penal española será la competente para el conocimiento de la causa, ex artículo 23.1 LOPJ. Del mismo modo, si el supuesto se comete fuera del territorio nacional, también será competente la jurisdicción española -artículo 23.2 LOPJ- si María fuese española o hubiese adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho, y se cumplen ciertos requisitos: que el hecho sea punible en el lugar de ejecución o exista un Tratado internacional relativo a estos aspectos, que el agraviado o el Ministerio Fiscal interponga querrela ante Tribunales españoles, y que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o no haya cumplido la condena. Con los datos dados en el supuesto se entiende, por tanto, que los Tribunales españoles son los competentes para juzgar la conducta de María.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, Ed. 19ª, pp. 45 y ss.

⁵⁷ Artículo 211 *in fine* del CP alemán: “El asesinato se castigará con pena privativa de libertad de por vida. Asesino es quien mata a un ser humano: por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia o de otra manera por móviles abyectos, con alevosía o cruelmente, o con medios que constituyen peligro público, o como medio para cometer otro delito para encubrirlo”.

⁵⁸ CADENA SERRANO, F. A., *Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 1/2015*, [en línea]. Disponible en: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740>. [Acceso: 11 de abril de 2016],

⁵⁹ ORTEGO COSTALES, J., *Teoría de la parte especial...* cit., pp. 90 y ss.

Por otro lado, el tiempo se refiere generalmente al momento de realización de la conducta. Debido a que la conducta típica se trata de un único acto no prolongado temporalmente, se entiende que el tiempo de comisión del asesinato es el 30 de junio de 2007⁶⁰. Esta afirmación se fundamenta en el artículo 7 CP, en el que se recoge que “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 consecuencia, a María le será aplicada la ley penal vigente a día 30 de junio de 2007, salvo que las posteriores modificaciones le beneficien, conforme al principio de irretroactividad.

VII. Sujetos

Por lo que se refiere al sujeto, éste se incorpora al tipo penal y se encuentra en una de estas tres posiciones: activo (delincuente), pasivo (víctima, es decir, el titular del bien jurídico protegido), o tercero (aquel que no participa en la conducta típica pero aparece por imposición lógica del delito). Al tratarse de un delito de asesinato, el sujeto activo puede ser cualquier persona, ya que es un delito común. En este supuesto coincide el sujeto pasivo de la acción -la persona sobre la que recae específicamente la acción delictiva- con el sujeto pasivo del delito, pues en ambos casos se trata de Manolo.

VIII. Culpabilidad

La culpabilidad en la conducta típica del supuesto está presente debido a que se cumplen los tres requisitos: que el autor haya tenido la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho, que haya comprendido dicha ilicitud y hubiese podido actuar de acuerdo a ella, y que haya tenido la posibilidad de actuar conforme a Derecho. Estos tres requisitos se cumplen en la conducta de María.

En cuanto al dolo, éste es entendido como un elemento subjetivo del tipo, que incluye el conocimiento y voluntad de realización de la parte objetiva del tipo. El legislador parte del castigo de comportamientos realizados con dolo debido a que supone un mayor grado de peligrosidad y desvalor de la acción, en comparación con la comisión del delito imprudente. Se puede afirmar que María ha actuado con dolo, puesto que en su conducta están presentes todos los elementos necesarios. Primero, existe dolo intelectual, sabía lo que estaba haciendo y conocía que su conducta está tipificada. Segundo, también existe dolo volitivo porque quería realizar esa conducta típica, es decir, quería matar a Manolo. Destaca en este punto la sentencia del Tribunal Supremo 21/2007, de 19 de enero, F.J.11, en la que se establece que “quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo pues sabe lo que hace”. El tipo de dolo presente en la conducta de María se conoce como dolo directo de primer grado, ya que actúa con el propósito directo de realizar el tipo penal, esto es, María tira del barco conscientemente a Manolo con el objetivo de que éste fallezca, pues así queda demostrado al haberle agredido anteriormente en la cabeza para evitar la defensa, y la posterior omisión del deber de socorrerlo -aunque ambas acciones quedan englobadas en el delito de asesinato-, así como su silencio acerca de su conducta.

El móvil, entendido como requisito dinámico referente al sujeto, determina la intención o finalidad con que éste ha de verificar el hecho delictivo. Así, el móvil es la causa por la que se lleva a cabo un determinado comportamiento. Esta motivación puede ser interna y externa. En definitiva, el móvil del delito se conoce al responder a una pregunta: ¿por qué lo hizo? La respuesta condiciona el nivel de culpabilidad.

⁶⁰ LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal...* cit., pp. 86 y ss.

La clasificación de los móviles en Derecho Penal es muy amplia, pero en este supuesto cabe quedarse con los que tratan de originar un mal, con el objetivo de causar un perjuicio material o pérdida de derechos, como el derecho a la vida. También es posible otro tipo de clasificación de los móviles atendiendo a un criterio técnico, entre los que estarían el sentimental, la venganza, la legítima defensa, el robo, el mental, la riña, el secuestro, el asociado a la droga, y el accidental⁶¹. En este supuesto, se trata de un móvil sentimental, dado que se produce una situación de conflicto que finaliza -o así se presume inicialmente- con el fallecimiento violento de una de las partes, entre las que existe un vínculo afectivo de pareja.

Con respecto a la conducta de María, se observa como ésta actúa movida por los celos, por lo que se puede englobar dentro de un delito pasional, con los consiguientes efectos legales que esto conlleva. En dichos crímenes pasionales destaca la actuación de la ira, en este supuesto la provocada en María al conocer el deseo de Manolo de divorciarse, ya que había conocido a otra persona. No obstante, para que pueda ser considerado un delito pasional es preciso que se den una serie de características. En primer lugar, es necesario que la conducta sea rápida, en el sentido de que sea esa ira la que argumente la inmediata reacción. En segundo lugar, la acción debe ser lo bastante grave para provocar la ira en el autor material. En tercer lugar, debe existir una causa justa con la que se pueda probar que el autor actúa precisamente por la ira que le provoca la víctima en un determinado momento. En esta línea, si la reacción resulta totalmente discordante por su nivel excesivo con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación⁶² -lo que pondría en duda si realmente se trata de un delito pasional, dado que la reacción de María es excesiva en relación con el hecho motivador-. Además, la posible atenuante aplicable al supuesto por el efecto pasional, no se trata de cualquier tipo de reacción pasional o colérica, sino que se debe contrastar la importancia del estímulo provocador y la influencia en la voluntad del autor⁶³.

IX. Imputabilidad

El concepto de imputabilidad hace referencia a la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. Así, la imputabilidad requiere que el sujeto posea la capacidad de comprensión de la antijuridicidad, junto con la capacidad de controlar los impulsos atendiendo a la ley. En este punto, cabe desatacar que María no se encuentra en ninguna de las causas de exclusión de la imputabilidad, recogidas en el artículo 20 CP, debido a no sufrir una anomalía o alteración psíquica, ni se encuentra en un estado de intoxicación plena, ni tampoco sufre una alteración de la percepción.

X. Punibilidad

La definición legal de punibilidad dispone que es aquel cumplimiento de los presupuestos previstos por la ley que permiten que un injusto culpable pueda ser penalmente sancionado, dichos presupuestos están legalmente tasados.

Siguiendo con el análisis del supuesto, la pena del tipo se regula en el artículo 139 CP, pues en éste se recoge que “será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro” siempre que concurra alguna de las cuatro circunstancias ya mencionadas. No obstante, como se ha indicado anteriormente, el principio de irretroactividad impide la aplicación de este precepto, dado que se le debe aplicar a María el contenido de este mismo artículo pero en su redacción antigua -anterior al 23 de julio de

⁶¹ BELLETTI, J., GUAITA, K., *Móvil y homicidio: necesidad de unificar criterios frente a la etiología y comprensión de las muertes por acción de terceros*, [en línea]. Disponible en: <ciperchile.cl/wp-content/uploads/estudio-movil-y-homicidio.pdf>. [Acceso: 12 de abril de 2016]

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1992, F.J. 6.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo 1483/2000, de 6 de octubre, F.J. 7.

2015, fecha en la que entra en vigor la LJV, que modifica el artículo 139 CP-, puesto que es la que estaba vigente en el momento de cometer el delito. Así, a María se le aplica la pena de prisión de quince a veinte años.

En cuanto al grado de ejecución, se entiende que María debe ser acusada de un delito de asesinato consumado, dado que en un primer momento no se conocen las verdaderas consecuencias de su conducta. Así, se observa cómo se presume la muerte de Manolo, hecho por el cual se le declara fallecido. Por ello, no se puede apreciar un delito en grado de tentativa acabada -María realizó todos los actos de ejecución que deberían producir el resultado-, pues verdaderamente se presume oficialmente el fallecimiento de Manolo. De este modo, al creerse consumado el delito, a María se le aplicaría la pena del tipo en toda su extensión, es decir, pena de prisión de quince a veinte años⁶⁴. Por el contrario, de conocerse los sucesos reales -supervivencia de Manolo- María podría encontrarse en una situación de concurso ideal, debido a que se le acusaría de un homicidio en grado de tentativa y un delito de lesiones consumado.

Por otro lado, es importante desatacar el grado de participación, ya que éste tendrá consecuencias en la determinación de la pena. En el supuesto María actúa a modo de autora del delito de asesinato⁶⁵ y, consecuentemente, se entiende que se trata de una autoría única inmediata, pues es una sola persona la que lleva a cabo la conducta típica por sí misma⁶⁶. De esta forma, se le aplica la pena del tipo en toda su extensión (pena de prisión de quince a veinte años), de acuerdo con el artículo 61 CP.

Otro aspecto a tener en cuenta son las circunstancias modificativas de la responsabilidad, las cuales tienen como objetivo concretar el marco penal abstracto modificando la pena en sentido atenuante o agravante. En esta línea, María no podría alegar la aplicación de la eximente del artículo 20.6 CP, relativa a la actuación impulsada por miedo insuperable, debido a que para ello es necesario que concurren emociones o pasiones que se encuentren dentro de los afectos “asténicos”, mientras que no se podrá aplicar al grupo de los afectos “esténicos”, entre los que se encuentran la ira, la furia y los celos, entre otros⁶⁷. En la sentencia del Tribunal Supremo 186/2005, de 10 de febrero, F.J. 3, se señala que para apreciarse esta situación ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, aspectos que no reúne la conducta de María.

En consecuencia, la única atenuante aplicable a María sería la regulada en el precepto 21.3^a CP, en el que se dispone que será circunstancia atenuante “la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”⁶⁸. Esta atenuante sería posible porque María actúa de acuerdo a la reacción momentánea tras el estímulo que le provoca la decisión de Manolo de finalizar su matrimonio, de ahí a que María actué de manera impulsiva. La jurisprudencia aplica habitualmente esta atenuante a casos de celotipias, es decir, ataques de celos. Sin embargo, parte de la doctrina entiende que no puede ser aplicada esta atenuante si no se cumplen ciertos

⁶⁴ Artículo 61 CP.

⁶⁵ Artículo 28 CP.

⁶⁶ TASENDE CALVO, J. J., “Problemas de autoría y participación en relación con los delitos de homicidio y asesinato” en *Delitos contra las personas. Manuales de Formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 89 y ss.

⁶⁷ LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal...* cit., pp. 537 y ss.

⁶⁸ De aplicarse la atenuante a María, su pena se concretaría en su mitad inferior (pena de prisión de quince años a diecisiete años, seis meses menos un día), de acuerdo con el artículo 66.1.1^a CP.

requisitos: existencia de base patológica perfectamente probada y falta de proporcionalidad entre el estímulo externo y la alteración de la conciencia de la voluntad⁶⁹.

Por el contrario, cabe plantearse si es posible aplicar a María la agravante de parentesco⁷⁰, pues esta circunstancia es en su mayoría aplicada para agravar los delitos contra las personas. Se puede entender que se agravará su pena si se atiende a los motivos de la conducta de María, ya que ésta tiene ese comportamiento debido a su relación con Manolo, esto es, si fuese un tercero ajeno a María el que le confesase su intención de divorciarse de su respectiva pareja, María no actuaría de esa manera, no mataría a ese tercero⁷¹.

Atendiendo a la pena concreta, y presumiendo la aplicación de la circunstancias atenuante y agravante ahora mencionadas, se debería acudir al artículo 66.1.7ª CP, en el que se establece que “cuando concurren agravantes y atenuantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior”. En consecuencia, la pena de prisión podría variar dependiendo de la valoración de los Tribunales. Primero, en el caso de atender a la compensación, la pena de prisión sería de quince a veinte años. Segundo, en el supuesto de defender la mayor importancia de la atenuación, la pena de prisión sería de siete años y seis meses a quince años. Tercero, si por el contrario se aprecia que prima la agravante, la pena de prisión sería de diecisiete años, seis meses y un día a veinte años.

Además de la pena principal, a María podrá imponérsele las siguientes penas accesorias, cuya duración será igual a la fijada en la pena principal. En primer lugar, la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, ya que la pena de prisión es superior a diez años, de acuerdo con el artículo 55 CP. En segundo lugar, la privación del derecho de residir en determinados lugares o acudir a ellos, o aquel en el que resida la familia de Manolo -teniendo en cuenta que todavía se desconoce la existencia del propio Manolo-. En tercer lugar, la prohibición de aproximarse a los familiares de Manolo u otras personas que se determinen. En cuarto lugar, la prohibición de comunicarse con la familia de Manolo u otras personas que determinen los Tribunales⁷².

En cuanto a la posibilidad de la suspensión de la pena de prisión -dado que solo ésta se encuentra limitada a las penas privativas de libertad- se observa cómo no es posible, puesto que para ello el artículo 80 CP recoge que es necesario que la pena no sea superior a dos años, y la pena impuesta a María supera dicho límite. Del mismo modo, la sustitución de la pena de prisión no podrá ser alegada, debido a que la pena concreta es superior, en todo caso, a los límites previstos por el precepto 88 CP -precepto actualmente suprimido pero de aplicación en todo caso a María dado que los actos se cometen antes de dicha supresión-.

En todo caso, María, como sujeto criminalmente responsable de un delito, es también responsable civilmente -artículo 116 CP-, dado que del hecho se derivan daños o perjuicios y, consecuentemente, debe indemnizar a los familiares de Manolo. Lo mismo sucede, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 881/1998, de 16 de diciembre, F.J. 10, la cual recoge la obligación del autor del asesinato a indemnizar a los hijos de la víctima por el sufrimiento de la pérdida.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 754/2015, de 27 de noviembre, F. J. 2.

⁷⁰ Artículo 23 CP.

⁷¹ De aplicarse la agravante por parentesco a María, su pena se concretaría en su mitad superior (pena de prisión de diecisiete años, seis meses y un día a veinte años), de acuerdo con el artículo 66.1.3ª CP.

⁷² Las tres últimas penas accesorias se regulan en los artículos 79 y 48 CP, y en ambas el Juez o Tribunal puede acordar que el control de esas medidas se realice a través de medios electrónicos que lo permitan.

PARTE II: Determinación de la validez de las escuchas telefónicas

I. Concepto

La jurisprudencia defiende que las intervenciones telefónicas suponen una actividad de control de las comunicaciones entre particulares utilizadas como medio instrumental, ocasionando a la vez una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones. Tienen como finalidad obtener el contenido de las conversaciones para la investigación de delitos concretos, y conseguir así medios probatorios⁷³.

II. Régimen jurídico

La CE regula en su precepto 18 el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, a la libertad de comunicación, del siguiente modo: “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. Pero el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, sino que se permite el levantamiento del secreto de las comunicaciones privadas en caso de conflicto de intereses con bienes jurídicos superiores⁷⁴.

Asimismo, el derecho al secreto de comunicaciones viene regulado en la LECrim. Aquí cabe destacar que el supuesto estudiado ha sucedido, y se entiende que enjuiciado, con fecha anterior al 2014, año en el que la Ley ahora mencionada todavía no había sido modificada⁷⁵, por lo que se le aplicaría lo establecido en su antigua redacción, es decir, lo que disponía el antiguo artículo 579. Por el contrario, de darse dicho supuesto en la actualidad, la ley aplicable sería la LECrim vigente, y las intervenciones podrían ser utilizadas como medio de investigación o prueba en otro proceso penal, encontrándose por tanto en el precepto 579 la solución al caso propuesto. En todo caso, para continuar investigando este hallazgo casual es necesaria autorización del juez competente, debiendo indicar éste si las diligencias siguen siendo secretas en el otro proceso penal.

Del mismo modo, el derecho al que se refiere el párrafo presente encuentra fundamento jurídico en el artículo 8 CEDH, pues en él se establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y correspondencia”, así como la prohibición de la autoridad pública de interferir en tal derecho, salvo que se cumplan una serie de presupuestos.

Un documento de especial relevancia para resolver este supuesto es la circular de la Fiscalía General del Estado 1/2013, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas. En ésta se establece que, de acuerdo con el principio de especialidad, no es posible admitir una intervención para tratar de manera general un acto delictivo, sino que es preciso concretar la finalidad de la intervención⁷⁶. Además, la circular recoge que no es posible que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva “cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista”, con independencia de que los hallados casualmente sean diferentes a los que

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994, F.J. 11.

⁷⁴ COBO DEL ROSAL, M. (director), BAJO FERNÁNDEZ, M., “Delitos contra el secreto de las comunicaciones. Delitos contra la Hacienda pública” en *Revista de Derecho Público. Comentarios a la Legislación Penal*, vol. VII, 1986, pp. 123 y ss.

⁷⁵ La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, modifica la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, entrando ésta en vigor el 6 de diciembre de 2015.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 818/2011, de 21 de julio, F.J. 2.

comprende la investigación policial en curso, siempre que dicha investigación no sea utilizada para burlar los derechos fundamentales⁷⁷.

Los requisitos que exige la circular para considerar legales ese supuesto de intervenciones son los siguientes. Primero, es preciso que, en el caso de comprobar las autoridades que el delito presuntamente cometido y que se graba es diferente al que está siendo objeto de investigación, se lo comuniquen inmediatamente al Juez competente para que resuelva lo procedente⁷⁸. Segundo, para la validez de los nuevos hallazgos se requiere una renovada autorización judicial. Tercero, si se trata de delitos conexos, será competente el Juez instructor del delito originario, mientras que en caso contrario será competente para autorizar la continuidad el que corresponda de acuerdo a las normas de competencia territorial y reparto. Cuarto, la autorización del Juez debe proceder sin demoras injustificadas, pero esto no significa que se tenga que realizar de manera inmediata, sino que se debe realizar en el tiempo indispensable para que los agentes policiales puedan efectuar un seguimiento en el que se recoja la información, análisis y relaciones necesarias para que el Juez pueda admitir dicha autorización⁷⁹.

Atendiendo a los anteriores textos, es preciso destacar que las escuchas telefónicas en las que se conoce la conducta delictiva de María son totalmente válidas, siempre que los agentes de policía que estaban realizando las intervenciones para investigar el presunto delito de tráfico de drogas, hubiesen solicitado la autorización del Juez competente para abrir una nueva investigación acerca del delito de asesinato -y presumiendo que las escuchas telefónicas realizadas en base al supuesto delito de tráfico de drogas hayan sido debidamente autorizadas por el Juez-. Por ello, en el caso de cumplirse todos los presupuestos legales ahora comentados, la confesión de María a su amiga Miriam puede ser tenida en cuenta como prueba de la comisión del delito.

III. Requisitos

En cuanto a los requisitos generales para poder llevar a cabo una intervención telefónica, se puede hacer una doble clasificación. Por un lado, tal y como defiende López Barja, para que una injerencia no viole el CEDH, es preciso que se den una serie de presupuestos: que su posibilidad se encuentre regulada en una ley interna; que las intervenciones sean necesarias en una “sociedad democrática”; que la necesidad esté incluida en alguno de los objetivos del artículo 8.2 CEDH; que exista un recurso interno con el que pueda recurrir la medida el afectado; y que este recurso se presente ante un Tribunal independiente e imparcial⁸⁰.

Por otro lado, centrándose en el legislador español, se entiende que también hay un conjunto de requisitos a seguir, regulados en el Capítulo V del Título VIII del Libro II de la LECrim. Primero, el delito que se persigue con la intervención telefónica ha de ser considerado grave, dado que se está violando un derecho fundamental, y que dicho delito se indique. Este requisito viene regulado en los artículos 588 ter a y 579.1 de la LECrim, presupuestos que no se recogían de manera precisa en su anterior redacción, con las consecuencias legales que esto suponía⁸¹. Segundo, auto motivado, basado en la existencia de sospechas fundadas en datos de una comisión de un delito, para garantizar así un sistema plenamente garantista para el

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1996, de 26 de marzo, F.J. 2.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1993, F.J. 5.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 636/2012, de 13 de julio, F.J. 2.

⁸⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal/iure, Madrid, 1989, Ed. 1ª, pp. 23 y ss.

⁸¹ MANSO PORTO, T., “Las escuchas telefónicas entre abogado defensor y cliente en una comparación internacional” en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 64 y ss.

particular⁸². Tercero, respeto al principio de proporcionalidad, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo 1597/2005, de 21 de diciembre, F.J. 1. Cuarto, el tiempo por el que se pueden llevar a cabo las escuchas telefónicas debe tener señalado un máximo -duración máxima de tres meses, prorrogables hasta el plazo máximo de dieciocho meses⁸³-, pues no cabe acordar unas intervenciones de manera indefinida. Quinto, es preciso que se determine el lugar desde donde se va a realizar la intervención. Sexto, indicación de las personas que están legitimadas para realizar esas interceptaciones de las comunicaciones. Séptimo, absoluto respeto al procedimiento. Octavo, determinación del sistema técnico con el que se van a realizar las intervenciones y sus grabaciones. Noveno, que la medida tenga una finalidad probatoria. La sentencia del Tribunal Supremo 864/2005, de 22 de junio, F.J.2, refleja los requisitos necesarios para que las intervenciones sean acordes a la CE y a la LECrim.

CONCLUSIÓN

En cuanto a las características del delito cometido por María, se entiende que debe ser declarada culpable del delito de asesinato, pues cuando se enjuicia dicha conducta se desconoce que, en realidad, Manolo sigue con vida. Prueba del desconocimiento de este punto es que la muerte de Manolo se presume de manera oficial, y así queda reflejado en la declaración de fallecimiento del mismo. Así, esto nos lleva a afirmar que María debe ser condenada por un delito de asesinato consumado. La elevación del delito a la categoría de asesinato, apartándolo así del delito de homicidio, se debe a que María actúa con alevosía, y esto se observa en la agresión previa, ya que dicha agresión se produce en la cabeza, lo que indica la intención de María de debilitar a su marido para que no pueda defenderse de la posterior acción, esto es, tirarlo por la borda. Del mismo modo, en mi opinión, se le debe aplicar la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 CP, actuando ésta en este supuesto como agravante, puesto que la reacción de María se basa en que es su marido el que le confiesa su intención de divorciarse, y es esto mismo lo que impulsa a actuar a María. En el supuesto de que dicha confesión se la realizase un tercero, no su marido, María no actuaría de ese modo. Por el contrario, entiendo que no se le debería de aplicar la atenuante del artículo 21.3^a CP, ya que su conducta se debe a un estímulo procedente de un estado pasional, los celos, pero dicha reacción no es debida -o al menos no existen datos para apreciarlo- a una enfermedad patológica por parte de María y, por ello, no se puede justificar la reacción colérica propia de un espíritu de dominación. De acuerdo a las reglas de determinación de la pena, en concreto el artículo 66.1.3^a CP, se le debería aplicar la pena en la mitad superior, resultando por tanto la pena concreta en una pena de prisión de diecisiete años, seis meses y un día a veinte años -pues como ya se ha indicado, se le deben aplicar las leyes vigentes en el momento de cometer el delito, conforme al principio de irretroactividad-, con las consiguientes penas accesorias indicadas en este estudio.

Por lo que respecta a la validez de las escuchas telefónicas, cabe mencionar una expresión de la Fiscalía General del Estado en su circular 1/2013: la protección de los derechos constitucionales no exige que el “funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista”. Dicho esto, entiendo que la intervención telefónica en la que se recoge la confesión de María sobre su asesinato será válida, y podrá tener valor probatorio en juicio, siempre y cuando las autoridades siguiesen los presupuestos legales necesarios; destaca en este punto la necesidad de los agentes de comunicarle al Juez competente los hechos y la solicitud del auto autorizando la investigación, y que dicho Juez amplíe la investigación al nuevo delito.

⁸² BARCELONA LLOP, J., “Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad” en *Revista de Administración Pública*, vol. CXII, 1987, pp. 95 y ss.

⁸³ Artículo 588 ter g de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

CUESTIÓN 4

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.

A continuación se realizará un análisis acerca de las distintas conductas delictivas cometidas por Marcial hacia María y Elisa, así como las consecuencias jurídicas de las mismas. Del mismo modo, se estudiarán esas conductas en el marco del delito de violencia doméstica en general y las posibles actuaciones de distintas instituciones y organismos, como los órganos judiciales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los servicios sanitarios. Se atenderá también a la vuelta de la convivencia de la víctima y el agresor estando la orden de alejamiento vigente, y el consiguiente quebrantamiento de la misma. Para ello se prestará especial atención a la jurisprudencia y al Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 2008.

PARTE I: Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y contra Elisa: violencia doméstica

I. Concepto

En la violencia doméstica la conducta típica es el ejercicio habitual de violencia física o psíquica contra alguna o varias de las víctimas que menciona el CP. Así, el término hace referencia a todas las formas de amenaza, abuso, agresión y malos tratos que se producen dentro de las relaciones entre quienes mantienen un vínculo afectivo en el ámbito familiar⁸⁴. En consecuencia, existe un delito de violencia doméstica cuando se dan dos elementos. Primero, la violencia, entendida en sentido amplio, pues abarca todas aquellas conductas que excedan de los parámetros exigidos por la normalidad de las relaciones familiares. Segundo, parentesco entre agresor y agredido. La definición de violencia doméstica fue transmitida en el I Congreso de Organizaciones Familiares en 1987, al interpretarla como “toda acción u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras circunstancias similares en los diferentes miembros de la misma”⁸⁵.

Por el contrario, se debe diferenciar dicha violencia doméstica con la violencia de género, puesto que esta última se basa en la superioridad de un sexo sobre otro: de los hombres sobre las mujeres. En la violencia de género el sujeto activo debe ser un hombre (cónyuge o ex cónyuge, pareja o ex pareja), y el sujeto pasivo debe ser mujer (con la misma relación), exista o no convivencia. Además, en este último caso un solo hecho puede dar lugar al delito. También se distingue en que en la violencia de género los bienes jurídicos protegidos son los derechos fundamentales de la mujer, como la vida, integridad física y moral.

II. Régimen jurídico

En cuanto a la regulación de la violencia doméstica, el CP castiga tal conducta en los artículos 153 y 173.2, preceptos que se modifican a través de la Ley 1/2015, que como ya se ha indicado entra en vigor el 1 de julio de ese mismo año. Por tanto, debido al principio de irretroactividad también mencionado anteriormente, a Marcial no le influye esta modificación, ya que se le debe aplicar el contenido de estos artículos atendiendo a su antigua redacción. Así, a Marcial no se le podrá aplicar, por ejemplo, la novedad introducida por dicha normativa relativa a la posibilidad de imponer una medida de libertad vigilada.

⁸⁴ NACARINO LORENTE, J. M., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, F. J., *Curso práctico de actuación policial ante la violencia de género*, RiE, Valencia, 2009, Ed. 1ª, pp. 8 y ss.

⁸⁵ MINISTERIO DEL INTERIOR, *Violencia contra la mujer*, Madrid, 1991, p. 32.

Además, esta conducta delictiva viene regulada en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En este texto se introducen grandes innovaciones, como las relativas a la tutela judicial con el fin de garantizar un tratamiento adecuado y eficaz a las víctimas. Se crean así los Juzgados y el Fiscal de Violencia sobre la Mujer. También destaca el reconocimiento de una serie de derechos de las víctimas, como el derecho a asistencia jurídica gratuita para víctimas con recursos insuficientes, medidas de protección en el ámbito social, medidas de apoyo económico, y consideración de colectivos prioritarios en ciertos aspectos, entre otros.

III. Instituciones

Además de la implantación de los ya mencionados Juzgados contra la violencia sobre la mujer, destacan otras figuras encaminadas a combatir la violencia doméstica, pues es necesario que haya una verdadera coordinación entre todos los organismos que intervengan en estos procedimientos. Debe señalarse el Ministerio Fiscal dado el amplio cauce de actuación con el que cuenta, ya que entre sus funciones se encuentra, la de solicitar -sin perjuicio de las demás partes- alguna medida de protección a la víctima⁸⁶. Dentro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se debe hacer una especial mención a las unidades policiales especializadas, como los EMUMES -equipos de la Guardia Civil-, los SAM -el Servicio de Atención a la Mujer-. Asimismo, resulta imprescindible que la colaboración entre las instituciones quede reflejada en protocolos de actuación, en los que se fije las funciones de cada una, como el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género⁸⁷. Destaca también la asistencia letrada especializada y gratuita a las víctimas, servicio que, a diferencia de otras conductas delictivas, se presta a la víctima con una serie de ventajas. En consecuencia, María podría solicitar asistencia jurídica gratuita ante el Colegio de Abogados o el propio Juzgado.

Mención aparte merece la intervención de los servicios sanitarios y de los médicos forenses, ya que en el supuesto pueden jugar un papel importante tras la agresión de Marcial a María el 29 de septiembre de 2012, que obliga a ésta a permanecer ingresada un largo período de tiempo. De este modo, los servicios sanitarios deben prestar atención a la detección de la lesión y a su diagnóstico⁸⁸, puesto que si comprueban que puede tratarse de un caso de violencia doméstica, deben ponerlo en conocimiento del Juzgado de Guardia, con el fin de que el médico forense pueda evaluar a la víctima. El informe del médico forense -o de los facultativos en caso de no poder éste realizarlo- debe indicar una serie de datos, como la filiación, antecedentes médicos o de otras agresiones, y una síntesis de la exploración física y psíquica de la víctima⁸⁹. En el supuesto dado, María decide denunciar a Marcial, pero no se indica cuándo interpone dicha denuncia. Si esa denuncia se presenta por María tras recibir el alta médica, los servicios sanitarios deberían haber intervenido antes, es decir, ponerlo ellos mismos en conocimiento del Juzgado de Guardia, con independencia de que María acepte o niegue los hechos, siempre que tengan indicios claros de la causa de las lesiones.

⁸⁶ GANZENMÜLLER ROIG, C., “El Ministerio Fiscal en la coordinación de los servicios e instituciones implicados en la lucha contra la violencia doméstica” en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, vol. I, Madrid, 2000, pp. 391 y ss.

⁸⁷ Los artículos 31 y 32 de la Ley Orgánica 1/2004 recogen la necesidad de crear cuerpos especiales en las Fuerzas de Seguridad, y la coordinación entre estos y las demás instituciones públicas.

⁸⁸ Los artículos 15 y 16 de la Ley Orgánica 1/2004 disponen la especial atención de los servicios sanitarios en aquellos casos que puedan presentar indicios de violencia doméstica.

⁸⁹ Artículo 2 de la Orden de 16 de septiembre de 1997 por la que se aprueba el Protocolo que han de utilizar los Médicos Forenses en el reconocimiento de los detenidos. Dicho protocolo será de aplicación también para las víctimas.

IV. Sujetos

En primer lugar, el sujeto activo en el delito de violencia doméstica debe ser, según el contenido del CP, un sujeto que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre determinadas personas con las que tenga una serie de relaciones familiares. Entre estas personas se debe tener en cuenta al cónyuge y a los hijos, pues en el caso aquí estudiado se puede entender que la conducta de Marcial encaja en este tipo delictivo debido a que es el cónyuge de María y el progenitor de Elisa, quienes son las víctimas de sus agresiones. Aunque las características de los autores de este tipo de delitos pueden ser muy variadas, las estadísticas apuntan a un mayor número de agresores tendentes a exteriorizar celos infundados patológicos y actitudes posesivas, así como suele ser habitual que abusen del alcohol y de las drogas, puntos que coinciden con Marcial.

En segundo lugar, los sujetos pasivos del caso analizado son María y Elisa. Por una parte, en lo relativo a la mujer maltratada, es preciso señalar la necesidad de la interposición de la denuncia, pues sin ella no hay mecanismos de protección⁹⁰. Otro aspecto relevante es la declaración de la víctima, dado que ésta no solo adquiere simple eficacia probatoria, sino que debe ser valorada por el órgano judicial, quien atenderá a las circunstancias concurrentes y decidirá sobre su credibilidad; para dicha valoración atenderán a los elementos recogidos por el F.J. 5 de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995⁹¹. Asimismo, las autoridades se encuentran a menudo con un problema probatorio, pues estas conductas frecuentemente tienen lugar en un ámbito privado y alejado de terceros que puedan testificar, por lo que el material probatorio es escaso. En relación a esto último se plantea un nuevo inconveniente, la verificación de la habitualidad, uno de los elementos del tipo; así como la prueba de la violencia psíquica. Todos estos aspectos serán de difícil prueba en el caso de que María no reciba asistencia médica tras las agresiones de enero y marzo de 2010, puesto que las dos agresiones posteriores quedan patentes para los servicios sanitarios y la Policía.

En esta misma línea, se debe tener en cuenta que las víctimas de violencia doméstica suelen prestar una escasa colaboración con las autoridades y los órganos judiciales, por diferentes causas, como puede ser la dependencia económica o emocional, la existencia de hijos menores o el temor a posteriores represalias. Todo ello provoca que muchas víctimas sufran el síndrome de la mujer maltratada, con consecuencias como la sensación de amenaza⁹². Esto es importante dado que María podría estar sufriendo dicho síndrome, como muestran algunas de sus conductas (regresar a la vivienda cuando su marido la llama increpándola, no denunciar todas las conductas delictivas de Marcial, reanudar la convivencia con el agresor).

Por otra parte, en lo que se refiere a la menor maltratada se debe atender tanto a la agresión física del 12 de octubre de 2013, como a la posible violencia psíquica a la que podría estar sometida por parte de su padre si dicha menor presencia la conducta de éste hacia su madre, aspectos relevantes para la determinación de la pena de Marcial, así como posibles penas accesorias relativas a la patria potestad. Por lo que se refiere a la declaración de la víctima menor -como víctima propiamente dicha y como posible testigo de las agresiones causadas a su madre-, es destacable que es admisible la declaración de la menor como testigo, pudiendo constituir una prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia. No obstante, la valoración de esta declaración deberá ser analizada por los Tribunales. Asimismo, se deben

⁹⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., "Problemas que plantea la actual aplicación de la Ley integral" en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Madrid, 2011, Ed. 1ª, pp. 63 y ss.

⁹¹ DELGADO MARTÍN, J., *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*, Colex, Madrid, 2001, Ed. 1ª, pp. 97 y ss.

⁹² BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J. M. (coordinadores), *Manual de victimología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, Ed. 1ª, pp. 175 y ss.

tomar una serie de cautelas con el fin de proporcionarle una mayor seguridad, como la asistencia por un profesional, evitar el enfrentamiento visual con el agresor o que se realice en una sala adecuada⁹³; así como evitar que la menor declare en más de una ocasión, que las pruebas periciales sean imprescindibles, y exclusión de la práctica del careo⁹⁴. Todas estas medidas están pensadas para proteger el interés de tutela de la menor, así como para evitar una victimización secundaria provocada por el contacto con el sistema penal⁹⁵.

V. Elementos del tipo

Aunque en el delito de violencia doméstica pueden existir diversos tipos de violencia -como la violencia sexual, económica o espiritual- el siguiente estudio se centrará en los elementos presentes en el supuesto dado, esto es, violencia física y psíquica, y habitualidad.

En primer lugar, la violencia física es la forma más evidente de dicha conducta, pues su carácter probatorio es mayor con respecto a las demás modalidades. Este tipo de violencia debe ser entendido como cualquier acto no accidental que cause daño a la víctima y en el que haya intervenido la fuerza. Parte de la doctrina defiende que la violencia física se trata de “cualquier comportamiento vejatorio, que implique alguna forma de contacto corporal y con independencia de si ocasiona un resultado de lesiones, excluyendo conductas de escasa identidad que carezcan de la mínima significación social necesaria para afectar el bien jurídico protegido”⁹⁶. Asimismo, el delito de violencia doméstica no requiere la causación de una lesión -siendo en este caso castigada la agresión por el artículo 147 CP-, sino que el sujeto pasivo puede ser víctima de empujones o arañazos, por ejemplo. En este caso, las víctimas sufren diferentes ataques físicos; en el caso de María, un derrame en el ojo derecho, varios golpes en la barriga, lesiones en el hígado y en el bazo y cicatrices en el rostro -conductas que están tipificadas en distintos preceptos del CP como se verá en el posterior análisis-; y en el caso de la menor, un importante derrame en el ojo izquierdo.

En segundo lugar, la violencia psíquica existe cuando se dan conductas que producen desvaloración o sufrimiento a las víctimas, mediante amenazas, vejaciones, exigencias de obediencia, insultos, o aislamiento. Dicha violencia se caracteriza por degradar progresivamente la mente de la víctima, así como por ir acompañada en muchas ocasiones con violencia física. La dificultad probatoria que supone este tipo de violencia es elevada. En este sentido, destaca el F.J. 8 de la sentencia del Tribunal Supremo 1076/95, de 27 de octubre, en el que se establece que la mente humana puede verse alterada de muy diversas formas, “de ahí que no quepa establecer reglas, definidoras o interpretativas, rígidas e inamovibles. La mente humana puede mantenerse firme a pesar de sufrir serias adversidades. Quizás por eso la lesión mental haya de cobijarse penalmente, algunas veces, en el ámbito del dolo eventual”.

Cabe recordar que no solo María sufre las conductas violentas, de carácter físico y psíquico, por parte de Marcial, sino que existe la posibilidad de que Elisa también pueda ser víctima de violencia psíquica, ya que, al existir convivencia entre ambos, puede que la menor presencie las agresiones recibidas por su madre. Esto último ha de tenerse en cuenta en la determinación

⁹³ Protocolo Básico de Actuaciones en abusos sexuales y otros malos tratos a menores en la demarcación de Barcelona, de 16 de junio de 1999.

⁹⁴ Protocolo Básico de Actuaciones en abusos sexuales y otros malos tratos a menores en la demarcación de Gerona, de 10 de octubre de 2000.

⁹⁵ ETXEBERRÍA GURIDI, F., “La prueba en el proceso de violencia de género” en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Madrid, 2011, Ed. 1ª, pp. 353 y ss.

⁹⁶ DEL CASTILLO FALCÓN CARO, M., *Malos tratos habituales a la mujer*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, Ed. 1ª, pp. 120 y ss.

de la pena de Marcial, pues las consecuencias para Elisa pueden ser adversas, como bajo rendimiento académico, depresión o sentimiento de culpa de todo lo que salga mal⁹⁷.

Otro aspecto a tener en cuenta es la ansiedad sufrida por María. Este síntoma se trata de un sentimiento de aprensión y temor. Es habitual que las víctimas de violencia doméstica sufran ansiedad, con sus consecuentes efectos, como nerviosismo, taquicardias o síntomas físicos cardiacos -como se presume que le ocurre a María, debido al infarto de corazón que sufre-. Tal suceso puede entenderse como un trastorno por estrés-postraumático, puesto que aparece después de recibir una agresión. También se debe tener presente la vulnerabilidad de las víctimas, derivada de una serie de factores de riesgo en la que se encuentran la mujer y la menor, como la situación estructural de desigualdad real en la que se puede encontrar la mujer, los factores biológicos y los roles femeninos tradicionales. Todo ello favorece, junto con otros factores personales, a que dichas víctimas sean más vulnerables a un sometimiento.

En tercer lugar, la habitualidad es otro elemento del tipo que concurre cuando la víctima se encuentra sometida a un estado de violencia que permanezca en el tiempo⁹⁸. La jurisprudencia sostiene que es necesario que concurren un mínimo de tres comportamientos violentos, unido al estado de agresión permanente para la víctima⁹⁹. No obstante, la doctrina defiende que este criterio no debe ser meramente matemático, sino que se debe analizar el número de actos violentos, la proximidad de los mismos y quiénes son los sujetos pasivos. De esta manera, para computar los actos agresivos se debe atender a aquellos que pueden ser acreditados, para lo cual no es preciso que exista una sentencia condenatoria previa. Asimismo, la proximidad de las conductas responde a un criterio subjetivo, pues se trata de un parámetro abierto y amplio -aunque esto pueda repercutir, en cierto modo, en el principio de inseguridad jurídica-, por lo que será el Juez el que valore las circunstancias de cada caso. Por último, es posible apreciar la habitualidad aunque la víctima no sea siempre la misma -como ocurre en el supuesto dado, en el que los sujetos pasivos son María y Elisa, cónyuge e hija del agresor-. Es importante destacar en este punto el principio *non bis in idem*, pues se entiende que no se incurre en éste cuando se aprecia un concurso entre, por ejemplo, los delitos de lesiones y el delito de violencia habitual, dado que el bien jurídico que protegen estos delitos son diferentes¹⁰⁰. Por tanto, puede que los actos violentos ya hayan sido juzgados, pero pueden tenerse en cuenta para un posterior juicio en el que se analice la habitualidad.

VI. Bien jurídico protegido

En cuanto al bien jurídico protegido por el delito de violencia doméstica, se observa como éste no es la familia o la salud individual, sino el derecho a la integridad moral. Por tanto, por dicho delito se condenará a Marcial por atentar contra la integridad moral de María y Elisa, con independencia de que se juzguen también otras conductas delictivas para proteger diferentes bienes jurídicos, como la vida o la integridad física. Sin embargo, la doctrina ofrece diferentes opciones para calificar dicho bien jurídico. Así, hay quien defiende que lo que se protege es la dignidad, seguridad y otros bienes jurídicos personales; la dignidad humana como honor personal; la pacífica convivencia dentro del núcleo familiar; o la libertad¹⁰¹.

⁹⁷ REYERO PANTIGOSO, F., “Lesiones y secuelas psíquicas en menores, víctimas de maltrato familiar” en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales, vol. I, Madrid, 2000, pp. 63 y ss.

⁹⁸ DELGADO MARTÍN, J., *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico...* cit., pp. 76 y ss.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 409/2006, de 13 de abril, F.J.4.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 927/2000, de 24 de junio, F.J. 4.

¹⁰¹ DEL CASTILLO FALCÓN CARO, M., *Malos tratos habituales...* cit., pp. 140 y ss.

VII. Punibilidad

A continuación se analizarán las posibles conductas delictivas cometidas por Marcial hacia María y Elisa, así como sus consecuencias jurídicas.

En primer lugar, en enero de 2010 Marcial le da un fuerte golpe en la cara a María y, a causa de esta agresión, la víctima sufre un derrame en el ojo derecho. Lo primero que se debe tener en cuenta es el daño causado a María, esto es, el derrame en el ojo. Tal resultado no puede ser considerado una lesión, ya que se podría considerar que ha sufrido un hiposfagma, es decir, un “acumulo de sangre entre la conjuntiva y la esclera”¹⁰², producido por el traumatismo, y para el que no se requiere, en la mayoría de los casos, un tratamiento, sino que simplemente se irá reabsorbiendo en un tiempo variable la sangre -aunque es aconsejable administrar un placebo-¹⁰³. En definitiva, no puede considerarse una lesión debido a que no necesita tratamiento médico o quirúrgico. De este modo, a Marcial se le podría acusar de un delito de violencia no habitual en el ámbito familiar, regulado éste en el artículo 153 CP, en el cual se estima una pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años. El motivo por el que se le aplicaría el artículo 153 CP se debe a que, debido a que no existe lesión y por tanto no se puede englobar dentro del precepto 148 CP, el legislador ha querido elevar este tipo de conductas -consideradas anteriormente faltas- como un delito en razón de las relaciones personales entre el autor y la víctima. Por tanto, esta conducta se corresponde con un acto aislado de violencia, cuyo desvalor aumenta debido a la relación entre los sujetos activo y pasivo.

En cuanto al grado de ejecución y de participación, ya que se entiende que el delito ha sido consumado y que Marcial es el autor, se aplicaría la pena del tipo en toda su extensión¹⁰⁴. De acuerdo con las circunstancias modificativas de la pena, el propio artículo 153 CP, en su apartado tercero, recoge que se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito tenga lugar en el domicilio conyugal¹⁰⁵. De la misma manera, la agravante mixta por parentesco se entiende que está incluida en el delito de violencia no habitual en el ámbito familiar, por lo que no sería aplicable, pues en caso contrario se incurriría en la vulneración del principio *non bis in idem*.

Por lo que se refiere a las posibles penas accesorias, y tomando como base el artículo 56 CP, a Marcial se le podrían imponer una suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de aproximarse a la víctima -como establece el artículo 48.2 CP-. Cabe destacar en este punto, que a Marcial, como se ha indicado anteriormente, se le aplicará el contenido del CP en la redacción que éste tenía en el momento de cometer el delito, de acuerdo con el principio de irretroactividad. Asimismo, la pena de prisión podrá ser sustituida conforme a la redacción anterior del precepto 88 CP -actualmente suprimido-; en consecuencia, si la pena no excede de un año, podrá ser sustituida por trabajos en beneficio de la comunidad, y si no excede de seis meses podrá sustituirse por localización permanente en lugar distinto y separado del

¹⁰² Oftalmoseo.com (2016). *Oftalmoseo: Hiposfagma* [en línea]. Disponible en: <http://www.oftalmoseo.com/patologias-frecuentes-2/hiposfagma/> [Acceso: 16 de abril de 2016].

¹⁰³ VALDEARENAS MARTÍN, M. D., *Oftalmología para Médicos de Familia* [en línea]. Disponible en: <http://www.eloculista.es/Biblioteca/libros/mf.pdf> [Acceso: 16 de abril de 2016].

¹⁰⁴ Artículo 61 CP.

¹⁰⁵ De aplicarse la agravante del artículo 153.3 CP, la pena sería la siguiente: pena de prisión de 9 meses y un día a 1 año, o pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 55 a 80 días, y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 años y un día a 3 años.

domicilio de la víctima¹⁰⁶. Además, el Juez podrá imponerle adicionalmente la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico -cuyo objetivo no es la protección directa de la víctima, sino la corrección del responsable del delito, facilitando su reinserción¹⁰⁷-, la observancia de las obligaciones y deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª del artículo 83.1 CP, esto es, la prohibición de acudir a determinados lugares y aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, así como la prohibición de comunicarse con ellos. Por otro lado, la pena de prisión podrá ser suspendida mediante resolución motivada, de acuerdo con el artículo 80 CP, debido a que no excede de dos años. Conforme al artículo 83.1 CP, el Juez condicionará la suspensión al cumplimiento de ciertas obligaciones, como la prohibición de acudir a determinados lugares, aproximarse a la víctima o sus familiares, y participar en programas formativos o de educación sexual.

En segundo lugar, en marzo de 2010 Marcial llama en tres ocasiones a María mientras ésta se encontraba con unas amigas; en dichas llamadas Marcial le habla de forma violenta y la increpa para que vuelva a casa. Con estos datos podría considerarse que Marcial comete un delito de coacciones leves en el marco de la violencia doméstica, tipificado en el artículo 172.2 CP. Por su parte, el precepto 172.2 ter CP no podrá ser aplicado a Marcial, debido a que es introducido por la Ley Orgánica 1/2015, la cual entra en vigor el 1 de julio de 2015, es decir, en tiempo posterior a la comisión del delito. Así, el legislador ha elevado a la categoría de delito las coacciones leves contra quien sea o haya sido la esposa del autor, castigando dicha conducta con la pena inferior a la que corresponde al tipo básico de amenazas. Por lo que se refiere a este delito, la conducta típica consiste en el empleo de violencia o intimidación sobre el sujeto pasivo, con la finalidad de que éste efectúe una determinada acción u omisión considerada lícita por la Ley¹⁰⁸. De este modo, la diferencia entre coacciones y amenazas se basa en que en las coacciones “con la acción intimidante lo que se consigue es impedir hacer lo que se quiere y es lícito”, mientras que en las amenazas “aparece un mal futuro con el que se inquieta al sujeto pasivo”¹⁰⁹. Asimismo, se puede entender que María es víctima de este tipo de coacciones debido a que recibe varias llamadas de su marido, obligándole a volver a su domicilio -en contra de la voluntad de María-, debiendo tener presente la actitud violenta de Marcial en dichas conversaciones, así como el conocimiento de María de la posible reacción de su marido en caso de hacer caso omiso a su mandato.

Teniendo en cuenta los anteriores datos, la pena del tipo que se le podría imponer a Marcial por cometer tales coacciones sería una pena de prisión de seis meses a un año, o una pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años. En este caso, la conducta ha sido consumada y Marcial actúa como autor, por lo que la pena se impone en toda su extensión. En relación a las circunstancias modificativas, no se podría aplicar la agravante de reincidencia debido a que, aunque Marcial fuese condenado por la

¹⁰⁶ La posibilidad de sustituir la pena de prisión por una medida de localización permanente en los delitos relacionados con la violencia de género, fue una novedad introducida por la Ley Orgánica 5/2010, la cual entró en vigor tras haberse producido la agresión -23 de diciembre de 2010-, pero podrá ser aplicada a Marcial debido a que es favorecedora para él al permitir una verdadera alternativa a la privación de libertad.

¹⁰⁷ FARALDO CABANA, P., “Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género. La situación tras la reforma de 2010” en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Madrid, 2011, Ed. 1ª, pp. 413 y ss.

¹⁰⁸ BEGUÉ LEZAUN, J. J., “Modalidades delictivas de la llamada violencia doméstica. Especial referencia a la violencia psíquica” en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, vol. I, Madrid, 2000, pp. 417 y ss.

¹⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1989, F.J.3.

primera de las conductas delictivas -violencia doméstica no habitual-, dichos delitos no se encuentran comprendidos en el mismo Título¹¹⁰.

En cuanto a las medidas accesorias, éstas serán las mismas que las aplicables al delito regulado en el artículo 153 CP, con una duración igual a la que establezca la pena principal. Del mismo modo, la pena de prisión no podrá ser sustituida debido a que para ello el artículo 88 CP requería que no se tratase de reos habituales. Para la suspensión de la pena hay que tener en cuenta dos aspectos. Por una parte, la anterior redacción del artículo 81.1ª CP -vigente en el momento de comisión del delito- exigía para poder suspender la pena, que el condenado hubiese delinquirido por primera vez, estableciendo que a tales efectos únicamente no se tendrían en cuenta los delitos imprudentes ni los antecedentes penales cancelados. Por otra parte, la actual redacción del artículo 80.2.1ª CP, precisa en ese punto que no se tendrán en cuenta ni las condenas por delitos imprudentes ni por los delitos leves, así como los antecedentes penales cancelados. Por tanto, debido a que el delito por el que se le podría acusar se considera leve¹¹¹, y que la retroactividad en este supuesto es favorable para Marcial, se le podría aplicar dicho precepto, pudiendo así suspenderse su pena de prisión siempre y cuando cumpla los requisitos mencionados para el delito del artículo 153 CP.

En tercer lugar, el mismo día que se produce la conducta anteriormente descrita, Marcial agrede a María al propinarle dos puñetazos en el abdomen, hecho relevante ya que María se encontraba en un avanzado estado de gestación -aunque en el presente estudio se entenderá que el feto no ha sufrido daño alguno de acuerdo con los datos indicados en el supuesto, por lo que no se apreciarán lesiones al feto (artículos 157 y 158 CP)-. El resultado de tal agresión no puede considerarse lesión debido a que, como sucede con el derrame ocular, la víctima no requiere de tratamiento médico o quirúrgico, por lo que no se acusará a Marcial de un delito de lesiones, sino de la falta elevada a la categoría de delito regulada en el artículo 153 CP, el cual, como ya se ha indicado, contempla una pena de prisión de seis meses a un año, o una pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años.

Dadas las circunstancias indicadas en el supuesto, el delito es consumado y Marcial actúa como autor, por lo que se impondrá la pena en toda su extensión de acuerdo con el artículo 61 CP. De la misma manera, se podría aplicar al agresor la agravante que recoge el precepto 153.3 CP, relativa a la comisión del delito en el domicilio que él y la víctima tenían en común¹¹². Además, se podría aplicar a Marcial una agravante genérica, la reincidencia, contemplada en el artículo 20.8ª CP, siempre que haya sido condenado ejecutoriamente por la primera de las conductas delictivas comentadas. De ser así, la pena de Marcial aumentaría hasta la mitad superior, conforme al artículo 66.1.3º CP¹¹³.

En relación a las penas accesorias, éstas serían las mismas que las indicadas para los delitos anteriores, fijadas por una duración igual a la pena principal. La pena de prisión no podrá ser sustituida -debido a que se trata de un reo habitual al ser condenado anteriormente por el

¹¹⁰ Artículo 22.8ª CP.

¹¹¹ El artículo 172.2 CP establece que será castigado “el que de modo leve coaccione” a quien sea o haya sido su esposa [...].

¹¹² En este caso la pena ascendería a una pena de prisión de 9 meses y un día a un año, o pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 55 a 80 días, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 años y un día a 3 años.

¹¹³ El artículo 66.1.3º CP establece que en el caso de concurrir una o dos agravantes, se aplicará la pena en su mitad superior. Por tanto, en este supuesto se respondería por una pena de prisión de 10 meses y 16 días a 1 año, o una pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 67 a 80 días y, en todo caso, una pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 años, 6 meses y un día a 3 años.

mismo delito- ni suspendida -pues no ha delinquirido por primera vez, además de no tratarse de un delito leve-.

De igual modo, se debe tener presente la habitualidad de las conductas agresivas de Marcial. Este concepto hace referencia a la repetición por el sujeto activo de actos de violencia física o psíquica, con o sin resultado lesivo, por parte del sujeto activo¹¹⁴. Sin embargo, no es preciso que tal sujeto haya sido condenado previamente por delitos de la misma naturaleza. De acuerdo con el criterio jurisprudencial, frecuentemente se contempla la habitualidad tras haber cometido tres actos, aunque como ya se ha analizado, es preciso que se den otros requisitos, como la proximidad cronológica. De apreciarse dicho delito, regulado en el artículo 173.2 CP, se le impondría una pena de prisión de seis meses a tres años, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años¹¹⁵. La determinación de la pena resulta afectada por el párrafo segundo de ese mismo precepto, cuyo contenido recoge la agravante relativa a la comisión del delito en el domicilio común de los sujetos, por lo que se fijaría la pena en su mitad superior, conforme al artículo 66.1.3º CP, resultando por ello la siguiente pena: pena de prisión de un año, nueve meses y un día a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres años, seis meses y un día a cinco años.

En este punto cabe hacer referencia a la apreciación de un concurso. Aunque la doctrina no es unánime en estos aspectos, si se sigue la tesis de Tamarit se observa que la habitualidad se constituye con un elemento del tipo, unificando la pluralidad de acciones que lo integran, y considerándolo así un delito único. En consecuencia, se debe entender que en este supuesto cabe apreciar un concurso ideal de delitos, puesto que un solo hecho -la agresión en el abdomen- constituye dos infracciones -el delito regulado en el artículo 153 CP y la habitualidad del precepto 173.2 CP-. Atendiendo al artículo 77 CP -el cual ha sido modificado pero no se aplicará al caso en cuestión debido al principio de irretroactividad-, se aplicará a Marcial en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Así, la pena concreta sería una pena de prisión de dos años, cuatro meses y dieciséis días a tres años, y una privación del derecho a la tenencia y porte de armas de cuatro años, tres meses y un día a cinco años.

En el caso de no apreciar las consecuencias jurídicas del comportamiento de Marcial por separado, podría considerarse que la primera y la segunda conducta se apreciarían dentro del delito de violencia doméstica por el que se le acusa tras la tercera conducta, es decir, María no denuncia hasta septiembre de 2012 (después de la tercera conducta), por lo que se podría entender que a Marcial se le debe acusar de un delito de violencia doméstica tipificado en el artículo 173 CP (englobando éste la primera, segunda y tercera conductas) unido a los delitos de lesiones anteriormente comentados.

En cuarto lugar, el 29 de septiembre de 2012 Marcial agrede a María, obligando a esta última a permanecer ingresada hasta el 12 diciembre del mismo año, debido a que debe ser intervenida quirúrgicamente en dos ocasiones por las lesiones provocadas en el hígado y en el bazo, y por las cicatrices en el rostro. En esta línea, se debe atender a las múltiples conductas delictivas ocasionadas en esta fecha. Por un lado, los daños causados en el hígado y en el bazo son constitutivos de delito, ya que existe lesión al necesitar María tratamiento médico y quirúrgico. En este punto se debe tener presente la consideración del hígado como órgano

¹¹⁴ DEL CASTILLO FALCON CARO, M., *Malos tratos habituales...* cit., pp. 127 y ss.

¹¹⁵ El artículo 173.2 CP fue modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la cual incluye la posibilidad de aplicarse en este tipo de delitos una medida de libertad vigilada. Sin embargo, esta medida no será aplicable a Marcial debido a que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2015.

principal¹¹⁶ y el bazo como no principal¹¹⁷. Destaca en este punto que la jurisprudencia entiende por órgano principal aquel que es esencial pero no vital -como una mano o un riñón-, no obstante, ni la jurisprudencia ni la doctrina han conseguido un criterio unificador sobre la diferencia entre miembro principal y no principal, lo que puede conllevar una cierta inseguridad jurídica. Primero, si se produce la inutilidad del hígado se castigará la conducta de Marcial de acuerdo con el artículo 149.1 CP, esto es, con una pena de prisión de seis a doce años. Por el contrario, si esa agresión no causa la inutilidad del órgano principal, la conducta será penada conforme al artículo 148.4º CP, y se le impondría una pena de prisión de dos a cinco años. Segundo, si las lesiones le causan a María la pérdida o inutilidad del bazo, a Marcial se le impondría una pena de prisión de tres a seis años, atendiendo al artículo 150 CP; mientras que de no provocarle dicha inutilidad o pérdida, la conducta sería castigada en virtud del artículo 148.4º CP, con una pena de prisión de dos a cinco años. Por otro lado, Marcial responderá también por un delito de lesiones regulado en el artículo 149.1 CP, por las cicatrices del rostro de María, dado que existe una deformidad grave al entenderse que la cicatriz es permanente y visible, así como puede afectarle a la víctima psíquicamente -como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 252/2014, de 4 de abril, F.J.1-.

Las penas previstas se aplicarían en toda su extensión dado que los delitos son consumados y el grado de participación corresponde a la autoría. Asimismo, no podrá aplicarse la agravante de reincidencia aunque los delitos aquí analizados se encuentren en el mismo Título que el del artículo 153 CP, debido al principio *non bis in idem*, puesto que en la anterior conducta ya se ha condenado a Marcial por el delito habitual y, en consecuencia, si se apreciase en la presente conducta la reincidencia, se estaría volviendo a condenar por hechos que ya han sido objeto de condena, esto es, la habitualidad. En lo que se refiere al posible concurso, se entiende que se podría aplicar un concurso real entre las conductas anteriormente analizadas, puesto que existe una serie de hechos que dan lugar a una pluralidad de infracciones; por lo que, según el artículo 73 CP, se impondrá al culpable todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible. Así, la pena concreta de Marcial por esta cuarta conducta será la que resulte de la suma de las penas de prisión de estas tres figuras, que dependerá de si se produce o no la inutilidad o pérdida del hígado y del bazo. Las penas accesorias serían las mismas que las contempladas en la primera conducta, y en cuanto a la suspensión y sustitución, se observa como éstas no serían posibles por los mismos motivos explicados anteriormente.

En quinto lugar, el 12 octubre de 2013 Marcial -que retoma la convivencia en el domicilio conyugal con María, incumpliendo así la orden de alejamiento- agrede a María propinándole dos golpes en el abdomen y otro golpe a Elisa, provocándole a ésta un derrame en un ojo. Primero, los golpes asestados a María en el abdomen no se considera lesión, puesto que no requieren de tratamiento médico o quirúrgico; por tanto, no se le podrá acusar a Marcial de un delito de lesiones (artículos 147 y 148.4 CP), sino que solo se le podrá acusar del delito regulado en el artículo 153.1 CP, el cual, como ya se ha indicado en las anteriores conductas, recoge una pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años. Además, se le podrá aplicar dicha pena en su mitad superior, de acuerdo con la agravante del artículo 153.3 CP, dado que el delito se presume que se ha cometido en el domicilio en común y en presencia de la menor, así como se realiza quebrantando una orden de alejamiento. El grado de ejecución y de participación -consumado y autoría- da lugar a que se aplique la pena del tipo en toda su extensión, conforme el artículo 61 CP. En referencia a las agravantes genéricas, se podría aplicar la relativa a la reincidencia

¹¹⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 89/2007, de 26 de abril, F.J. 2.

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 2143/2001, de 14 de noviembre, F.J. 1.

siempre que Marcial haya sido condenado ejecutoriamente por los delitos de lesiones analizados en la anterior conducta, pudiendo así aumentar hasta la mitad superior su pena, según el precepto 66.1.3° CP. De acuerdo a los anteriores motivos, la pena de Marcial sería la siguiente: una pena de prisión de diez meses y dieciséis días a un año, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta y siete a ochenta días, y en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos años, seis meses y un día a tres años.

Segundo, cabe plantearse si el infarto que sufre María es a causa de la ansiedad que le provoca el comportamiento agresivo de Marcial, o por el contrario es consecuencia de la sedación que le suministran los servicios sanitarios. En el primer supuesto, Marcial respondería por un delito de lesiones imprudentes, de acuerdo con el artículo 152.1 CP. En este sentido, destacan numerosos estudios que vinculan la tensión matrimonial con el riesgo de síndrome metabólico, resultando esto un factor de riesgo de enfermedad cardíaca¹¹⁸. Debido a esta relación, los sujetos que sufren ansiedad son más propensos a padecer un evento cardiovascular, puesto que estos tienen un riesgo 26% superior de padecer dichas enfermedades¹¹⁹. En consecuencia, a Marcial se le impondría una pena de prisión de tres a seis meses. En el segundo supuesto, Marcial no respondería por el infarto que sufre María, ya que la relación de causalidad se rompería con la negligencia médica.

Tercero, la agresión cometida sobre Elisa tiene un resultado no constitutivo de lesión, debido a que la menor no requiere de tratamiento médico o quirúrgico por el derrame ocular, como ya se ha mencionado anteriormente. Por tanto, Marcial debe responder por un delito contemplado en el artículo 153.1 CP, al considerarse a la víctima una persona especialmente vulnerable que convive con el autor, puesto que la menor tiene tan solo dos años. Asimismo, se podrá aplicar la agravante del artículo 153.3 CP, ya que la agresión se produce en la vivienda en donde reside la víctima, lo que conlleva el aumento de la pena en su mitad superior¹²⁰. Se trata de un delito de lesiones consumado en grado de autoría, por lo que se impondría la pena en toda su extensión. De la misma manera, se podría apreciar la agravante por reincidencia y por parentesco. De concurrir las dos agravantes genéricas, se aplicaría la pena en su mitad superior, según el artículo 66.1.3° CP, resultando ésta una pena de prisión diez meses y dieciséis días a un año, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta y siete a ochenta días, y en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos años, seis meses y un día a tres años, así como la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad hasta cinco años.

Además, a Marcial se le podría acusar de un nuevo delito de violencia doméstica habitual, ya que se cumple el requisito exigido por la jurisprudencia de haberse cometido, al menos, tres actos violentos. Dicho esto, se le impondría la pena prevista en el artículo 173.2 CP, en su mitad superior por cometerse en el domicilio de la víctima; quedando ésta, por tanto, en una pena de prisión de un año, nueve meses y un día a tres años, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres años, seis meses y un día a cinco años.

¹¹⁸ Secardiologia.es. (2016), *La tensión matrimonial eleva el riesgo de síndrome metabólico y depresión en las mujeres* [en línea]. Disponible en: <http://secardiologia.es/clinica/cientifico/930-la-tension-matrimonial-eleva-el-riesgo-de-sindrome-metabolico-y-depresion-en-las-mujeres> [Acceso: 17 de abril de 2016].

¹¹⁹ QUILES GRANADO, J. (2010), “Ansiedad y enfermedad coronaria” [en línea] en *Secardiologia.es*. Disponible en: <http://secardiologia.es/multimedia/blog/2859-ansiedad-y-enfermedad-coronaria> [Acceso: 17 de abril de 2016].

¹²⁰ De aplicarse la agravante del artículo 153.3 CP, a Marcial se le impondría una pena de prisión de 9 meses y un día a 1 año, o de trabajos en beneficio de la comunidad de 55 a 80 días, y en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 2 años y un día a 3 años.

En el supuesto de apreciarse estas cuatro conductas delictivas, se entiende que cabría aplicar un concurso ideal de un concurso real con el delito habitual, puesto que, según defiende Gracia Martín, resulta acertado estimar “la existencia de que el tipo recoge un concurso ideal, fundamentándolo en la tesis de la unidad de acción por efecto de abrazamiento, pues los tipos de lesiones realizados con cada acto singular, aunque son independientes, cada uno de ellos, al realizarse, constituye un concurso ideal con el delito habitual”, el cual opera como abrazadera, por lo que se considera un solo hecho que da lugar a dos o más delitos, mientras que los tipos de lesiones ocasionadas darán lugar a un concurso real entre ellos¹²¹. De este modo, se aplicaría un concurso real entre los dos delitos del artículo 153.3 CP con el del 152.1.1º CP, imponiéndosele a Marcial todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible¹²²; y cuando no fuera posible la ejecución coetánea, el precepto 75 CP establece que las penas se cumplirán siguiendo el orden de su respectiva gravedad. Asimismo, la suma que resulte de dicho concurso real, entra en concurso ideal con el delito de violencia doméstica habitual, por el que se aplicará la pena en su mitad superior para la infracción más grave, según el artículo 77 CP.

No obstante, se debe tener en cuenta que, dadas las circunstancias de Marcial, cabe la posibilidad de que se le aplique una eximente por intoxicación plena por drogas, regulada en el artículo 20.2 CP, siempre y cuando la prueba de drogas realizada por la Policía refleje que se encuentra en un estado de intoxicación plena por consumo de cocaína o, por el contrario, Marcial pueda probar que se encontraba bajo la influencia del síndrome de abstinencia, a causa de su condición de drogo dependiente. En tal caso, Marcial estaría exento de cualquier responsabilidad criminal, pero se le podría aplicar alguna medida de seguridad. Sin embargo, la eximente por intoxicación plena por consumo de alcohol no podría ser aplicada debido a que el test de alcoholemia muestra una tasa de 0,75 ml en aire espirado, tasa que no es lo excesivamente alta para poder encontrarse en un estado de intoxicación plena. En esta línea, en el caso de no poder demostrarse que se halla en estado de intoxicación plena por drogas o alcohol, pero sí ha influido en él dicho consumo, podría ser apreciada una atenuante -artículo 21.1ª o 21.2ª CP-. De la misma manera, podría ser apreciada la atenuante por su ingreso, de forma voluntaria, en una clínica de desintoxicación, con el fin de reparar el daño causado, siempre que ingrese antes de la celebración del juicio oral -artículo 21.5ª CP-. En este sentido, el artículo 80.5 CP -que contempla la antigua redacción del artículo 87 CP- establece que aunque el condenado haya delinquido más de una vez y la suma de las penas impuestas supere los dos años, el Juez puede acordar la suspensión de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años si se demuestra que el hecho delictivo se comete a causa de su drogodependencia y se certifica que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin. Destaca en este punto la sentencia del Tribunal Supremo 1212/2005, de 13 de octubre, F.J.1, en la que se recoge que no solo se requiere la prueba de que se está realizando un tratamiento de deshabitación, sino que es necesario que dicho tratamiento haya finalizado con éxito. Asimismo, podría plantearse si a Marcial le corresponde la agravante de reincidencia -en el caso de ser condenado anteriormente por el delito de violencia doméstica-, aunque éste podría alegar que se estaría vulnerando el principio *non bis in idem*, dado que la habitualidad ya habría sido juzgado en la tercera conducta.

En todo caso, Marcial debe responder civilmente, debido a su condición de persona criminalmente responsable de varios delitos que han causado daños o perjuicios -artículo 116 CP-; por lo que debe indemnizar económicamente a María y, en su caso, a Elisa.

¹²¹ DEL CASTILLO FALCÓN, M., *Malos tratos habituales...* cit., p. 169.

¹²² Artículo 73 CP.

PARTE II: La vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de María

I. Orden de alejamiento

Aun teniendo en cuenta el paralelismo existente entre las medidas cautelares, medidas de seguridad y penas previstas para el delito de violencia doméstica, el siguiente estudio se centrará en las medidas cautelares, concretamente en la orden de alejamiento y las posibles consecuencias jurídicas del incumplimiento de la misma, puesto que se entiende que María ha solicitado dicha orden en el momento de interponer la denuncia, esto es, una vez incoado el procedimiento, pero sin existir todavía sentencia firme.

La orden de alejamiento, en este caso, tiene como finalidad proteger a las personas que puedan ser objeto de violencia doméstica durante la tramitación del proceso penal, por lo que se trata de combatir tal violencia producida en el seno de las familias, en las que el autor está amparado por la privacidad del hogar. Asimismo, la orden de alejamiento -que supuso a su vez un avance en la penalización de la violencia doméstica- busca proteger a la víctima, amparándola de una manera más eficaz e inmediata, favoreciendo así a procesos rápidos y fáciles de solicitar. En consecuencia, se caracteriza por apenas requerir formalismos.

Esta figura se regula en el precepto 544 bis LECrim, el cual establece que podrá ser impuesta la orden de alejamiento en el marco de la investigación de un delito mencionado en el artículo 57 CP: homicidio, aborto, lesiones, delitos contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, contra el honor, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Dado que María solicita la orden de alejamiento cuando ésta ha sido víctima de un delito de lesiones, entraría dentro del supuesto legal.

El mismo artículo dispone que la competencia para imponer la orden de alejamiento corresponde únicamente a la Autoridad judicial, dado que la medida afecta a un derecho fundamental, la libertad de circulación y elección de residencia¹²³. De este modo, será el Juez de Instrucción que esté conociendo del caso de violencia doméstica el que se encargue de su adopción o, por el contrario, el Juzgado de Guardia, en los supuestos en los que su adopción resulte urgente¹²⁴. Durante la fase de juicio oral y de interposición de recursos, esa competencia le corresponderá al Juzgado de lo Penal o a la Audiencia Provincial, esto es, al órgano al que se le atribuya el enjuiciamiento. En lo que se refiere al ámbito subjetivo, los beneficiarios de la orden de alejamiento serían las víctimas y familiares de las mismas, mientras que el sujeto pasivo será aquel del que se tienen indicios de que ha cometido un delito de los indicados anteriormente. Los sujetos activos -aunque cabe señalar que la Autoridad judicial también puede adoptarla de oficio- podrán solicitar la orden de alejamiento ante el Juez de Guardia, el Fiscal, cualquier Cuerpo o Fuerza de Seguridad del Estado, o cualquier oficina de protección de las víctimas de la Administración Pública. Una vez que el Juez competente es conocedor de la solicitud y ha estudiado las circunstancias del caso -incluidos los indicios fundados de la comisión del delito, el riesgo para la víctima y la necesidad de la medida-, debe convocar a una audiencia a la víctima, a su representante -si lo hubiera-, al agresor y a sus abogados, y al Ministerio Fiscal. Normalmente, esta audiencia se celebra el mismo día de la presentación de la denuncia, aunque se puede realizar en un máximo de 72 horas. Finalmente, el Juez resolverá la cuestión a través de un auto motivado.

¹²³ Artículo 19 CE.

¹²⁴ Artículo 40.1 del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios a las Actuaciones Judiciales.

De la misma manera, la orden de alejamiento se caracteriza por ser provisional. Así, esta medida se extingue cuando haya sentencia firme que ponga fin al proceso. Además, dicha medida cautelar se sustentará mientras las circunstancias del caso aconsejen su adopción, revocándose en caso de variación. No obstante, aunque el artículo 544 bis LECrim no contempla un máximo de duración de la medida, se entiende que no puede sobrepasar el límite de cinco años, puesto que resultan aplicables los plazos del artículo 57 CP, y porque supone una restricción de un derecho fundamental¹²⁵.

El contenido de la orden de alejamiento consiste en la prohibición de aproximarse a la víctima -en los que se puede incluir el domicilio o centro de trabajo de la víctima, y aunque no se contemple en la ley una distancia mínima, se entiende que lo más aconsejable es que el Juez dicte una distancia de quinientos metros- o de comunicarse con ella a través de cualquier medio, o de residir en un determinado lugar, provincia o Comunidad Autónoma, o de acudir a ellos -con el límite de una Comunidad Autónoma-. La Ley Orgánica 1/2004 prevé la utilización de medios electrónicos que permitan verificar la infracción del agresor, entre los que se incluyen sistemas como el GPS o las pulseras electrónicas. En esta línea destaca que la LJV introduce un tercer apartado al artículo 468 CP para casos de incumplimiento de la utilización de estos dispositivos técnicos.

II. Incumplimiento de la orden de alejamiento

Tal y como recoge el párrafo cuarto del artículo 544 LECrim -reformado por la Ley Orgánica 15/2003 para resaltar más los aspectos relativos a la protección de la víctima en los supuestos de violencia doméstica-, en caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada, el Juez o Tribunal debe convocar una comparecencia para la adopción de la prisión provisional, de la orden de protección regulada en el artículo siguiente, o de otra medida cautelar que suponga una mayor limitación de su libertad personal, para lo que se debe tener en cuenta la incidencia del incumplimiento, los motivos, y la gravedad, sin perjuicio de la responsabilidad que del incumplimiento pudiera resultar -refiriéndose este último punto al delito de quebrantamiento de medida cautelar regulado en el artículo 468 CP-.

De este modo, en caso de incumplimiento doloso por el imputado, y dado el aumento del riesgo para la víctima, el funcionariado policial debe proceder a la inmediata detención del infractor, tanto en los casos del artículo 468 CP, como en los del 153.2 CP y 173.2 CP. El Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género establece cinco pautas a seguir por la Policía: examen individualizado del riesgo, análisis de la resolución judicial, adopción de medidas adecuadas y proporcionadas, elaboración de informes de seguimiento, y en casos de reanudación de la convivencia o renuncia de la víctima a la orden, inmediata comunicación al Juez¹²⁶. Tras la detención, se pondrá al detenido a disposición judicial -con el correspondiente atestado- y se le comunicará la misma al Ministerio Fiscal¹²⁷. El Juez debe convocar una comparecencia a la que acudirán necesariamente el imputado -asistido de letrado-, el Ministerio Fiscal, el resto de las partes personadas, y la víctima o su representante legal. Posteriormente, el Juez debe adoptar alguna de las siguientes medidas: prisión provisional, otra medida cautelar o de protección de la víctima, o cualquier otra medida cautelar. Si la víctima es alguna de las contempladas en el

¹²⁵ DELGADO MARTÍN, J., *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico...* cit., p. 148.

¹²⁶ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (coordinador), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, Ed. 1ª, pp. 172 y ss.

¹²⁷ NACARINO LORENTE, J. M., et al., *Curso práctico...* cit., pp. 76 y ss.

artículo 173.2 CP, como es el caso de María, se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que hayan quebrantado la orden de alejamiento¹²⁸.

En el supuesto de quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento con el consentimiento de la víctima existe una controversia en de la doctrina. Por un lado, un sector entiende que el consentimiento de la víctima da lugar a que se anule el delito de quebrantamiento de la medida cautelar, debido a que es la propia víctima la que rechaza, voluntariamente, la protección, reanudando la convivencia. Este sector se basa en la sentencia del Tribunal Supremo 1156/2005, de 26 de septiembre, F.J.5, en la que se establece que “si se opta por mantener a todo trance la efectividad de la medida habría una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a vivir juntos”. Así, se entiende que la reanudación de la convivencia supone la innecesidad de la protección y, consecuentemente, la extinción de la orden de alejamiento. De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo 69/2006, de 20 de enero, F.J.2, adopta la misma postura al reflejar que el consentimiento de la víctima se debe tener en cuenta a la hora de determinar el error del tipo invencible, puesto que en este supuesto el agresor -sujeto activo de dos órdenes de alejamiento- consideraba que al revocarse una de ellas, la otra también se extinguía. Otra sentencia favorable a esta tesis es la dictada por la Audiencia Provincial de Gerona 207/2008, de 11 de abril, F.J.1, en la que se recoge que si la víctima se acerca al agresor es porque desaparece el miedo, desapareciendo así el delito de quebrantamiento.

Por otro lado, el otro sector doctrinal rechaza la idea de la prevalencia de la voluntad de la víctima frente al interés del Estado en su protección, puesto que consideran que los órganos jurisdiccionales deberían recabar previamente informes sobre la reanudación efectiva de la convivencia y la voluntad real de la víctima que solicita la anulación de la orden de alejamiento. Asimismo, este sector se inclina hacia la tesis de que el consentimiento de la víctima no priva de relevancia típica a la conducta de quebrantamiento, pues la orden de alejamiento no es disponible ni renunciable por la víctima y, en consecuencia, el consentimiento no elimina la antijuridicidad. Esta tesis resulta apoyada por la sentencia del Tribunal Supremo 10/2007, de 19 de enero, F.J.2, puesto que en ésta se determina que el quebrantamiento de la medida ofende al principio de autoridad¹²⁹, y no la protección e integridad corporal de la mujer directamente.

Debido a la disparidad de la jurisprudencia en este asunto, se intenta buscar una solución a través del Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 2008, relativo a la “Interpretación del artículo 468 CP en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado el consentimiento de la víctima”. En dicho Acuerdo se llega a la conclusión de que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad del delito¹³⁰. Tras el acuerdo del pleno, los Tribunales actúan acorde a esta tesis, y muestra de ello son las siguientes sentencias. Primero, la sentencia del Tribunal Supremo 755/2009, de 13 de julio, F.J.7, hace referencia a la intimidación que el agresor comúnmente ejerce sobre la víctima, por lo que no es posible erradicar la violencia doméstica si se permite a dicha víctima disponer de la orden de alejamiento. Segundo, la sentencia del Tribunal Supremo 61/2010, de 28 de enero, F.J.13, recoge las fases psicológicas de una mujer maltratada, haciendo referencia a la pérdida de autoestima, lo que podría conllevar que en un momento dado accediese a reanudar la convivencia, existiendo sin embargo un alto riesgo para ella. Tercero, la sentencia del Tribunal Supremo 268/2010, de 26 de febrero, F.J.2,

¹²⁸ Artículo 468.2 CP.

¹²⁹ El delito regulado en el artículo 468 CP es un delito contra la Administración de Justicia.

¹³⁰ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “La protección mediante el alejamiento” en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Madrid, 2011, Ed. 1ª, pp. 211 y ss.

establece que “es claro que si la función social de la pena es la ratificación de la vigencia de la norma frente a la acción lesiva de un bien jurídico”, la orden de alejamiento no puede quedar al arbitrio de una voluntad individual, es decir, de la voluntad de la víctima.

Teniendo en cuenta las últimas sentencia y en base al Acuerdo de Pleno ahora mencionado, Marcial ha cometido un delito de quebrantamiento de condena según el artículo 468 CP, con independencia del consentimiento prestado por parte de María para reanudar la convivencia. Esto se debe a que -como es frecuente en las víctimas de violencia doméstica- María puede estar sufriendo en el terreno emocional y psicológico las consecuencias de este tipo de violencia, como puede ser el caso del síndrome de la mujer maltratada¹³¹. Así, la autoestima de María no sería la suficiente para comprobar que sigue existiendo un alto riesgo para ella y la menor y, en consecuencia, puede que su consentimiento se vea coaccionado por parte de Marcial. Por tanto, Marcial debe ser condenado de acuerdo a la pena impuesta por el artículo 468.2 CP, esto es, con una pena de prisión de seis meses a un año.

CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, en mi opinión, Marcial debe ser condenado por las cinco conductas delictivas analizadas en el presente apartado, debido a que todas ellas constituyen un grave riesgo para la vida e integridad de María y Elisa. Además, se debe tener en cuenta la necesidad de erradicar la violencia doméstica -computando en este caso la elevada cifra negra en este sector- y, en consecuencia, emerge la necesidad de hacer efectivas todas las medidas establecidas por el legislador. Sin embargo, considero que en la última conducta comentada se le debería de aplicar la eximente completa o, al menos, la atenuante por su estado, debido al consumo de cocaína, siempre y cuando se demuestre que verdaderamente se encuentra en unas condiciones que le hacían desconocer la gravedad de los hechos.

En cuanto al quebrantamiento de la orden de alejamiento, entiendo que se le debe aplicar la pena del artículo 468.2 CP, debido a que el consentimiento de la víctima es probable se encuentre viciado debido al continuo maltrato psicológico de María, y el consecuente estado emocional que ella debe estar sufriendo. Asimismo, de acuerdo con el Acuerdo de Pleno, no debe ser tenido en cuenta el consentimiento de la mujer, pues -además de no estar protegiéndose el mismo bien jurídico- como se ha visto con la quinta conducta delictiva comentada, el riesgo para las víctimas era patente.

CONCLUSIÓN FINAL

En cuanto a la validez jurídica del matrimonio formado por María y Marcial, considero que éste es totalmente válido, conforme a los argumentos esgrimidos por la doctrina mayoritaria. El artículo 85 CP es rotundo al disponer la disolución del matrimonio a causa de una declaración de fallecimiento. Además de las indicaciones legales, considerar que es eficaz la restauración del matrimonio con la reaparición del declarado fallecido no solo podría traer graves consecuencias personales para el cónyuge presente, sino también inconvenientes patrimoniales, como sucede en el caso propuesto. No obstante, considero que -aunque es cierto que en España apenas existen declaraciones de fallecimiento- el legislador debería de pronunciarse a favor de uno u otro sector doctrinal, aportar normativa más clara, manifestarse sobre casos concretos, y exponer criterios de aplicación en los supuestos de reaparición del declarado fallecido y la consecuente validez o nulidad del segundo matrimonio.

¹³¹ BACA BALDOMERO, E. et al., *Manual de victimología*, cit., p. 175.

Del mismo modo, el legislador debería pronunciarse también sobre las consecuencias de una posible reaparición del declarado fallecido, ya que la normativa no es suficiente, así como apenas existen resoluciones judiciales para estos supuestos, debido al escaso porcentaje de dichos casos. Asimismo, considero que, teniendo en cuenta los presupuestos legales, María debe reembolsar a Manolo el porcentaje de los bienes que a éste le corresponda o, en su caso, el precio por los que fueron vendidos. Aunque también es cierto que la responsabilidad penal de María juega un papel importante en este supuesto, por lo que son relevantes los principios de buena fe y de no enriquecimiento sin causa. En este sentido, podría sostenerse que existe una causa de indignidad, por lo que María no podría ser considerada heredera. Sin embargo, se debe considerar también que ella pensaba que Manolo había muerto y por ello consumió y vendió ciertos bienes; por lo que habría que tener presente también el motivo por el que Manolo ha estado casi siete años sin dar noticias de su paradero y existencia.

En la misma línea, considero acertada la acusación a María por asesinato, puesto que ha actuado con dolo directo, esto es, tira del barco a Manolo con el objetivo de que éste pierda la vida; así como actúa con alevosía -dándose así una circunstancia constitutiva del delito-, dado que golpear a la víctima primeramente en la cabeza se entiende que tiene como fin debilitarlo y, a su vez, evitar una posible defensa por parte del mismo. De la misma manera, el hecho de que las autoridades conociesen la comisión del delito a través de unas intervenciones telefónicas que tenían la investigación de otro delito como objetivo, considero que no supone ningún obstáculo para esta acusación, pues el derecho al secreto de las comunicaciones no es un bien absoluto y, consecuentemente, puede ser sobrepasado por otros intereses superiores, como en este caso.

Por último, por lo que se refiere a las conductas constitutivas de varios delitos de violencia doméstica, los Tribunales deben condenar tales hechos con total contundencia principalmente por dos motivos. Primero, la habitualidad de los hechos, lo cual conlleva un inevitable aumento del riesgo y trastornos físicos y psíquicos para las víctimas. Segundo, la necesidad de eliminar por completo este tipo de conductas -las que finalmente son denunciadas, y las que acaban englobándose dentro de la preocupante cifra negra-, siendo para ello indispensable una nueva política criminal, con la que se dote a los organismos competentes de los medios personales y materiales necesarios para poder combatir la violencia doméstica, pues actualmente el elevado número de casos ha dado lugar a grandes déficits de realización del sistema penal. En consecuencia, Marcial debe ser condenado por los delitos de violencia doméstica cometidos sobre María y Elisa, además de por los distintos delitos de coacciones y lesiones. Así, en el caso de que alguna de sus penas le fuera suspendida o sustituida, considero que sería necesaria la imposición de la obligación de realizar determinados tratamientos, como el programa de intervención para agresores de violencia de género.

LEGISLACIÓN

Código Penal alemán, de 1871.

Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Código Civil.

Código Civil suizo, promulgado en 1907.

Código Civil Federal de México, antes Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común para toda la República en materia federal, de 1932.

Ley de 8 de septiembre de 1939.

Código Civil italiano, aprobado por el Real Decreto de 16 de marzo de 1942.

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, dado en Roma el día 4 de noviembre de 1950.

Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.

Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.

Código Civil portugués, aprobado por el Decreto-Ley Nº 47344/66, de 25 de noviembre.

Constitución española de 1978.

Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios a las Actuaciones Judiciales.

Código Penal.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Orden de 16 de septiembre de 1997 por la que se aprueba el Protocolo que han de utilizar los Médicos Forenses en el reconocimiento de los detenidos.

Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros.

Ley Orgánica 15/2003.

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

Ley 15/2005, de 8 de julio.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Reglamento, a través del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1943.

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1985.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1986.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1995.

Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1996, de 26 de marzo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 881/1998, de 16 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 1389/1998, de 23 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 927/2000, de 24 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo 1483/2000, de 6 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo 2143/2001, de 14 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 186/2005, de 10 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 864/2005, de 22 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo 1156/2005, de 26 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 1212/2005, de 13 de octubre.

Sentencia del Tribunal Supremo 1597/2005, de 21 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 69/2006, de 20 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo 409/2006, de 13 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 10/2007, de 19 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo 21/2007, de 19 de enero.

Sentencia de la Audiencia Provincia de Córdoba 89/2007, de 26 de abril.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona 207/2008, de 11 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 755/2009, de 13 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo 61/2010, de 28 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo 268/2010, 26 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo 818/2011, de 21 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo 636/2012, de 13 de julio.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 252/2014, de 4 de abril.

Sentencia del Tribunal Supremo 754/2015, de 27 de noviembre.

BIBLIOGRAFÍA

BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J. M. (coordinadores), *Manual de victimología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, Ed. 1ª.

BARCELONA LLOP, J., “Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad” en *Revista de Administración Pública*, vol. CXII, 1987.

BEGUÉ LEZAUN, J. J., “Modalidades delictivas de la llamada violencia doméstica. Especial referencia a la violencia psíquica” en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, vol. I, Madrid, 2000, pp. 417 y ss.

BELLETTI, J., GUAITA, K., *Móvil y homicidio: necesidad de unificar criterios frente a la etiología y comprensión de las muertes por acción de terceros* [en línea]. Disponible en: <ciperchile.cl/wp-content/uploads/estudio-movil-y-homicidio.pdf> [Acceso: 11 de abril de 2016].

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Bercal, Madrid, 2007, Ed. 1ª.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, Bercal, Madrid, 2011, Ed. 3ª.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (coordinador), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, Ed. 1ª.

BUSTO LAGO, J. M., PEÑA LÓPEZ, F., “Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. I, 1997, pp. 141 a 166.

CADENA SERRANO, F. A., *Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 1/2015* [en línea]. Disponible en: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia_CADENA_SERRANO.pdf?idFile=1e3aa192-5aad-41bc-b734-a79ece5d1740> [Acceso: 11 de abril de 2016].

CASTILLEJO MANZANARES, R., “Problemas que plantea la actual aplicación de la Ley integral” en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Madrid, 2011, Ed. 1ª, pp. 63 y ss.

COBO DEL ROSAL, M. (director), BAJO FERNÁNDEZ, M. (coordinador), “Delitos contra el secreto de las comunicaciones. Delitos contra la Hacienda pública” en *Revista de Derecho Público. Comentarios a la Legislación Penal*, vol. VII, 1986.

DEL CASTILLO FALCÓN CARO, M., *Malos tratos habituales a la mujer*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, Ed. 1ª.

DELGADO MARTÍN, J., *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*, Colex, Madrid, 2001, Ed. 1ª.

DEL ROSAL BLASCO, B., “La alevosía en el Código Penal de 1995” en *Delitos contra las personas. Manuales de Formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 271 y ss.

ETXEBERRÍA GURIDI, F., “La prueba en el proceso de violencia de género” en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Madrid, 2011, Ed. 1ª, pp. 353 y ss.

FARALDO CABANA, P., “Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género. La situación tras la reforma de 2010” en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Madrid, 2011, Ed. 1ª, pp. 413 y ss.

GANZENMÜLLER ROIG, C., “El Ministerio Fiscal en la coordinación de los servicios e instituciones implicados en la lucha contra la violencia doméstica” en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, vol. I, Madrid, 2000, pp. 391 y ss.

LETE DEL RIO, J. M., *Derecho de la Persona*, Tecnos, Madrid, 1996, Ed. 3ª.

LETE DEL RIO, J. M., PÉREZ ALVAREZ, M. A., GARCÍA RUBIO, M. P., ESPIN ALBA, I., IGLESIAS REDONDO, J. I., LETE ACHIRICA, J., *Manual de Derecho civil gallego*, Colex, Madrid, 1999, Ed. 1ª.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal/iure, Madrid, 1989, Ed. 1ª.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, Ed. 3ª.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “La protección mediante el alejamiento” en *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Madrid, 2011, Ed. 1ª, pp. 211 y ss.

MANSO PORTO, T., “Las escuchas telefónicas entre abogado defensor y cliente en una comparación internacional” en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII, 2012.

MINISTERIO DEL INTERIOR, *Violencia contra la mujer*, Madrid, 1991.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, Ed. 19ª.

NACARINO LORENTE, J. M., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, F. J., *Curso práctico de actuación policial ante la violencia de género*, RiE, Valencia, 2009, Ed. 1ª.

Oftalmoseo.com (2016), *Oftalmoseo: Hiposfagma* [en línea]. Disponible en: <http://www.oftalmoseo.com/patologias-frecuentes-2/hiposfagma/> [Acceso: 16 de abril de 2016].

ORTEGO COSTALES, J., *Teoría de la parte especial del Derecho Penal*, Dykinson, Salamanca, 1988, Ed. 1ª.

PUIG I FERRIOL, LI., GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Civil. Introducción y derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 2001, Ed. 3ª.

QUILES GRANADO, J. (2010), “Ansiedad y enfermedad coronaria” [en línea] en *Secardiologia.es*. Disponible en: <http://secardiologia.es/multimedia/blog/2859-ansiedad-y-enfermedad-coronaria> [Acceso: 17 de abril de 2016].

REYERO PANTIGOSO, F., “Lesiones y secuelas psíquicas en menores, víctimas de maltrato familiar” en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, vol. I, Madrid, 2000, pp. 63 y ss.

ROGEL VIDE, C., *Derecho de la persona*, Cálamo Producciones Editoriales, Barcelona, 2002, Ed. 1ª.

SAAVEDRA RUIZ, J. (director), *Jurisprudencia penal (2005-2007): análisis crítico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coordinador), *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la persona*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, Ed. 3ª.

Secardiologia.es (2016), *La tensión matrimonial eleva el riesgo de síndrome metabólico y depresión en las mujeres* [en línea]. Disponible en: <http://secardiologia.es/clinica/cientifico/930-la-tension-matrimonial-eleva-el-riesgo-de-sindrome-metabolico-y-depresion-en-las-mujeres> [Acceso: 17 de abril de 2016].

SERRANO ALONSO, E., *Derecho de la persona*, La Ley, Madrid, 1992, Ed. 3ª.

TASENDE CALVO, J. J., “Problemas de autoría y participación en relación con los delitos de homicidio y asesinato” en *Delitos contra las personas. Manuales de Formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 89 y ss.

TORRES PARRA, M. J., “Doble venta y venta a non domino: del Derecho Romano al Derecho Comunitario Europeo” en *Revista internacional de Derecho Romano*, vol. XII, 2014, pp. 193 a 227.

VALDEARENAS MARTÍN, M. D., *Oftalmología para Médicos de Familia* [en línea]. Disponible en: <http://www.eloculista.es/Biblioteca/libros/mf.pdf> [Acceso: 16 de abril de 2016].

ANEXOS

Anexo I – Declaración de fallecimiento.

Anexo II – Modelo de solicitud de orden de protección.

Anexo III – Modelo de auto acordando una orden de protección.

Anexo IV – Estadísticas de solicitud de orden de protección.

Anexo V – Estadísticas de denuncias por violencia doméstica.

Anexo VI – Estadísticas de violencia de género de la Xunta de Galicia.

Anexo VII – Informe de violencia doméstica de la Fiscalía General del Estado.

Anexo VIII – Modelo de auto de intervención telefónica.

ANEXO I

Declaración de fallecimiento 886/2008 del Juzgado Mixto número 1 de Chiclana de la Frontera.

JUZGADO MIXTO NUMERO 1 DE CHICLANA DE LA FRA

Plaza del Retortillo S/N

Fax: . Tel.: 956,010415-16

N.I.G.: 1101542C20080003243

Procedimiento: Declaración de fallecimiento 886/2008. Negociado: RO

Sobre: DECLARACION DE FALLECIMIENTO

De: JUAN PEREZ SILVA

CEDULA DE NOTIFICACION

En los autos de referencia, se ha dictado la resolución que copiada literalmente es como sigue:

SE ACOMPAÑA COPIA DE RESOLUCIÓN

Y para que sirva de notificación en forma a quien abajo se indica, extendo y firmo la presente en Chiclana de la Frontera a treinta de junio de dos mil once.

EL/LA SECRETARIO



D/ña. JUAN PEREZ SILVA CL.MARIA AUXILIADORA NUM 8
SAN JOSE DEL VALLE

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN 1
CHICLANA DE LA FRONTERA. CÁDIZ
PROC: DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO 886.2008

AUTO

En Chiclana de la Frontera, a 22 de Junio de 2011

Vistos por mí, Dña. Bárbara Izquierdo González, Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 1 de Chiclana los presentes autos de jurisdicción voluntaria, seguidos con el número 886.2008 , sobre declaración de fallecimiento de DÑA. MARÍA SILVA CRUZ , promovidos por D. JUAN PÉREZ SILVA , en su propio nombre y representación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito de fecha 19 de Mayo de 2008 D. JUAN PÉREZ SILVA presentó expediente de jurisdicción voluntaria para la obtención de la declaración de fallecimiento de su madre DÑA. MARÍA SILVA CRUZ, aportando los siguientes documentos: trabajos de investigación realizados por D. Jose Luis Gutiérrez Molina " Casas Viejas: Del Crimen a la esperanza. María Silva "Libertaria" y Miguel Pérez Cordon: Dos vidas unidas por un ideal (1933-1939) Cordoba, editorial Almuzara , 2008; terminando por solicitar se dictase auto declarando el fallecimiento de DÑA. MARÍA SILVA CRUZ el 24 de Agosto de 1936 a causa de muerte violenta realizada por las Fuerzas del Ejército y civiles sublevados el 18 de Julio de 1936.

SEGUNDO.- Por diligencia de fecha 2 de Febrero de 2009 se tuvo por promovido el expediente, practicándose las

publicaciones exigidas en el artículo 2042 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (edictos en el B.O.E., en el periódico nacional “Público” , en el periódico provincial “La Voz de Cádiz”); sin que compareciese persona alguna.

El Ministerio Fiscal en su informe de 8 de Junio de 2011 no formuló oposición a la aprobación del expediente en el sentido interesado por el solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habiendo desaparecido DÑA.MARIA SILVA CRUZ en el año 1936 , sin que desde entonces se hayan tenido noticias suyas, cabe entender que concurre la causa primera del art. 193 del Código Civil, según la cual procede la declaración de fallecimiento transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición.

También se han cumplido los requisitos de publicidad exigidos por el art. 2.042 LEC para declarar el fallecimiento conforme a los arts. 193 y siguientes del Código Civil.

SEGUNDO.- El párrafo segundo del art. 195 del Código Civil establece que toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario. Conforme dispone el artículo 193.2 del CC “ los plazos expresados se computarán desde la expiración del año natural en que se tuvieron las últimas noticias o, en su defecto, del que ocurrió la desaparición”. En los casos de ausencia simple como el presente, la Jurisprudencia entiende que la fecha será la del día siguiente al último del plazo de cinco o diez años fijado por el art. 193. (SAP LUGO de 10-7-2003 , que a su vez hace relación a STS 9-7-1932, 5-12-1908, 19-5-1945 y 7-11-1965) .Igualmente la doctrina (Manresa/Bonet, De Castro, Diaz-Picazo y Gullán...). Por ello, con arreglo a lo anterior, si las últimas noticias se tuvieron el

18 de Julio de 1936, y conforme al artículo 193 y 195.2 que remite a éste último, debemos computar los plazos desde la expiración del natural en que ocurriera la desaparición, debe entenderse fallecida el día siguiente al 31 de Diciembre de 1946, esto es, el 1 de Enero de 1947.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación;

DECIDO: Declarar el fallecimiento legal de MARIA SILVA CRUZ , nacido el 18 de Abril de 1915 , en la localidad de Benalup-Casas Viejas , hija de Juan Silva González y Maríz Cruz Gutiérrez , como ocurrido, a todos los efectos, el día 1 de Enero de 1947 ; firme que sea este auto, que se notificará el Procurador instante, líbrese exhorto al encargado del Registro Civil de Chiclana de la Frontera , para que proceda a la inscripción de tal fallecimiento en el Registro de su cargo, así como a anotarlo preventivamente en la inscripción de nacimiento, entregando a tal efecto el correspondiente testimonio; entréguese también testimonio literal de esta resolución al solicitante; poniendo en las actuaciones certificación del mismo, inclúyase el presente auto en el Libro de Sentencias y archívense las actuaciones.

Así lo pronuncio, mando y firmo.

ANEXO II

Modelo de solicitud de una orden de protección, presente en el portal del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20130314%20Modelo%20de%20solicitud%20de%20la%20Orden%20de%20Protecci%C3%B3n%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20130314%20Modelo%20de%20solicitud%20de%20la%20Orden%20de%20Protecci%C3%B3n%20(1).pdf)>. [Acceso: 1 de mayo de 2016].

FORMULARIO SOLICITUD ORDEN DE PROTECCIÓN
13/03/2013

**MODELO DE SOLICITUD DE
ORDEN DE PROTECCIÓN**

FECHA:

HORA:

ORGANISMO RECEPTOR DE LA SOLICITUD

Nombre del organismo:

Dirección:

Teléfono:

Fax:

Correo electrónico:

Localidad:

Persona que recibe la solicitud (nombre o número de carnet profesional:

ASISTENCIA JURÍDICA

¿Tiene Vd. abogado/a que le asista? Sí No

En caso negativo, ¿desea contactar con el servicio de asistencia jurídica del Colegio de Abogados para recibir asesoramiento jurídico? Sí No

VICTIMA

Apellidos:

Nombre:

Lugar /Fecha Nacimiento:

Nacionalidad:

Sexo:

Nombre del padre:

Nombre de la madre:

Domicilio^{1,2}:

¿Desea que permanezca en secreto?

Teléfonos contacto²:

¿Desea que permanezca en secreto?

D.N.I. n°

N.I.E. n°

ó Pasaporte n°

¹En caso de que la víctima manifieste su deseo de abandonar el domicilio familiar, no se deberá hacer constar el nuevo domicilio al que se traslade, debiendo indicarse el domicilio actual en el que reside. Asimismo, el domicilio no debe ser necesariamente el propio, sino que puede ser cualquier otro que garantice que la persona pueda ser citada ante la Policía o ante el Juzgado.

²El teléfono no debe ser necesariamente el propio, sino que puede ser cualquier otro que garantice que la persona pueda ser citada ante la Policía o ante el Juzgado.

SOLICITANTE QUE NO SEA VICTIMA

Apellidos:		Nombre:
Lugar /Fecha Nacimiento:		Nacionalidad:
Sexo:		
Nombre del padre:	Nombre de la madre:	
Domicilio:		
Teléfonos contacto:		
D.N.I. nº	N.I.E. nº ó Pasaporte nº	
Relación que le une con la victima:		

PERSONA DENUNCIADA

Apellidos:		Nombre:
Lugar /Fecha Nacimiento:		Nacionalidad:
Sexo:		
Nombre del padre:	Nombre de la madre:	
Domicilio conocido o posible:		
Domicilio del centro de trabajo:		
Teléfonos contacto conocidos o posibles		
Teléfono del centro de trabajo:		
D.N.I. nº	N.I.E. nº ó Pasaporte nº	

RELACIÓN VICTIMA- PERSONA DENUNCIADA

<p>¿Ha denunciado con anterioridad a la misma persona? Sí <input type="checkbox"/> No <input type="checkbox"/></p> <p>En caso afirmativo, indique el número de denuncias:</p> <p>¿Sabe si dicha persona tiene algún procedimiento judicial abierto por delito o falta?</p> <p> Sí <input type="checkbox"/> No <input type="checkbox"/></p> <p>En caso afirmativo, indique, si lo conoce, el o los Juzgados que han intervenido y el número de procedimiento.</p> <p>¿Qué relación de parentesco u otra tiene con la persona denunciada?</p>
--

SITUACION FAMILIAR**PERSONAS QUE CONVIVEN EN EL DOMICILIO**

<u>Nombre y apellidos</u>	<u>Fecha Nacimiento</u>	<u>Relación de parentesco</u>

DESCRIPCIÓN DE HECHOS DENUNCIADOS QUE FUNDAMENTAN LA ORDEN DE PROTECCIÓN (Relación detallada y circunstanciada de los hechos)

Hechos y motivos por los que solicita la Orden de Protección³.

Último hecho que fundamenta la solicitud

¿Qué actos violentos han ocurrido con anterioridad, hayan sido o no denunciados, contra personas (víctima, familiares, menores u otras personas) o cosas?

¿Alguno ha tenido lugar en presencia de menores?

¿Existe alguna situación de riesgo para los menores, incluida la posibilidad de sustracción de sus hijos o hijas?

¿Tiene el agresor armas en casa o tiene acceso a las mismas por motivos de trabajo u otros?

³ En caso de que la solicitud de orden de protección se presente ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, este apartado podrá ser sustituido por la toma de declaración de la persona denunciante en el seno del atestado.

¿Existen testigos de los hechos? (En caso afirmativo, indicar nombre, domicilio y teléfono).

¿Y otras pruebas que puedan corroborar sus manifestaciones? (Así, por ejemplo, muebles rotos, líneas de teléfono cortadas, objetos destrozados, mensajes grabados en contestadores de teléfono, mensajes en móviles, cartas, fotografías, documentos ...)

¿En qué localidad han ocurrido los hechos?

ATENCIÓN MÉDICA

¿Ha sido lesionado/a o maltratado/a psicológicamente?

¿Ha sido asistido/a en algún Centro Médico? Sí No

¿Aporta la víctima parte facultativo u otros informes médicos o psicológicos?⁴ Sí No

En caso de no aportarlo, indicar centro médico y fecha de la asistencia, si ésta se ha producido.

⁴ En caso afirmativo, tinase una copia del parte como anejo de esta solicitud

MEDIDAS QUE SE SOLICITAN:

MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN PENAL

- En caso de convivencia en el mismo domicilio de la persona denunciada ¿quiere continuar en el mencionado domicilio con sus hijos o hijas, si los/as hubiere?

Sí No

- ¿Quiere que la persona denunciada lo abandone para garantizar su seguridad?

Sí No

- ¿Quiere que se prohíba a la persona denunciada acercársele? Sí No

¿Y a sus hijos o hijas? Sí No

- ¿Desea que se prohíba a la persona denunciada que se comunique con Vd?

Sí No

¿Y con sus hijos o hijas? Sí No

MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER CIVIL⁵

- ¿Solicita la atribución provisional del uso de la vivienda familiar?:

Sí No

- Régimen provisional de custodia, visitas, comunicación y estancia de los hijos o de las hijas.

¿Tiene hijos o hijas menores comunes? Sí No

En caso afirmativo, indique número y edades.

¿Desea mantener la custodia de sus hijos o hijas? Sí No

¿Desea que su cónyuge/ pareja tenga establecido un régimen de visitas en relación con sus hijos o hijas? Sí No

⁵ Estas medidas civiles solamente pueden ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o incapaces y precisan para su establecimiento su petición expresa.

- Régimen provisional de prestación de alimentos.

¿Interesa el abono de alguna pensión con cargo a su cónyuge / pareja para Vd. y/o sus hijos o hijas? Sí No

En caso afirmativo, ¿a favor de quiénes?

Si la anterior respuesta es afirmativa, ¿en que cuantía valora las necesidades básicas de los/as precisados/as de dicha pensión?

En caso de riesgo de sustracción de menores ¿quiere que se adopte alguna medida cautelar al respecto?

OTRAS MEDIDAS ¿necesita obtener algún tipo de ayuda asistencial o social?

- ¿Tiene la víctima un trabajo remunerado? Sí No

En caso afirmativo, indique la cantidad mensual aproximada que percibe, si la conoce.

- ¿Trabaja la persona denunciada? Sí No

En caso afirmativo, indique la cantidad mensual aproximada que percibe, si la conoce.

- ¿Existen otros ingresos económicos en la familia? Sí No

En caso afirmativo, indique la cantidad mensual aproximada, si la conoce.

SI LO DESEA, PUEDE INFORMARSE SOBRE EL SERVICIO TELEFÓNICO DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN PARA VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO (ATENPRO) EN EL NÚMERO GRATUITO 900.22.22.92

JUZGADO AL QUE SE REMITE LA SOLICITUD:

A RELLENAR POR EL ORGANISMO EN EL QUE SE PRESENTA LA SOLICITUD

(Firma del o de la solicitante)

INSTRUCCIONES BÁSICAS

1. No resulta imprescindible contestar todas las preguntas, aunque sí es importante hacerlo.
2. Una vez cumplimentada esta solicitud, debe entregarse una copia a la persona solicitante. El original debe ser remitido al Juzgado de guardia de la localidad o, en su caso, al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, quedando otra copia en el organismo que recibe la solicitud.
3. Si la víctima aporta parte médico, denuncias anteriores u otros documentos de interés, serán unidos como anejos de la solicitud,

ANEXO III

Modelo de auto acordando una orden de protección. Disponible en: <
http://www.magistratura.es/atencion-al-juez/cat_view/64-modelos/66-penal/67-autos>.
[Acceso: 29 de mayo de 2016].

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN

NUMERO *....

(LOCALIDAD)

Procedimiento:

AUTO

En (LOCALIDAD), a

HECHOS

PRIMERO.- Ante este Juzgado se siguen los Autos de las presentes diligencias contra (NOMBRE DEL IMPUTADO), por un presunto delito de maltrato familiar, en el que se solicito orden de protección del Art. 544 “*ter*” LECrim.

SEGUNDO.- Practicadas las diligencias exigidas por la ley, oídas a la víctima y al imputado, y efectuada la comparecencia prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por parte del Ministerio Fiscal se solicito la orden de protección consistente en la medida cautelar penal la prohibición al imputado, hasta que se resuelvan las presentes actuaciones, de aproximarse a (NOMBRE DE LA VICTIMA), a su domicilio sito en la C/ (PONER EL DOMICILIO DE LA VICTIMA), o lugar de trabajo en un radio de (PONER EL NÚMERO DE METROS); así como la prohibición de comunicarse con ella de forma verbal, escrita, telefónica, telemática o de cualquier otro medio, bajo apercibimiento que en caso de incumplimiento incurrirá en un delito de quebrantamiento de condena. Por parte de la defensa se manifestó la oposición a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- En atención a los hechos objeto de las actuaciones, estos revelan que por parte del denunciado (PONER LOS HECHOS DENUNCIADOS Y LA FORMA EN QUE HAN QUEDADO ACREDITADOS DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS). Entendiendo que a la vista de los hechos existe una situación objetiva de riesgo para la denunciante, quien además ha manifestado el temor que le tiene al denunciado, por lo que en aras de la seguridad de la víctima, procede acordar la orden de protección respecto del denunciado.

SEGUNDO.- Por aplicación de lo dispuesto en el art. 13 LECrim, y el Art. 544 “ter”.1, 4 y 5 LECrim, que permite al Juez de Instrucción acordar la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica, en los casos en que existiendo indicios fundados de la comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el Art. 173.2 CP resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección a los perjudicados a través de lo que se conoce en la doctrina y en la Jurisprudencia como medidas cautelares innominadas, considero que de los hechos se desprende una situación objetiva de riesgo para la denunciante, (NOMBRE DE LA VICTIMA), siendo lo más procedente, acordar la orden de protección a las víctimas de violencia domestica comprendida en el Art. 544 “ter”.1 LECrim. Así, como medida cautelar penal, y en atención a lo solicitado por el Ministerio Fiscal en la comparecencia del Art. 544 “ter” apartado 4 LECrim, procede acordar respecto del imputado, y durante el tiempo que duren las presentes actuaciones, las siguientes prohibiciones:

- a) La Prohibición de aproximarse a (NOMBRE DE LA VICTIMA), a su domicilio sito en la C/ (PONER EL DOMICILIO DE LA VICTIMA), o lugar de trabajo en un radio de (PONER EL NÚMERO DE METROS); y
- b) La Prohibición de comunicarse con (NOMBRE DE LA VICTIMA) verbalmente, por escrito, vía telefónica, telemática o por cualquier otro medio.

Se aperece al de forma expresa al imputado de poder incurrir en delito de Quebrantamiento de medida cautelar previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal ,en el caso de incumplir la presente resolución y debiendo de oficiar a la Comisaría de Policía de esta localidad , al objeto de que tengan conocimiento de la presente resolución y la ejecuten procediendo a la detención de los denunciados en el caso de que por actuación de oficio o a requerimiento de los denunciantes se detecte que el denunciado incumple la presente resolución.

TERCERO.- Esta medida penal, que es de carácter cautelar, y por tanto provisional, es susceptible de prorroga o revocación previa solicitud de las partes o del Ministerio Fiscal

acreditándose la persistencia o modificación sustancial, respectivamente, de las circunstancias que dieron lugar a su adopción.

CUARTO.- En cuanto a las medidas civiles de la orden de protección, no constando solicitud por ninguna de las partes en la comparecencia del Art. 544 “ter” apartado 4 LECrim, y en atención al apartado séptimo del citado precepto, y los Arts. 103 y 158 CC, y en atención a las diligencias practicadas, no procede la adopción ninguna medida.

En atención a lo expuesto,

DISPONGO: Se acuerda respecto de (NOMBRE DEL IMPUTADO), durante el tiempo que duren las presentes actuaciones, las siguientes prohibiciones:

- a) **La Prohibición de aproximarse a (NOMBRE DE LA VICTIMA), a su domicilio sito en la C/ (PONER EL DOMICILIO DE LA VICTIMA), o lugar de trabajo en un radio de (PONER EL NÚMERO DE METROS); y**
- b) **La Prohibición de comunicarse con (NOMBRE DE LA VICTIMA) verbalmente, por escrito, vía telefónica, telemática o por cualquier otro medio.**

Notifíquese personalmente a (NOMBRE DEL IMPUTADO), con apercibimiento de que en caso de incumplimiento de la misma incurrirían en un delito de Quebrantamiento de condena.

Notifíquese personalmente esta resolución a la víctima y póngase en conocimiento de lo que en la misma se dispone.

Comuníquese a (NOMBRE DEL IMPUTADO), que se le se da el plazo de dos horas para que recoja sus enseres de la vivienda sita en C/ (PONER EL DOMICILIO DE LA VICTIMA), siendo este escoltado por la Autoridad, quien le acompañará tanto en la recogida como en la salida del domicilio hasta el límite señalado en el fundamento segundo de esta orden de protección.

Póngase en conocimiento de las partes y el Ministerio Fiscal que esta medida cautelar es susceptible de prorroga o revocación previa solicitud, y acreditándose la persistencia o modificación sustancial, respectivamente, de las circunstancias que dieron lugar a su adopción.

Ofíciase a la Comisaría de Policía de esta localidad para que tenga conocimiento de esta resolución a los efectos de que la ejecuten en el caso de que se detecte que el denunciado incumple la presente resolución.

Dese traslado de esta resolución al Registro Central para la protección de las Víctimas de Violencia Doméstica a los efectos oportunos.

Póngase esta resolución en conocimiento del Excmo. Sr. Fiscal del Tribunal Superior de Justicia, a los efectos que la Ley prescribe, previniendo a las partes de que contra esta resolución podrán interponer ante este Juzgado recurso de reforma en el plazo de TRES DIAS.

Lo manda y firma D/Dña. (NOMBRE DEL JUEZ/MAGISTRADO), Juez/Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción *.... de *... y de su partido .Doy fe.

ANEXO IV

Estadísticas de solicitud y adopción de medidas de orden de protección según el sujeto que la inste, y dependiendo de las Comunidades Autónomas, tomando como referencia los datos del Observatorio estatal de violencia de género, recogidos en el portal estadístico de la Delegación del Gobierno para la violencia de género. Disponible en: <http://estadisticasviolenciagenero.msssi.gob.es/>. [Acceso: 1 de mayo de 2016].

A instancia de la víctima	
Año	Número de órdenes de protección
Año 2009	38750
Año 2010	36617
Año 2011	33695
Año 2012	32678
Año 2013	31357
Año 2014	31826
Año 2015	25698
A instancia de otras personas	
Año	Número de órdenes de protección
Año 2009	225
Año 2010	241
Año 2011	135
Año 2012	158
Año 2013	82
Año 2014	125
Año 2015	92
A instancia del Minist. Fiscal	
Año	Número de órdenes de protección
Año 2009	1637
Año 2010	1672
Año 2011	1623
Año 2012	1446
Año 2013	1150
Año 2014	1009
Año 2015	1323
De oficio	
Año	Número de órdenes de protección
Año 2009	454
Año 2010	414
Año 2011	358
Año 2012	232
Año 2013	221
Año 2014	205
Año 2015	351
A instancia de la Administración	
Año	Número de órdenes de protección
Año 2009	15
Año 2010	64
Año 2011	4
Año 2012	23
Año 2013	21
Año 2014	2
Año 2015	0

ÓRDENES DE PROTECCIÓN SEGÚN COMUNIDAD AUTÓNOMA

		2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008
ÓRDENES DE PROTECCIÓN SOLICITADAS	TOTAL	33.167	32.831	34.556	35.813	37.908	41.085	41.420
	Andalucía	6.363	5.964	6.215	5.907	6.068	7.115	6.861
	Aragón	722	617	628	709	603	707	981
	Asturias	773	705	779	789	818	833	784
	Baleares	567	707	830	831	1.288	1.468	1.275
	Canarias	2.197	2.218	2.360	2.478	2.719	3.057	3.080
	Cantabria	380	329	319	303	329	399	416
	Castilla y León	1.354	1.252	1.445	1.573	1.651	1.588	1.583
	Castilla-La Mancha	1.581	1.718	1.851	1.778	2.054	2.181	1.826
	Cataluña	5.342	5.403	5.981	5.882	6.154	6.787	6.953
	C. Valenciana	4.068	4.056	4.204	4.711	4.712	4.721	5.042
	Extremadura	704	761	779	771	784	714	690
	Galicia	1.327	1.490	1.443	1.249	1.342	1.322	1.439
	Madrid	5.312	5.109	5.451	5.724	5.976	6.570	6.542
	Murcia	1.231	1.166	1.149	1.633	1.894	1.978	2.098
Navarra	288	307	257	286	301	366	364	
País Vasco	778	839	808	953	994	989	1.110	
La Rioja	180	162	257	256	261	294	276	
% ÓRDENES DE PROTECCIÓN ADOPTADAS	TOTAL	56,61	58,94	61,48	65,80	67,35	70,05	73,41
	Andalucía	60,16	62,90	65,31	69,66	71,44	74,31	80,79
	Aragón	72,30	76,50	79,62	86,04	84,91	83,88	90,11
	Asturias	49,16	41,28	44,42	56,31	58,07	51,14	64,03
	Baleares	75,31	72,70	80,96	76,17	78,55	48,09	62,75
	Canarias	50,43	58,66	59,66	62,95	62,30	64,70	61,88
	Cantabria	53,95	55,02	48,90	65,68	55,93	63,41	67,07
	Castilla y León	63,22	65,02	59,10	72,35	67,53	79,45	84,59
	Castilla-La Mancha	80,83	71,97	77,53	76,72	75,90	80,06	79,80
	Cataluña	33,92	36,65	41,28	45,39	52,65	58,16	61,10
	C. Valenciana	71,58	77,61	81,07	82,17	83,30	87,63	88,28
	Extremadura	74,57	81,47	82,93	88,07	79,71	78,43	84,78
	Galicia	62,47	59,40	63,20	63,89	60,66	61,65	70,26
	Madrid	45,01	44,94	48,69	53,42	55,32	63,33	65,19
	Murcia	81,40	85,68	86,77	87,20	90,71	92,16	89,66
Navarra	58,33	59,93	58,37	65,73	65,12	65,57	80,22	
País Vasco	52,57	60,79	61,88	62,54	63,48	60,16	57,21	
La Rioja	68,33	91,98	91,05	89,84	85,82	87,07	89,49	

Fuente: Elaboración del Instituto de la Mujer a partir de los datos publicados por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género, Consejo General del Poder Judicial. Más información en: http://www.poderjudicial.es/ogp/es/temas/Violencia_domestica_y_de_genero/Actividad_del_Observatorio/Declaracion_estadistica

Tabla actualizada a fecha 8 de junio de 2015

ANEXO V

Estadísticas denuncias por violencia doméstica, según el sujeto que la inste, y dependiendo de las Comunidades Autónomas, tomando como referencia los datos del Observatorio estatal de violencia de género, recogidos en el portal estadístico de la Delegación del Gobierno para la violencia de género. Disponible en: <<http://estadisticasviolenciagenero.msssi.gob.es/>>. [Acceso: 1 de mayo de 2016].

Año 2009	
Origen de la denuncia	Número de denuncias por violencia de género
Presentada directamente por víctima	10871
Presentada directamente por familiares	451
Atestados policiales - con denuncia víctima	87835
Atestados policiales - con denuncia familiar	1438
Atestados policiales - por intervención directa policial	17445
Parte de lesiones	16138
Servicios asistencia-Terceros en general	1583
Año 2010	
Origen de la denuncia	Número de denuncias por violencia de género
Presentada directamente por víctima	11158
Presentada directamente por familiares	487
Atestados policiales - con denuncia víctima	86760
Atestados policiales - con denuncia familiar	1897
Atestados policiales - por intervención directa policial	18137
Parte de lesiones	14840
Servicios asistencia-Terceros en general	1228
Año 2011	
Origen de la denuncia	Número de denuncias por violencia de género
Presentada directamente por víctima	12082
Presentada directamente por familiares	450
Atestados policiales - con denuncia víctima	83693
Atestados policiales - con denuncia familiar	1082
Atestados policiales - por intervención directa policial	19833
Parte de lesiones	15290
Servicios asistencia-Terceros en general	1762
Año 2012	
Origen de la denuncia	Número de denuncias por violencia de género
Presentada directamente por víctima	10750
Presentada directamente por familiares	435
Atestados policiales - con denuncia víctima	81836
Atestados policiales - con denuncia familiar	1189
Atestados policiales - por intervención directa policial	17358
Parte de lesiones	14727
Servicios asistencia-Terceros en general	2182
Año 2013	
Origen de la denuncia	Número de denuncias por violencia de género
Presentada directamente por víctima	12289
Presentada directamente por familiares	825
Atestados policiales - con denuncia víctima	75767
Atestados policiales - con denuncia familiar	1247
Atestados policiales - por intervención directa policial	18222
Parte de lesiones	14383
Servicios asistencia-Terceros en general	2400

ANEXO VI

Estadística de delitos de violencia de género en el ámbito gallego, según los datos de la Secretaría de Xeral de Igualdade da Xunta de Galicia, tomando como referencia la estadística de violencia de género del 2015 (operación estadística número 25801). Disponible en: http://igualdade.xunta.gal/sites/default/files/files/documentos/web_estadisticas_vx_2015-totais.pdf. [Acceso: 1 de mayo de 2016].

4.4.- Atención polo Punto de Coordinación das Ordes de Protección.

Novos expedientes seguidos

Provincia	Nº expedientes		
	1º semestre	2º semestre	Total
A Coruña	118	136	254
Lugo	68	44	112
Ourense	16	39	55
Pontevedra	87	136	223
Total	289	355	644

Medidas de protección comunicadas

Provincia	Nº ordes protección		
	1º semestre	2º semestre	Total
A Coruña	147	160	307
Lugo	73	64	137
Ourense	18	50	68
Pontevedra	101	160	261
Total	339	434	773

4.5.- Certificación acreditativa da condición de vítima de violencia de xénero, para os efectos da incorporación ao programa de inserción laboral deste colectivo.

Provincia	Nº certificacións emitidas		
	1º semestre	2º semestre	Total
A Coruña	28	12	40
Lugo	6	10	16
Ourense	1	2	3
Pontevedra	38	24	62
Total	73	48	121

ANEXO VII

Informe de violencia doméstica de la Fiscalía General del Estado del año 2010, páginas 20 y 21. Disponible en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/memoria2010_vol1_amf_17%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/memoria2010_vol1_amf_17%20(2).pdf). [Acceso: 1 de mayo de 2016].

VIOLENCIA DOMÉSTICA (Datos 2009)

CUADRO I

Procedimientos incoados	Total
Juicios rápidos	6.397
Diligencias previas	16.997
Procedimiento abreviado	6.728
Sumario	56
Jurado	57
Juicios de faltas	3.799

CUADRO II

Delitos	Incoados
Asesinato consumado	1
Asesinato intentado	4
Homicidio consumado	12
Homicidio intentado	16
Lesiones	1.871
Maltrato ocasional 153.2 CP	11.302
Maltrato habitual 173.2 CP	2.021
Detención ilegal	10
Amenazas	2.301
Coacciones	379
Contra la integridad moral 173.1 CP	11
Violación	21
Abusos sexuales	65
Otra agresión sexual	38
Allanamiento de morada	10
Quebrantamiento de medida cautelar	1.841
Quebrantamiento de condena	1.617

Delitos	Incoados
Impago de pensiones	385
Faltas	2.726
Total delito	24.631

CUADRO III

Parentesco de la víctima con el agresor	Total
Cónyuge	1.746
Ex cónyuge	1.544
Pareja de hecho	1.862
Ex pareja de hecho	2.249
Hijos	2.530
Progenitores	2.966
Nietos y otros descendientes	137
Abuelos y otros ascendientes	205
Persona vulnerable que conviva con el agresor	82
Otros parientes	2.941

CUADRO IV

Medidas cautelares	Total
Orden de alejamiento, artículo 544 bis LECrim.	1.622
Orden de Protección, artículo 544 ter LECrim.	4.079
Denegadas	1.274
Adoptadas con medidas sólo penales	2.318
Adoptadas con medidas civiles y penales	749

ANEXO VIII

Anexo VIII – Modelo de auto de intervención telefónica. Disponible en:
<http://www.magistratura.es/atencion-al-juez/cat_view/64-modelos/66-penal/67-autos>.
[Acceso: 29 de mayo de 2016].

**JUZGADO DE PRIMERA
INSTRUCCIÓN
NÚMERO**

DE.....

AUTO

En, a

HECHOS

PRIMERO.- Ante este Juzgado en el día de hoy se presenta por parte de los Policías del Cuerpo Nacional de Policía, con número de carnets *....., y *....., solicitud de Intervención y Observación Telefónica del número de teléfono (PONER NUMERO DE TELEFONO), correspondiente al teléfono a nombre de (PONER EL DELITO), por presunto delito de (PONER EL DELITO).

SEGUNDO.- (PONER LOS INDICIOS QUE SE DESPRENDE DE LA SOLICITUD DEL ATESTADO U OFICIO)

TERCERO.- Por todo lo anterior, se solicita también por los Agentes de la Policía Nacional, autorización para que por la entidad (PONER NOMBRE DE COMPAÑÍA DE TELEFONOS), se facilite el listado de llamadas realizadas desde el número de teléfono antes mencionado a los efectos de comprobar a que personas se han efectuado llamadas y así obtener una mayor información que de más luz a las investigaciones.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La Constitución en el Art. 18.3 dice *“Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”*, así que nos estamos enfrentando a un derecho que la Constitución considera como inviolable; solo la autorización judicial determina la posibilidad de invadir dicho derecho. La Ley de Enjuiciamiento Criminal en su Art. 579.2º y 3º sostiene el criterio legal, así dispone *“Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las*

comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.”. Como se observa, la ley es deficiente en la regulación de esta medida, en este sentido, no nos expone la forma en que se tiene que practicar, quienes la deben de practicar, los requisitos para practicarla, etcétera. El Tribunal Supremo contiene numerosas resoluciones donde nos informa de los elementos a tener en cuenta para adoptar la medida, así la Sentencia de 22 de Abril de 1999, siguiendo la línea marcada por el Auto de 18 de junio de 1992 (Caso “Naseiro”) recoge lo siguiente: (FD 4º) *“Los requisitos necesarios para adoptar la medida judicial sobre la intervención telefónica son: 1) la proporcionalidad de la medida en cuanto sólo los delitos graves pueden dar lugar a ella; 2) motivación de la autorización; 3) especialidad de la materia a investigar; 4) la adopción de la medida exige la previa existencia de indicios delictivos; 5) la necesidad de una medida a la que sólo cabe acudir si es realmente imprescindible y 6) obviamente, la solicitud de la Policía Judicial supondrá la iniciación de unas diligencias judiciales que pueden ser simplemente de las denominadas "intermedias"”.*

SEGUNDO.- Proporcionalidad de la medida: La proporcionalidad de la medida viene motivada desde el punto de vista en que ha de haber una ponderación entre el delito que se está cometiendo, su gravedad, y las consecuencias de aplicación de la medida respecto el derecho afectado, la intimidad. En este sentido, el TC (Sentencia de 17 de enero de 1994) ha determinado claramente, que solo los delitos calificados como graves pueden dar lugar a su investigación por medio de la intervención telefónica, y por supuesto, por el tiempo indispensable para las averiguaciones correspondientes. La medida solo será proporcional solo en cuanto tienda a la satisfacción de una finalidad legítima, lo que supone la necesidad de poner el acento no sólo en la gravedad de la pena fijada al presunto delito investigado sino también la trascendencia social del tipo, excluyéndose así cualquier autorización judicial en blanco, sin especificación delictiva, en tanto ello supondría la imposibilidad de valorar aquel "juicio de equilibrio y ponderación". Así, la solicitud de la intervención en este caso, viene motivada por la existencia del delito de (PONER EL DELITO). Este delito tiene el calificativo de grave, partiendo de la pena a imponer, y de los baremos señalados en el Código en los Arts. 13 y 33, ya que se le impone una pena superior a tres años. Atendiendo a dicha gravedad, se considera la medida proporcionada a la vista de las consecuencias del delito.

TERCERO.- Motivación de la autorización: La adopción de la medida requiere una autorización judicial, así es exigido por el Art. 18.3 de la Constitución, pero además se requiere que esa autorización venga motivada, de manera que se diga el por qué de la autorización, y los extremos a que esta va a llegar. El TS ha destacado que la motivación en estos casos responde a una finalidad independiente del Art. 120.3 de la Constitución, exigiéndose, debido a que estamos coartando un derecho fundamental, que se haga constar una causa suficiente para la adopción de manera que el titular del derecho comprenda las razones por las cuales éste es sacrificado. Requisito que este caso se cumple con la fundamentación en el Auto de cada uno de los elementos exigidos para la autorización.

CUARTO.- Especialidad de la materia a investigar: Debido a las consecuencias de esta medida, el TS ha exigido que se establezca claramente el tipo delictivo para el que se adopta la medida, ya que no se pueden dar autorizaciones en blanco, es decir, para la investigación de posibles delitos. La autorización debe de venir como consecuencia de investigaciones que den lugar a determinar la existencia de un delito, y cuyo mayor esclarecimiento pueda llevarse a cabo mediante la adopción de la medida, sin perjuicio de que ante el descubrimiento de nuevos delitos se pueda solicitar la ampliación de la medida para su validez. En este caso, claramente se nos ha dicho que estamos ante un delito de (PONER EL DELITO), sospechándose de (PONER NOMBRE DEL IMPUTADO), de todas las investigaciones y diligencias practicadas en las actuaciones, de ahí que este requisito se cumple con creces.

QUINTO.- La previa existencia de indicios delictivos: Se requiere la existencia de indicios delictivos, no sirviendo meras conjeturas o sospechas. La medida exige un cierto grado de certeza en cuanto a los hechos que permita emitir un primer juicio de criminalidad. (PONER LOS INDICIOS).

SEXTO.- La necesidad de una medida a la que sólo cabe acudir si es realmente imprescindible: Efectivamente estamos ante una medida restrictiva de un derecho fundamental como es la intimidad. Así su adopción requiere un carácter especial, es decir que la medida permita obtener el fin para la que es adoptada. La medida requiere que sea idónea para las averiguaciones para las que se adopta, y además debe de ser imprescindible, de manera que esta no pueda ser sustituida por otra menos lesiva de los derechos de a quien es aplicada, lo que se llama la subsidiariedad. Así con la intervención se pueden obtener datos esenciales para el proceso, que permitirían un mejor esclarecimiento de los hechos. En este sentido, la adopción de esta medida es valorada como de carácter necesario para poder dar luz a todas las investigaciones hasta el momento realizadas.

SÉPTIMO.- La solicitud de la Policía Judicial supondrá la iniciación de unas diligencias judiciales: La solicitud de la Policía trae como consecuencia la incoación de un proceso, la cual en el caso concreto ya ha sido realizada, con el Auto de incoación de Diligencias Previas nº (PONER EL NÚMERO DE PROCEDIMIENTO).

PARTE DISPOSITIVA

Vistos los artículos citados, y demás de aplicación al caso, S.S^a , por ante mi, el Secretario, **DISPUSO:** Que DEBO DE ACORDAR y ACUERDO que se proceda a la intervención y observación, así como la obtención del listado de llamadas efectuadas en el día de hoy correspondientes al teléfono (PONER NUMERO DE TELEFONO), a nombre de (PONER NOMBRE DEL IMPUTADO).

Comunicar a la Delegación de la Compañía (PONER NOMBRE DE COMPAÑÍA DE TELEFONOS) de esta ciudad la presente resolución, haciéndole saber que la misma servirá de mandamiento suficiente para su cumplimiento.

Comunicar la presente resolución al Ministerio Fiscal.

La presente resolución no es firme y cabe contra ella recurso de reforma, que se interpondrá en el plazo de 3 días ante este Juzgado..

Así lo pronuncio, mando y firmo.

Firma

Doy fe