



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**TRABAJO DE FIN DE CARRERA
2012-2016**

Violencia doméstica y venta de cosa ajena

AUTORA: CRISTINA NOGUEIRA COLMEIRO

TUTOR: Prof. Dr. JOSÉ ANTONIO PORTERO MOLINA

1. Abreviaturas.....	3
-----------------------------	----------

2. Dictamen sobre la validez y eficacia 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.

1. Objeto de desarrollo.....	4
2. Fundamentos de hecho.....	4
3. La declaración de fallecimiento de Manolo.....	4
3.1. El significado del auto de declaración de fallecimiento.....	4
3.2. Marco normativo de la declaración de fallecimiento.....	5
3.3. Causas y plazos del acta de declaración de fallecimiento de Manolo.....	6
3.3.1. Efectos personales.....	7
3.3.2. Efectos patrimoniales.....	8
4. El estado en el que se halla el matrimonio entre María y Manolo cuando éste reaparece.....	8
4.1. El estado del matrimonio civil.....	9
4.2. El estado del matrimonio canónico.....	10
5. La validez y eficacia del matrimonio entre María y Marcial.....	11

3. Dictamen sobre la validez de las escuchas telefónicas y las características del hecho cometido por María en el barco.

1. Objeto de desarrollo.....	12
2. Fundamentos de hecho.....	12
3. Las intervenciones telefónicas.....	12
3.1. Concepto y características de las escuchas telefónicas.....	12
3.2. Análisis sobre el marco normativo de las injerencias telefónicas.....	15
3.3. Análisis de las escuchas telefónicas realizadas a María.....	16
4. Determinación de las características del hecho cometido por María en el barco.....	18
4.1. Desarrollo del término “asesinato”.....	18
4.2. Elementos del delito de asesinato.....	18
4.3. Las circunstancias del asesinato.....	19
4.4. Dictamen sobre el delito cometido por María.....	20
4.4.1. Calificación del delito si fuera enjuiciado en 2007.....	21
4.4.2. Calificación del delito si fuera enjuiciado en 2014.....	26

4. Dictamen sobre las 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.

1. Objeto de desarrollo.....	27
2. Fundamentos de hecho.....	27
3. Marco teórico de la violencia de género y doméstica.....	27
4. Calificación de las lesiones producidas por Marcial a María.....	30
5. Calificación de la lesión producida por Marcial a Elisa.....	34
6. El delito de quebrantamiento de medida cautelar.....	34
7. Las posibles atenuantes de la responsabilidad penal de Marcial.....	36
7.1. La drogodependencia.....	36
7.2. La reparación del daño.....	38

4. Dictamen sobre la validez jurídica y las acciones que puede llevar a cabo Manolo con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por Maria a Eustaquio y Mriam. Especificar los derechos que ostentan cada uno sobre los inmuebles citados.

1. Objeto de desarrollo.....	39
2. Fundamentos de hecho.....	39
2. Validez jurídica de los actos realizados por María respecto a los bienes y la cuenta bancaria....	39
3. Acciones que posee Manolo para recuperar todos sus bienes.....	40
4. Los derechos que disponen Miriam y Eustaquio sobre los bienes que compraron.....	41
6. Conclusiones finales.....	43
7. Bibliografía.....	46
8. Jurisprudencia.....	47
9. Legislación.....	49
10. Revistas jurídicas y páginas web.....	49
11. Anexos.....	51

ABREVIATURAS

- AP → Audiencia Provincial.
- Art → Artículo.
- ATC → Auto del Tribunal Constitucional.
- ATS → Auto del Tribunal Supremo.
- B.O.E → Boletín Oficial del Estado.
- CC → Código Civil.
- CE → Constitución Española.
- CP → Código Penal.
- DDFF → Derechos Fundamentales.
- FJ → Fundamento Jurídico.
- LEC → Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LECrim → Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- L.O. → Ley Orgánica.
- L.R.C → Ley de Registro Civil.
- RAE → Real Academia Española.
- SAP → Sentencia de la Audiencia Provincial.
- STC → Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS → Sentencia del Tribunal Supremo.
- STSJ → Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- TC → Tribunal Constitucional.
- TS → Tribunal Supremo.

1. Dictamen sobre la validez y eficacia del matrimonio entre María y Marcial. Determinación de las acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con finalidad de poner fin a este.

1. Objeto de desarrollo.

El objeto de la investigación de esta cuestión es poder llegar a conocer la situación en la que se halla el segundo matrimonio contraído entre María y Marcial. Para llegar a ello, hay que examinar los efectos que hubiera podido producir la declaración de fallecimiento de Manolo, puesto que ésta es determinante para comprender si continua estando vigente el matrimonio celebrado con María, lo que afectaría a la validez de las segundas nupcias contraídas con Marcial. Todo ello, se realizará desde la perspectiva del matrimonio civil y canónico, a sabiendas que a falta de información al respecto, prima siempre el primero.

2. Fundamentos de hecho.

- I. Manolo y María, de 40 y 37 años respectivamente, contraen matrimonio el 26 de marzo de 1996.
- II. El 30 de Junio de 2007, la pareja realiza un viaje en barco, en el cual se produce un accidente del que solo consigue regresar María.
- III. Debido a la desaparición de Manolo, se dicta resolución judicial por el cual se declara fallecido.
- IV. El 17 de agosto de 2009, María contrae matrimonio de nuevo con Marcial.
- V. El 3 de Enero de 2014, Manolo reaparece.

3. La declaración de fallecimiento de Manolo.

3.1. El significado del auto de declaración de fallecimiento.

Para poder desarrollar de forma adecuada este punto, es preciso iniciar con una investigación sobre el concepto que acoge la declaración de fallecimiento.

En relación a ello, son muchos los autores que han desarrollado diversos conceptos para la declaración de fallecimiento. Así, el profesor DE CASTRO y BRAVO definen la declaración de fallecimiento *“como la fijación judicial de la fecha de fallecimiento de un desaparecido, creadora de una situación jurídica de efectos parcialmente coincidentes con los de la inscripción de defunción”*¹. Por su parte, LINACERO DE LA FUENTE expone que *“la declaración de fallecimiento mediante resolución judicial supone la presunción de que el desaparecido ha fallecido, si bien, no puede probarse con absoluta certeza la defunción”*².

En vista de lo anterior, podemos decir que la declaración de fallecimiento es una situación jurídica que se produce cuando se declara la muerte presunta de una persona. Es decir, se trata de una presunción *iuris tantum*, donde no cabe la certeza absoluta de que la persona que ha desaparecido, se encuentra muerta³. Toda declaración de fallecimiento se produce mediante resolución judicial. A través de la misma, el juez trata de establecer el momento en que se debe entender que está fallecida la persona considerada desaparecida, siempre que concurren dos

1 GUINEA FERNÁNDEZ, R.D., *“La declaración de fallecimiento en el derecho español”*, La ley, Madrid, 2011, p.70.

2 Ibid., p. 70.

3 Vid. STS 407/2010, de 18 de junio, FJ 4º respecto a la presunción *iuris tantum* de la declaración de fallecimiento.

requisitos esenciales: no se tenga noticias sobre ella y hayan pasado unos plazos tasados en la ley.

A través de la institución de la declaración de fallecimiento, se producen efectos parcialmente **similares** a los de la muerte. Además de los efectos patrimoniales y familiares -los cuales serán desarrollados a lo largo del trabajo-, lo fundamental es determinar que ocurre con personalidad civil del artículo 32 CC . Para muchos autores, como es el caso del profesor CARLOS LASARTE, “*con la declaración de fallecimiento, la personalidad civil de la persona se extingue*”⁴. Para otros, como GUINEA FERNÁNDEZ, la declaración de fallecimiento no debe suponer, de ningún modo, la extinción de la personalidad jurídica, manteniéndose ésta en el lugar donde se halle el desaparecido. En cambio, las posibilidades de actuación en el lugar donde se tiene eficacia la declaración de fallecimiento -por producir efectos *erga omnes*-, son muy limitadas; por ello, en caso de reaparición, se debe dictar un auto revocando la declaración de fallecimiento para que el interesado pueda gozar, de nuevo, de la plenitud de todos sus derechos. Este proceso puede ser instado por el propio declarado fallecido, pudiendo ser parte de tal proceso y evitando así la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva.⁵

3.2. Marco normativo de la declaración de fallecimiento.

A continuación, creemos conveniente establecer la ley aplicable al caso concreto, teniendo en cuenta que éste se produce entre los años 2007 a 2009.

Durante los años mencionados, la ley vigente en atención a la figura de declaración de fallecimiento es, entre otras, la ley de enjuiciamiento civil de 1981 reguladora de los procedimientos de jurisdicción voluntaria. La mencionada ley estaría vigente hasta que se cumpliera lo expuesto en la disposición final décimo octava de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000⁶.

En concreto, debemos tomar como referencia tres preceptos de la mencionada ley: el 2041, 2042 y 2043. El primero de ellos, carece de importancia para la solución que buscamos, puesto que tiene relación con los bienes del fallecido. El segundo de ellos deja constancia de una diferencia esencial, puesto que establece que la declaración de fallecimiento no es consecuencia de una previa declaración de ausencia legal, es decir, la declaración de fallecimiento es independiente de la declaración de ausencia⁷; por tanto, una persona puede ser declarada muerta, sin tener que adquirir el título de ausente de forma previa. Además, el precepto mencionado también regula el proceso de declaración de fallecimiento. Dicho proceso puede ser iniciado por las partes interesadas y por el Ministerio Fiscal⁸.

El 2042 también desarrolla que la declaración de fallecimiento debe de gozar de la máxima difusión posible⁹, debiendo ser publicada en distintos medios de comunicación, así como en el correspondiente Registro Civil.

Una vez llegados a este punto, es necesario dejar constancia en qué ley aparecen regulados

4 LASARTE ÁLVAREZ, C., “*Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil I*”, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 158.

5 GUINEA FERNÁNDEZ, R.D., Op. Cit., p. 93.

6 Disposición 18ª de la LEC del 2000: “*en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta ley, el gobierno remitirá a las cortes generales un proyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria.*”

7 Vid. SAP de Barcelona, el 23 de mayo, FJ 2º, en el cual el tribunal señala la diferencia entre la declaración de ausencia y fallecimiento.

8 Véase anexo I en el que se aporta un ejemplo de escrito en el que se solicita la declaración de fallecimiento de una persona.

9 LASARTE ALVAREZ, C., Op. Cit., p. 218.

los plazos para que el Juez dicte la declaración de fallecimiento. Éstos se hallan en el Código Civil, concretamente en los preceptos 193 y 194 CC. Éstos han sido objeto de modificaciones durante años, debiendo tener constancia para nuestro caso la realizada por la Ley 4/2000 de 7 de Enero. Ésta fue aprobada a propuesta del Grupo Parlamentario de Senadores Socialistas Vascos, con el fin de resolver problemas en cuanto a personas que desaparecían en el mar a causa de naufragio u otras causas. Los senadores vascos entendían que los plazos que recogía el Código Civil para la declaración de fallecimiento eran demasiado extensos entendiéndose de las pocas posibilidades que tenía una persona de sobrevivir en el mar; por ello, se reformó el artículo 193.3, acotando el tiempo de dos a un año y el 194 en su apartado segundo y tercero.

El artículo 193 CC prevé tres supuestos diferentes: el primer plazo, es de diez años a computar desde las últimas noticias del ausente o desde su desaparición. El segundo, es de cinco años a contar desde las últimas noticias de la desaparición o una vez que el ausente haya superado los 65 años. Por último, se estima un plazo de un año para el caso de desaparición por algún tipo de violencia contra la vida o por siniestro.

El artículo 194 CC se desarrolló para circunstancias de especial relevancia, como lo son las guerras, el naufragio o la inmersión en el mar.

3.2. Las causas y plazos del acta de declaración de fallecimiento de Manolo.

Una vez que hemos realizado el marco teórico correspondiente, consideramos pertinente el inicio de la resolución del caso. El supuesto de hecho no nos facilita mayores datos en atención a como fue el acta que declaró como fallecido a Manolo y en las razones en las que se basó el juez para ello. Por eso, debemos hacer nosotros nuestra propia interpretación. De la literalidad del texto sonsacamos que tal acta tuvo que realizarse en un plazo menor a dos años -puesto que posteriormente María contrae nuevo matrimonio- y que se produjo un accidente que podemos entender que sufrió Manolo, puesto que se dice expresamente que “solo logró volver María...”.

Recalcando el hecho de que el momento en que se declara como fallecido al desaparecido, el juez desconocía la verdadera razón de su desaparición, son varias las posibles hipótesis que pudo sopesar, aunque teniendo en cuenta que tal declaración tuvo que tener lugar poco después de la desaparición, aquéllas se reducen algunos apartados de los preceptos 193 y 194 CC.

En base al primer precepto, hemos considerado que el punto a explicar debe ser concretamente el tercero, puesto que los plazos que señala, son los que tienen plazos más cortos que pueden ser aplicables en nuestro supuesto. Dicho apartado nos abren dos escenarios diferentes: que la desaparición se produjera por “violencia contra la vida”, en cuyo caso el acta correspondiente se emitiría en el plazo de un año desde las últimas noticias que se hubieran tenido de Manolo, y en caso de siniestro, que el plazo será de tan solo tres meses desde las últimas noticias del sujeto.

En cuanto al significado del primer supuesto, la doctrina se halla muy dividida. Para DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, “*la violencia ejercida no tiene que ser ejecutada por otra persona, sino que el legislador hace referencia a una situación de violencia del medio que ocasionaría su desaparición*”¹⁰. Un ejemplo de ello, es un golpe en la cabeza con algún elemento de la nave a consecuencia de un fuerte oleaje. Por su parte, CORRAL TALCIANI defiende que “*la violencia contra la vida hace referencia a supuestos en que la vida del sujeto está en peligro por una acción violenta ejercida por otra persona*”¹¹. Nuestro Código es un poco ambiguo en este

10 DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A., “*En Sistema de derecho civil. Volumen I*”, Tecnos, Madrid, 2012, p. 307.

11 GUINEA FERNÁNDEZ, R..D., Op. Cit., p. 151.

aspecto, puesto que no deja claro que entiende el legislador por “violencia contra la vida”: si admite que el daño producido sea por la acción de otra persona o, si por el contrario, se trata de un daño producido como consecuencia de un acto externo. Desde nuestro punto de vista, compartimos la visión del civilista CORRAL TALCIANI e interpreto que por “violencia contra la vida”, son todas aquellas situaciones en las que hay un riesgo inminente para la vida del sujeto, incluyendo todo tipo de actos de fuerza que generen tal consecuencia.

Por otra parte, el artículo 193.3 abre otra posibilidad e interpreta que la desaparición puede ocasionarse por siniestro de la embarcación. Para GUINEA FERNÁNDEZ, el siniestro supone un “acontecimiento de la naturaleza o acción humana que cause tales estragos que hagan pensar que la persona que los haya presenciado puede estar muerta”¹². DIEZ-PICAZO, por su parte, interpreta el siniestro como “acontecimientos externos determinantes de daños, como son los incendios, tormentas, etc.”¹³. La hipótesis de que haya ocurrido un siniestro es la más remota ante la falta de suficientes datos que apoyen esta posibilidad. De hecho, nada nos invita a pensar de que la embarcación sufrió desperfectos.

El 194 CC prevé diversas causas por la que una persona puede ser declarada fallecida. Una vez desechada la idea de que la embarcación haya sufrido algún tipo de siniestro, solo un punto en concreto del mencionado precepto puede encajar en nuestro supuesto. Ésta es la hipótesis que refleja el apartado segundo relativo a “desaparecidos por inmersiones en el mar”, la cual estima un plazo de tres meses para que se emita el correspondiente auto. Personalmente, por lo explicado anteriormente, la hipótesis que cobra más sentido es que el accidente que sufrió Manolo consistió en caerse por la borda desapareciendo en la inmensidad del mar, ante la falta de hechos que nos empujen a llegar a otra conclusión más viable.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo abarcó un supuesto parecido en el año 2010, en el cual estableció, mediante sentencia firme, la muerte presunta de un individuo que, de forma accidental, cayó al mar desde su embarcación mientras estaba desarrollando actividades de pesca. El juez, a la vista de los hechos, entendió el citado accidente como el supuesto recogido en el artículo 194.2 y emitió, en el plazo de tres meses, la declaración de fallecimiento del pescador por inmersión en el mar, debido a falta de noticias de su paradero desde que se produjo tal acontecimiento.

3.3 Efectos de la declaración de fallecimiento

3.3.1. Efectos personales.

Si se hubiese contraído matrimonio civil hay que establecer que hasta 1981, nuestro CC en su artículo 195.3, establecía que: “la declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio”. Ergo, los declarados presuntamente fallecidos antes de la fecha que modifica el mencionado precepto, mantenían la eficacia de su matrimonio¹⁴. A raíz de la modificación de la ley 30/1981 de 7 de julio, se produjo la derogación del apartado 3 del artículo 195 y se modificaba el 85, quedando redactado de tal forma: “el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y tiempo de su celebración, por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.” En base a esta nueva redacción, se sostuvo que la declaración de fallecimiento, por sí sola, era válida para declarar la disolución de un

12 GUINEA FERNÁNDEZ, R..D., Op. Cit., p. 153

13 PICAZO-DÍEZ, L./ GULLÓN, A., Op. Cit., p. 307.

14 Vid. Resolución de Dirección General de los Registros y del Notariado Resolución de 18 febrero 1995, en lo relativo a un matrimonio que no se disolvió por causa de la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges por estar en vigor el artículo 195.3 CC, produciendo la nulidad de un segundo matrimonio por impedimento de ligamen.

matrimonio entre el desaparecido y su cónyuge. Pero ¿en qué consiste la declaración de fallecimiento? La doctrina entiende que dicha disolución supone la extinción sobrevenida de los efectos del matrimonio, pero en ningún caso implica la irregularidad en la constitución del matrimonio, ni tampoco niega los efectos que produjo la unión matrimonial durante su validez. Por ello, se interpreta que la disolución de matrimonio tiene efectos “*ex nunc*”, es decir, se producen una vez que se dicta la disolución.¹⁵ Que los efectos se produzcan a *posteriori* de la declaración de fallecimiento, hace que el matrimonio celebrado antes de dicho momento sea nulo.

Lo anterior lo aplica la jurisprudencia en la SAP de Madrid a fecha de 21 de abril de 1997, que decretó la nulidad de un segundo matrimonio, por haberse celebrado antes de que fuera firme la sentencia que declaraba la disolución del primero.

Si por el contrario, la boda hubiese sido por el rito religioso, hay que tener en cuenta diversas pautas. En primer lugar, debemos señalar que para el ordenamiento canónico no existe la muerte presunta, en caso de desaparición prolongada “*se exige un procedimiento investigador sobre dicho suceso que finaliza con el dictamen del Obispo diocesano*”¹⁶. Este proceso consistirá en la investigación sobre indicios y declaraciones de testigos. Una vez realizadas las pruebas pertinentes, el Obispo diocesano, si tiene certeza moral sobre la muerte del desaparecido, dictará la correspondiente declaración de fallecimiento (canon 1707).

Una vez que se tenga certeza moral sobre la muerte del cónyuge, el Derecho Canónico sí que prevé la disolución del matrimonio, dándole la oportunidad al cónyuge superviviente a contraer nuevas nupcias si así lo desea, pero teniendo presente que, al tratarse de una muerte presunta, cabe la reaparición del declarado fallecido; lo que afectaría al efecto disolutorio del matrimonio. La libertad de contraer nuevas nupcias está condicionada por el hecho de que no se puede producir antes de que se emita la correspondiente declaración de fallecimiento; puesto que, en caso contrario, la nueva unión matrimonial podría ser nula, en base al canon 1085.2.

3.3.2. En ámbito patrimonial.

Dentro del ámbito patrimonial, el principal efecto que produce la declaración de fallecimiento es que se produce la apertura de la sucesión en favor de sus herederos, pero con una serie de medidas cautelares debido al carácter *iuris tantum* de la presunción de fallecimiento-reguladas a lo largo del artículo 196 CC-.

4. Estado en el que se halla el matrimonio entre María y Manolo cuando éste reaparece.

Tal y como se nos presenta en el supuesto de hecho, Manolo reaparece años después que fuera declarado presuntamente muerto. Este acontecimiento produce una serie de efectos que inciden directamente en el matrimonio que mantenía con María. Lo que nos interesa averiguar en este momento, es que si con la revocación de la declaración de fallecimiento, el vínculo matrimonial reaparece.

En primer lugar, debemos señalar que la revocación de la declaración de fallecimiento encuentra su regulación en diversas leyes. Así, el artículo 2043 de la LEC de 1981 -del cual hablamos al inicio del trabajo- estipula todo lo relativo al proceso para revocar la mencionada declaración, pudiendo ser iniciado, incluso, por el propio desaparecido. Una vez el Juez revoca la declaración, ésta también debe ser objeto de inscripción en el correspondiente Registro Civil. En

15 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.); “*Comentarios al Código Civil*”, Aranzadi, Navarra, 2009, p.203.

16 FORNÉS, J., “*Derecho matrimonial canónico*”, Tecnos, Madrid, 2008, p. 205.

base a la ley del Registro Civil de 1957, solo tendrán objeto de inscripción aquellas cuestiones que tengan carácter de sentencia firme, siendo el Juez el encargado de promover su inscripción¹⁷. Ésta afirmación es sustentada por el Reglamento del Registro Civil, puesto en su precepto 179 párrafo segundo deja constancia de que podrá adscribirse en el correspondiente Registro Civil, aquellas resoluciones judiciales que dejen sin efecto las declaraciones de ausencia. En conclusión, para llevar a cabo la correspondiente anotación, no solo es necesario un expediente registral, sino que es condición indispensable la existencia de una sentencia firme que revoque la declaración de fallecimiento.

La revocación de la propia declaración produce una serie de efectos que van a incidir de forma directa en el caso objeto de resolución. Dichos efectos se producen en el ámbito personal y patrimonial. En esta cuestión en concreto nos interesan los primeros, que van a tener importancia para conocer la vigencia del primer matrimonio, tanto si fue celebrado por la vía civil o religiosa.

4.1. El estado del matrimonio civil.

A raíz de 1981 -año en la que se produjo la derogación del artículo 195.3 CC- se produjo una división en la doctrina en atención a la disolución del matrimonio y a su estado una vez que reaparece el desaparecido.

Para la doctrina mayoritaria, que la defienden autores como DÍEZ-PICAZO o SÁNCHEZ CALERO, el artículo 85 del Código Civil -a tenor del lo expuesto en el 32.2 CE¹⁸- es firme al establecer que, con la declaración de fallecimiento, se disuelve el matrimonio; sin que haya ningún precepto de la ley que establezca que la unión matrimonial debe restablecerse en los casos en los que el desaparecido reapareciera. En concreto, GUINEA FERNÁNDEZ resumen lo anterior en la siguiente frase: “*la revocación de la declaración de fallecimiento [...] no necesariamente devuelve al declarado fallecido a la misma situación que ostentaba antes de que se produjera tal declaración.*”¹⁹. A esta doctrina también se une el profesor CARLOS LASARTE, entendiendo que el reaparecido sí tendrá derecho a recuperar distintas relaciones personales, como es la patria potestad con relación a sus hijos. En cambio, argumenta que no podrá recuperar la relación conyugal con la que era su pareja, por mucho que ésta estuviese respetando su ausencia. En caso de querer volver a unirse en matrimonio, deben celebrar, de nuevo, la correspondiente ceremonia ante la autoridad competente. Además de ello, los autores defienden que el presunto cónyuge viudo no se encuentra en ninguno de los dos supuestos de impedimento de contraer un nuevo matrimonio que marca el Código Civil en su artículo 46.2²⁰, puesto que sostienen que el impedimento del vínculo matrimonial desapareció con la correspondiente declaración de fallecimiento, por ende, el cónyuge adquiere el requisito de la libertad para poder volver a casarse. Esta circunstancia no es la misma para aquél que es declarado fallecido, puesto que hasta que se haga pública la revocación de su muerte presunta, no podrá contraer libremente matrimonio; y no por la existencia del impedimento del artículo 46.2^oCC o por falta de capacidad, sino por el mero hecho de que se le presume muerto.

La doctrina minoritaria -defendida, entre otros, por SANCHO REBULLIDA- sostuvieron que en los casos en los que el desaparecido reapareciera, se extingue la presunción *iuris tantum*, por lo tanto, el vínculo matrimonial renace. Con ello, entienden que si el otro cónyuge hubiera contraído un nuevo matrimonio, éste debe ser considerado nulo -dándole la calificación de matrimonio

17 Vid. en esta línea, L.R.C de 1957, arts. 23,25 y 92.

18 Artículo 32.2 de la Constitución Española: “*La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*”.

19 GUINEA FERNÁNDEZ, R.D., Op. Cit., p. 380.

20 Artículo 46 del Código Civil: “*No pueden contraer matrimonio: 2º. Los que estén ligados con vínculo matrimonial*”.

putativo²¹-. Por otra parte, el profesor GARCÍA VALDECASAS, defiende que si el cónyuge “ha guardado ausencia” y no ha contraído nuevas nupcias, se debe entender que la convivencia conyugal puede reanudarse. Estos detractores a la doctrina mayoritaria versan fundamentalmente su defensa en entender que el artículo 197 CC debe aplicarse de forma análoga, es decir, trasladar los efectos que produce el mencionado artículo en lo referente al ámbito patrimonial del desaparecido, a las relaciones personales y, en concreto, a la situación del matrimonio. Por ello, entienden que si el sujeto debe recuperar sus bienes, también tendrá derecho a restaurar el vínculo matrimonial. Este argumento es rebatido por la doctrina mayoritaria de forma clara y contundente, estableciendo que no se puede aplicar por analogía el artículo 197, cuando el propio artículo 85 es claro al declarar la disolución del matrimonio y no habiendo ningún artículo en la legislación que regula el renacer del matrimonio para estos supuestos.

Si aplicamos estas doctrinas a nuestro supuesto de hecho, el caso quedaría de la siguiente forma: en caso de apoyar la doctrina mayoritaria, el matrimonio entre María y Manolo se hubiera disuelto en Septiembre de 2007 -momento en el que presumimos que se produjo el acta de declaración de fallecimiento-, quedando María liberada para contraer un nuevo matrimonio con quien ella considere pertinente. En cambio, si siguiéramos la doctrina minoritaria, el vínculo entre María y Manolo se restablecería. Ante esta situación, Manolo podría emprender dos acciones: la de la **nulidad** contra el matrimonio celebrado *a posteriori* entre María y Manolo -entendiéndose que se trata de una persona con interés directo y legítimo para solicitarla (art. 74 CC)- y obtener como resultado que ese segundo matrimonio devenga nulo; o la acción de **divorcio** para poner fin a su unión con María. Esta última acción, es la única forma que presenta nuestro derecho para poner fin al matrimonio y a todos los derechos y obligaciones que éste conlleva.

4.3. El estado del matrimonio canónico.

Si, por el contrario, Manolo y María hubieran contraído matrimonio por enlace religioso, tendrán que atender a lo expuesto en el Código de derecho Canónico. Éste desarrolla una serie de supuestos para el caso de que el cónyuge desaparecido reapareciese. En primer lugar, si este suceso ocurriese antes que el cónyuge superviviente contrajese nuevo matrimonio, el vínculo matrimonial resurge y le impide a aquél llevar a cabo la celebración del enlace; puesto que está limitado por impedimento de vínculo del matrimonio anterior referido en el canon 1085.1 En segundo lugar, si la reaparición procede una vez celebrado el segundo enlace, éste tendrá la consideración de matrimonio putativo hasta que ambas partes conozcan de la causa de la nulidad, la cual se encuadra en el canon anteriormente citado. En lo que respecta al primer matrimonio, éste recobra su vigencia²² -aunque nunca dejara de existir.- Por tanto, Manolo y María seguirían estando casados y el segundo matrimonio se volvería nulo por existencia de un vínculo de matrimonio anterior a él.

Por regla general, el matrimonio canónico rato y consumado es indisoluble según el Código Canónico en su canon 1141²³. Por lo tanto, son dos las opciones que tiene Manolo para poder deshacer ese vínculo: la primera, solicitar el divorcio y lograr que se extingan los efectos civiles de ese enlace y, la segunda, suplicar ante los tribunales eclesiásticos la nulidad del matrimonio. Si la primera es una acción fácil de ejecutar, la segunda se antoja complicada, puesto que la Iglesia solo va a aceptar la nulidad de un matrimonio cristiano por causas tasadas en su Código. En la práctica, son muy pocos los matrimonios religiosos que se declaran nulos, esa es la razón por la que, en caso de volverse a casar, tiene que ser por el rito civil.

21 LASARTE ÁLVAREZ, C., “Derecho de familia. Principios de derecho civil VI”, Marcial Pons, Madrid, 2005, p.113.

22 GUINEA FERNÁNDEZ, R.D., Op. Cit.,pp. 325-327.

23 Se presume en este caso, que el matrimonio contraído tiene carácter de rato y consumado, es decir, el celebrado entre personas bautizadas que han llegado a efectuar el acto conyugal.

5. La validez y eficacia del matrimonio entre María y Marcial.

Una vez desarrollados las anteriores cuestiones, podemos dar solución a la cuestión que se nos plantea, siempre tratando dos hipótesis: la primera, que se hayan casado por la vía civil y, la segunda, que el enlace haya sido mediante ceremonia religiosa.

5.1. Validez y eficacia del matrimonio civil.

Si seguimos la doctrina mayoritaria expuesta en el epígrafe anterior, el primer matrimonio estaría completamente disuelto, lo que le da derecho a María a contraer un nuevo matrimonio. Dicho derecho está protegido por nuestra Carta Magna, la cual -en su precepto 32.1- reconoce a las mujeres y hombres el derecho constitucional de contraer matrimonio con igualdad jurídica. Ésto significa que la ley no puede restringir este derecho por razones religiosas, étnicas, raciales etc. Además de que la persona puede elegir libremente con quien contraer matrimonio, sin que pueda ser obligada a casarse con quien no desea. Ésto no quiere decir que nuestra legislación no limita ese derecho a casarse, puesto que sí establece una serie de impedimentos recogidos en el artículo 46 del Código Civil. Con ello, el legislador persigue que los futuros cónyuges reúnan las condiciones necesarias para contraer el matrimonio de forma válida.

A la luz de lo expuesto, el matrimonio entre María y Marcial sería totalmente válido, respaldados por el artículo 32 CE y por la inexistencia de impedimentos regulados en el artículo 46 CE. Como nada nos dice el supuesto de hecho, presumimos que ambos cónyuges, en el momento del enlace, cumplieron los tres requisitos indispensables para la validez y eficacia de la unión conyugal: **capacidad matrimonial** -en este caso, sí que hay capacidad, puesto que, como se dijo con anterioridad, las partes estaban libres de vínculo matrimonial y cumplen con el requisito de la edad-, **consentimiento** -requisito esencial del artículo 45 CC²⁴- y **forma** -el matrimonio es un acto solemne que ha de ajustarse a formalidades para evitar la nulidad.²⁵-.

Una vez que Manolo y Marcial hubieran contraído matrimonio, para que éste surtiera efectos era necesario que tal acontecimiento fuera inscrito en el correspondiente Registro Civil, con el fin de acreditar los efectos del enlace y modificar el estado civil de las partes por el de “casados”²⁶.

La solución es diferente si resolvemos la cuestión desde el punto de vista minoritario, puesto que se entendería que la unión entre Marcial y María no es válida ni eficaz; ya que el artículo 73.2º CC, establece lo siguiente: “*el matrimonio celebrado entre las personas a las que se refieren los artículos 46 y 47...*”, es decir, el el legislador decreta la nulidad de todo matrimonio celebrado entre personas de las cuales, al menos una, mantenga un impedimento por la existencia de un previo vínculo matrimonial del precepto 46.2ºCC. Por tanto, y al saber que la doctrina minoritaria defiende el resurgimiento del primer vínculo matrimonial, el matrimonio entre María y Marcial sería nulo y los efectos del mismo desaparecerían²⁷.

5.2. Validez y eficacia del matrimonio canónico.

Si por el contrario, María y Manolo hubieran contraído matrimonio según el Derecho

24 Artículo 45 Código Civil: “*no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*”.

25 SÁNCHEZ CALERO F.J. (Coord.); “*Curso de derecho civil IV. Derecho de familia y sucesiones.*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. pp. 69-80.

26 Vid. en este sentido artículo 327 Código Civil.

27 LASARTE ALVAREZ, C., Op. Cit., pp. 79-81.

Canónico, éste tampoco sería válido; puesto que según el su Código, siempre prevalecerá el primer matrimonio en caso de reaparición del desaparecido, restaurándose la unión matrimonial y anulando el segundo enlace, basándose todo ello en el impedimento por vínculo matrimonial del canon 1085. Por lo tanto, se anularía el matrimonio entre María y Manolo y, la primera, seguiría casada con Manolo.

Un ejemplo de esta doctrina se aprecia en la STC de 13 de mayo de 1983, en la cual se declaró la disolución del matrimonio entre Evaristo D.A y Mariana M.G por haber sido declarado presumiblemente muerto el primero tras la investigación realizada por el Tribunal eclesiástico. Como consecuencia de la disolución, Doña Mariana contrajo nuevas nupcias; pero este segundo matrimonio se declaró nulo años después, cuando el Tribunal Eclesiástico constató la reaparición de Don Evaristo, restableciendo el vínculo matrimonial de éste con Doña Mariana.

3. Dictamen sobre la validez de las escuchas telefónicas y las características del delito cometido por María en el barco en relación con Manolo.

1.Objeto de desarrollo.

A lo largo de esta cuestión, haremos un dictamen sobre las escuchas telefónicas que se realizaron a María, poniendo de relieve la postura consagrada en nuestra jurisprudencia y dejando entrever la falta de regulación que existe en nuestro ordenamiento sobre tal cuestión.

Una vez llegados a una conclusión sobre el punto anterior, trataremos de investigar si la acusación hecha a María está correcta o, por el contrario, si existen otras figuras en el Derecho Penal que encajasen mejor en nuestro supuesto de hecho. Además, hemos creído conveniente llevar a cabo dos dictámenes distintos, puesto que la calificación de la conducta típica sufriría alteraciones por el hecho de que el sujeto pasivo, en 2014, reaparece.

2.Fundamentos de hecho.

I. Inicio de una investigación a Marcial por un delito de tráfico de drogas.

II. Durante el proceso, se llevan a cabo unas escuchas a través de las intervenciones telefónicas; mediante las cuales se escucha a María como le cuenta a una amiga que Manolo tenía intención de terminar el matrimonio por haber conocido a otra persona. Inmediatamente, María, en un estado de ira y obcecación, dice golpear fuertemente en la cabeza a Manolo y lo tira por la borda.

III. Debido a estas escuchas, María es acusada de asesinato.

3. Las intervenciones telefónicas.

3.1. Concepto y características de las escuchas telefónicas.

En primer lugar, hemos considerado oportuno dejar constancia que estamos ante una cuestión de gran problemática, puesto que la escasa regulación legislativa sobre las intervenciones telefónicas ha acarreado duras críticas ante la pasividad del legislador. Esta circunstancia obligó a que fuese la jurisprudencia la que asentará la normativa mínima para dar solución a todos los problemas que se originan en la práctica relativo a tales injerencias²⁸. Un ejemplo de ello se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo 692/1997, de 7 de noviembre expone que: *“la escasez*

28 CLIMENT DURÁN, C. *“La prueba penal. Tomo II”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp, 1570-1574.

normativa [...], tanto más lamentable cuanto nos hallamos ante la limitación de un derecho fundamental y ante una fuente de medios probatorios tan presente y operativa en la ordinaria investigación desarrollada en medios judiciales y policiales. Ante una regulación tachada de incompleta, asistemática e insuficiente, puede decirse que ha sido la jurisprudencia la que ha ido creando un cuerpo doctrinal...” En base ello, no resulta extraño que para lograr entender qué se entiende por intervención telefónica, debamos acudir a la jurisprudencia. Así, tales intervenciones pueden encontrarse consolidadamente definidas en distintas resoluciones, como es la STS de 26 de mayo de 1997, que expone: *“las intervenciones telefónicas, implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de la comunicaciones y que aparecen ordenadas por el juez de instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su caso, de determinados elementos probatorios”*.

Por tanto, podemos entender que las escuchas telefónicas tienen por finalidad controlar las comunicaciones entre particulares, con el fin de investigar un hecho delictivo cometido por alguno de ellos, lo que supondrá una lesión directa a los derechos fundamentales de las comunicaciones y a la intimidad, que hallan su regulación en el artículo 18²⁹ de nuestra Constitución.

El derecho a la intimidad se define como *“el derecho que tienen las personas a que su vida íntima sea respetada”*³⁰. En cuanto al concepto del “secreto de comunicaciones”, debemos decir que desde el punto de vista de nuestra Carta Magna, es estrictamente formal. El TC expuso en la sentencia 114/1984 de 29 de noviembre que el *“concepto de secreto tiene carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de la persona, lo íntimo o lo reservado”*. Por su parte, el concepto de “comunicaciones” está recogido por el autor JIMÉNEZ CAMPO, que lo definió como un *“proceso de transmisión de mensajes, un proceso en cuyo curso se hacen llegar a otro expresiones del propio pensamiento articuladas en signos no meramente convencionales”*³¹.

A la vista de lo expuesto, una cosa está clara, las intervenciones telefónicas están íntimamente ligadas a derechos fundamentales. Recalcar esta cuestión es de vital importancia, puesto que una mala *praxis* en las injerencias supondrían una grave lesión al artículo 18.3 CE. Por ello, y ante la consideración que los derechos fundamentales son esenciales y básicos en un Estado de Derecho, el legislador ha querido que sus limitaciones y suspensiones sean tasadas por la CE³². Por ello, el artículo 55.2 establece que: *“solo una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 18 apartados dos y tres, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”*, añadiendo que, *“la utilización injusta o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”*. La doctrina hizo una serie de interpretaciones sobre la aplicación de dicho precepto, dejando constancia de que aquél no recoge todos los supuestos en los que cabe intervenir en los DDFF. Esto no impide que puedan

29 Art. 18 CE: *“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen[...]. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”*

30 <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/> última conexión 3 de Mayo a las 17:56.

31 JIMÉNEZ CAMPO, J., *“La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”*, en: Revista Española de Derecho Constitucional, año 7, nº20, 1987, p. 42.

32 Vid. STC de 16 de Diciembre del 1987.

existir otras limitaciones a los derechos fundamentales del artículo 18.3, de ahí que, éste establezca que se pueda levantar el secreto a las comunicaciones mediando resolución judicial³³.

En base a lo anterior, queda claro que la ley impone que el derecho fundamental al secreto de comunicaciones no será lesionado si las injerencias a él están debidamente motivadas en resolución judicial³⁴. Éste debe de satisfacer las siguientes condiciones: el cumplimiento de cuatro principios legislativos y diversos requisitos.

En relación con los primeros, los principios legislativos, explican su existencia debido que la falta de regulación legal en este tipo de prácticas ha originado la formación de un cuerpo jurisprudencial detallado sobre los principios básicos que ha de cumplir cualquier intervención telefónica³⁵:

- **Principio de legalidad:** garantiza que la limitación del derecho personal esté perfectamente detallado, con el único propósito de que la lesión al derecho fundamental no trascienda de lo necesario.

- **Principio de jurisdiccionalidad:** establece que solo un órgano judicial va a tener la potestad de dictar el corresponde auto que determine y controle la intervención telefónica. Siguiendo esta línea, se encuentra la sentencia 1018/1999 de 30 de septiembre del Tribunal Supremo, que establece que: *“la primera garantía o exigencia para la validez constitucional de una intervención telefónica es, en consecuencia y por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional”*.

- **Principio de proporcionalidad:** este es uno de los principios trascendentales en el Derecho, puesto que gracias a él, los DDFP gozan de máxima protección. Cuando un juez dicta un auto autorizando unas escuchas telefónicas, aquél debe ser proporcional a la restricción de los derechos a la intimidad y secreto de comunicaciones; por ello, solo se acordará en el caso de que se traten de delitos de gravedad -o que sean leves y con trascendencia social- y sobre los que hayan indicios razonables³⁶.

El cumplimiento del principio protege a toda intervención telefónica de las llamadas “escuchas predelictuales” o de “prospección”, las cuales viciarían el proceso y declararían la nulidad de las mismas. Dichas escuchas son aquellas que se realizan sin indicios razonables de que se ha cometido un delito, es decir, aquellas que se usan para averiguar un presunto hecho ilícito del que no hay datos relativos al mismo. Sobre esta cuestión, también se ha pronunciado la jurisprudencia, mostrando su conformidad de que este tipo de escuchas deben estar prohibidas. Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo 669/2016, de 3 de Febrero, en su FJ 4º: *“el sacrificio del derecho fundamental al secreto de comunicaciones y a la intimidad, siempre con la finalidad de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección”*. Este mismo entendimiento nos ofrece la STS 60/2012 de 8 de Febrero: *“toda resolución [...] debe evitar “rastreos” indiscriminados de carácter preventivo o aleatorio sin base fáctica previa de la comisión de delito, absolutamente proscritos en nuestro ordenamiento”*.

33 LÓPEZ DE QUIROGA J., *“Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida”*, Akal, Madrid, 1989, p. 176.

34 Véase anexo II, en el que se detalla un acta que justifica unas escuchas telefónicas.

35 CLIMENT DURÁN, C., Op. Cit., pp. 1574-1575

36 STS 588/2002 de 4 de Abril, FJ 2º: *“el fundamento justificante de la intervención se asienta, esencialmente, en el principio de proporcionalidad, pues solo una finalidad de la suficiente relevancia podrá compensar suficientemente la gravedad de la restricción del derecho fundamental”*.

- **Principio de especialidad:** según éste, la medida tiene que ser tomada con el fin de investigar un delito en concreto cometido por la persona de quien se sospecha³⁷.

En cuanto a los requisitos, éstos han sido asentados a lo largo de los años por la jurisprudencia, llegando a ser condición *sine qua no* tendrían validez las escuchas telefónicas. Sobre ellos se pronunciaron diversas resoluciones, como son las SSTS 102/1998, de 3 de febrero 1070/1997 de 21 de Julio o la 467/1998 de 3 de abril.

3.2. Análisis sobre el marco normativo de las injerencias telefónicas.

En lo referente a la primera cuestión, ya se observó que la jurisprudencia se halla un tanto disconforme con el vacío de normativa referente a las injerencias telefónicas.

En 1988 se produjo una reforma de nuestra LECrim; pero antes de esta situación, tal cuestión estaba regulada por dos leyes: la ley orgánica 7/1984, de 15 de octubre y la Ley Orgánica 9/1985 sobre Bandas armadas (arts. 17 y 18). La primera L.O. - modificada posteriormente por la L.O. 18/1994- supuso la tipificación penal de los comportamientos que afectan al bien jurídico del secreto de las comunicaciones y su promulgación supuso la introducción en el C.P. de dos preceptos: el 192 bis y el 497 bis.

Con la publicación el 25 de mayo de 1988 de la L.O. 4/1988, se produce una nueva redacción del artículo 579 de la LECrim que va a regular, por primera vez, la capacidad de actuación y sus limitaciones por parte del juez en el ámbito de la autorización de las escuchas telefónicas. En concreto, del precepto nos interesan solo el apartado segundo y tercero. Entre ellos existe una diferencia basada en los términos que usan. Mientras el segundo habla de “intervención”, el tercero lo hace de “observación.” Ambos preceptos limitan el derecho al secreto de las comunicaciones, pero de distinta forma. La doctrina realiza las siguientes distinciones: el 579.2 solo habla de “comunicaciones telefónicas” y de personas a quien se le haya impuesto el carácter de procesado; en cambio, el 579.4 abre más posibilidades de limitación del artículo 18.3 CE, al permitir la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas y no solo de los procesados, sino también de las personas intermedias -aunque esto último está muy cuestionado por diversos autores-.

Ahora bien, lo que más llama la atención es llegar a conocer la distinción entre “interceptar” y “observar”. Por el primero, la doctrina entiende que se puede llegar a conocer el contenido de las conversaciones telefónicas que mantenga el procesado con otra persona; en cambio, por el segundo, se llegará a conocer sobre el destino de la comunicación, la identidad del receptor, pero no se permite conocer el contenido de las mismas, que permanecerán en secreto³⁸.

El hecho de que el apartado segundo deje constancia de que el requisito para que revista de validez una injerencia telefónica sea que el sujeto se constituya como objeto de investigación en el curso de un proceso judicial y que este requisito sea inexistente para autorizar la observación de las comunicaciones, está ligado al principio de proporcionalidad.

37 STS 60/2012 de 8 de Febrero, FJ 1º: “*el principio de especialidad justifica la intervención solo al delito investigado...*”.

38 LÓPEZ DE QUIRÓGA, J., Op, Cit., pp. 181-185

3.3. Análisis de las escuchas telefónicas realizadas a María.

En primer lugar, las intervenciones telefónicas son acordadas con el fin de investigar un delito de tráfico de drogas cometido por Marcial. Se presume que el acta que aprueba la realización de dichas prácticas se produjeron en el año 2009, después de la celebración de la boda y antes de que se produjeran los hechos referentes al maltrato que posteriormente resolveremos.

Todo parece indicar que el auto que autoriza la injerencia telefónica cumple con todos los presupuestos anteriormente desarrollados. En primer lugar, se presumen que se cumplen tanto los requisitos, como los principios de legalidad y jurisdiccionalidad -es decir, que la resolución limita el ámbito de lesión al artículo 18.3 CE y que es emitida por el juez competente-. En segundo lugar y en relación a los otros dos principios, también se cumplen: el principio de proporcionalidad no se vulnera, puesto que el hecho que es objeto de investigación es un delito de gravedad suficiente que motiva la correspondiente intromisión. En cuanto al principio de especialidad, éste también se cumple, puesto que el objeto de las escuchas es la investigación de un delito en concreto y supuestamente realizado por la persona que es sospechosa.

Llegados a la conclusión de que aparentemente las escuchas telefónicas a Marcial son completamente válidas, es hora de investigar si las realizadas a María gozan de igual validez. Y esto, de nuevo, trae a colación diversos conflictos.

En primer lugar, el artículo 579.2 LECrim limita la intervención de las escuchas telefónicas a las personas procesadas, es decir, solo se podrá llevar a cabo la injerencia sobre los teléfonos que usen las personas sobre las que haya un proceso abierto. Por lo tanto, debemos pensar que aquellas mantenidas por personas ajenas al procedimiento deben estar protegidas por el artículo 18.3 CE. *Ergo*, llevando esta cuestión al supuesto de hecho, las conversaciones que mantuviera María con terceras personas no deberían ser objeto de investigación, gozando sus conversaciones de la más amplia protección constitucional del citado precepto.

Un ejemplo de ello, es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 344/2012, de 7 de mayo. En ella, se autorizó la escuchas de las conversaciones en un coche policial para investigar a dos Guardias Civiles, ante las sospechas fundadas de la comisión de un delito de carácter grave. Tales intervenciones presentaron el problema de que el coche oficial era usado por terceras personas ajenas al proceso. El Tribunal dijo que debían tenerse en cuenta aquellas escuchas donde una de las partes fueran alguno de los agentes sospechosos. Las demás deberían ser rechazadas, al no estar amparadas por el auto del juez que autorizó la correspondiente intromisión; ya que en caso contrario, se produciría la vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y secreto de comunicaciones.

Lo interesante de la cuestión es que, durante el proceso de investigación, María mantuvo una conversación con una amiga en la que aseguraba que en el viaje de 2007 empujó a Manolo por la borda tras iniciar una discusión con aquél al confersarle que había conocido a otra persona y que quería el divorcio.

La jurisprudencia, a este tipo de descubrimiento, los llama “descubrimientos causales”, es decir, son hechos nuevos, y no buscados, al ser desconocidos en el marco de una investigación. Sobre este tipo de acontecimientos, encontramos multitud de sentencias. Posiblemente, el caso más conocido es el de Naseiro. En él, se autorizaron unas escuchas telefónicas para investigar un delito de narcotráfico ajenos a la figura del Sr. Naseiro, pero, gracias a ellas, se descubrió un delito de cohecho entre varias personas afines al Partido Popular. Finalmente, se decretó la invalidez de las

injerencias telefónicas, puesto que el auto del juez autorizaba a investigar solo el delito por el que fueron acordadas y, en ningún caso, se puso a su disposición los datos relativos al hecho delictivo del cohecho.

Otro supuesto parecido nos encontramos en la sentencia 291/2013 del Tribunal Supremo del 14 de marzo. En ella, dos personas estaban siendo objeto de enjuiciamiento por un delito de homicidio y, por ello, el juez instructor autorizó “pinchar” sus teléfonos móviles con el fin de indagar más sobre el hecho presuntamente cometido. Durante el proceso, descubrieron que los sospechosos estaban llevando a cabo otro delito completamente distinto, como es el de tráfico de drogas. Ante esta circunstancia, el Tribunal Supremo, el 21 de mayo de 2009, estableció lo siguiente: *“cuando en el marco de una investigación telefónica, en averiguación de un delito, apareciese otro diferente, de acuerdo con el principio de especialidad delictiva, debe comunicarse el hallazgo al juez instructor y, éste, ampliar la investigación al nuevo delito, sin que exija la formalidad de dictar un nuevo auto de intervenciones, más aún cuando el juzgado que lo investiga es el mismo.”*

Los “hechos fortuitos” a los que hemos hecho alusión pueden tratarse de un delito cometido por la persona que se está investigando o, por el contrario, tratarse de un delito de distinta naturaleza que afecte a terceros. Sobre ello, arroja luz la STS 457/2010 de 25 de mayo, que en su FJ 14º expuso: *“si durante el curso de la investigación, aparecen “descubrimientos ocasionales” o “causales” relativos a hechos nuevos y éstos no guardan conexión con los causantes del acuerdo de intervención -y que pueden afectar al imputado o terceros- y si guardan suficiente gravedad penal como para que se cumpla la proporcionalidad, se estimarán como mera “notitia criminis” y se deducirá testimonio para que se inicie el correspondiente proceso.”* También se pronuncia sobre ello la STS 60/2012 de 8 de febrero: *“los hechos conocidos no conexos serán una “notitia criminis” y darán lugar al proceso correspondiente”*

A la luz de nuestro supuesto de hecho, observamos como el hecho conocido no guarda conexión con el objeto de las intervenciones telefónicas, es decir, se descubrió un posible asesinato que nada tiene que ver con el delito de tráfico de drogas que estaba siendo investigado y, ni siquiera, afecta al sospechoso del mismo. Por ello, la policía encargada de la mencionada diligencia, debe dar a conocer las nuevas noticias al juez instructor. Éste, si entiende *“notitia criminis”* reviste de gravedad suficiente, puede dar inicio a la apertura de un proceso nuevo con el fin de investigar las revelaciones escuchadas.

Una vez iniciado el correspondiente proceso, ninguna de las partes podrá utilizar la confesión que realizada por María como prueba del delito -puesto que no tiene validez como tal- sino que la *“notitia criminis”* solo tiene la facultad anteriormente desarrollada.

La apertura de un proceso judicial sería la solución más justa y coherente; puesto que, a nuestro parecer, y tras una lectura exhaustiva de la jurisprudencia, no tendría sentido que el juez autorizase una ampliación de la autorización judicial que permitió la intervención telefónica a Manolo, cuando el hecho fortuitamente conocido no gozaba de conexión con el inicialmente investigado. De hecho, si se adoptase dicha medida, podría ver lesionado el principio de especialidad, ya que la ampliación podría llegar a lesionar el principio de especialidad.

4. Determinación de las características del hecho cometido por María en el barco.

4.1. Desarrollo del término “asesinato”.

En primer lugar, es necesario exponer que se entiende por asesinato. Éste es una figura delictiva recogida en nuestro Código Penal bajo la rubrica del Título I “del homicidio y sus formas” y, en concreto, se halla en el precepto 139.

El asesinato aparece regulado desde el Código de 1822³⁹ y se supone que es la acción de matar a otro concurriendo alguna de las circunstancias definidas en el correspondiente artículo.

Dicho acto delictivo es fruto de debate entre la doctrina, puesto que hay un sector que entiende que aquél es una modalidad del homicidio y, otro, que defiende que dicho delito tiene existencia propia. Los autores afines a entender las figuras como independiente afirman que éstas guardan mismos caracteres, puesto que en ambas es necesario que concurra la muerte del sujeto pasivo, se protege el mismo bien jurídico, coinciden los sujetos y existe relación de causalidad; pero también reconocen que mantienen diferencias, como es el hecho de que para que la muerte de una persona se eleve a asesinato, debe producirse en alguna de las circunstancias descritas en el artículo 139 CP⁴⁰.

MUÑOZ CONDE defiende la independencia del asesinato en argumentos penales (el Código de 1870 lo reconoce en Capítulo distinto al del homicidio), gramaticales (el artículo regulador usa la palabra “asesinato”) y criminológicos (mientras se puede decir de que no existe un tipo criminológico de homicida, si se describen características de algunos supuestos de asesinatos). COBO-RODRÍGUEZ expone que en el asesinato hay mayor grado de culpabilidades, entendiendo que las circunstancias integradas en el aludido artículo “*hacen que la acción de matar a otra persona aparezca como más reprochable y, en consecuencia, su acto como más culpable*”⁴¹. Por su parte, el autor BAJO, expone que en la figura del asesinato podemos hallar un fundamento de mayor antijuridicidad cuando concurren las circunstancias de muerte alevosa o muerte con ensañamiento, la primera por la gravedad que reviste el hecho de matar a una víctima indefensa y, en la segunda, por el dolor innecesario que se le causa⁴².

4.2. Los elementos del asesinato.

- **Los sujetos:** el sujeto activo lo será quien realice la acción típica. Al tratarse de un delito común, aquél podrá ser cualquier persona. En cambio, el sujeto pasivo lo será el titular del bien jurídico protegido en la norma del tipo penal. Si éste acoge alguna de las figuras específicas de nuestro CP, habrá que atender a su propia regulación (por ejemplo, si el sujeto pasivo fuese el Rey, debemos acudir al artículo 485 CP).
- **El objeto:** en este tipo de acto delictivo, el objeto material sobre el que recae la conducta típica coincide con el sujeto pasivo de la misma.

39 Actualmente, se recoge en el CP de 1995, sin que haya sufrido ninguna alteración que debamos tener en cuenta para la resolución de esta cuestión.

40 Art. 39 CP: “*será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1ª con alevosía, 2ª por precio, recompensa o promesa, 3ª con ensañamiento, aumento deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*”.

41 GANZENMÜLLER, C., ESCUDERO, F.J., FRIGOLA, F., “*Homicidio y asesinato*”, Bosch, Barcelona 1996, p. 188.

42 Ibid., pp. 185-189.

- **La acción:** la acción está descrita en el artículo que regula la figura del asesinato y consiste en llevar a cabo la muerte de otra persona con alguna de las tres circunstancias descritas por el legislador. En caso de que concurriesen dos o más de éstas, estaríamos ante un tipo agravado del 140 CP.

Es innegable que el asesinato se podrá consumir por la modalidad de acción, pero más discutido es la comisión por omisión. La doctrina mayoritaria se decanta por no apreciar este modo de actuar cuando concurren alevosía o ensañamiento. En relación a la primera, recordemos que la definición que realiza el artículo 22 hace que la conducta consista en que el sujeto activo elimine la defensa de la víctima, es decir, se necesita una concreta forma de atacar. En relación al ensañamiento, éste significa que el sujeto pasivo muere a causa de un comportamiento de su agresor que le proporciona un aumento considerable del dolor. *Ergo*, los penalistas consideran que la comisión por omisión solo podría tener cabida en un asesinato por precio, recompensa o promesa, siempre que se cumplan las características propias de dicha forma.

- **La culpabilidad:** para determinar que se produce una acción típica es necesario comprobar que concurre una parte subjetiva, que puede estar constituida por el dolo o por la imprudencia -ésta no cabe en la figura que estamos desarrollando-. En primer lugar, el sujeto actúa dolosamente cuando sabe que está realizando una conducta típica y, aún así, quiere hacerlo. Por tanto, dos son los elementos del dolo: el conocimiento y la voluntad de llevarlo a cabo. Hay dos tipos de dolo:
 - **Dolo directo:**
 - De primer grado: el sujeto realiza una conducta específica con el único objetivo de que se cumpla el tipo penal.
 - De segundo grado: el sujeto no tiene por finalidad realizar el tipo penal, pero sabe que con su conducta va a ejecutarlo.
 - **Dolo eventual:** el sujeto no tiene el deseo de cumplir el tipo penal, pero es consciente de que, con su conducta, igual se produce.

4.3. Las circunstancias del asesinato.

El asesinato es un tipo penal que exige que se produzca, al menos, concurriendo alguna de las siguientes circunstancias desarrolladas por el legislador en el art. 139 CP:

1º Alevosía.

2ª Por recompensa, precio y dinero.

3º Por ensañamiento.

El primero de ellos, la **alevosía**, aparece definida tanto por la jurisprudencia, como la doctrina y la legislación. En esta última hallamos el concepto en el artículo 22 CP: *“hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.”* Por su parte, la STS de 15 de diciembre de 1992, señala que: *“la alevosía se halla en la inexistencia de posibilidades de defensa, lo que puede derivarse de la manera de realizarse la agresión, bien cuando se obra en emboscada o acecho a través de la actuación preparada para sorprender a la víctima, bien de modo súbito, por sorpresa, cuando el agredido, que se encuentra confiado en el agresor, se ve atacado de forma*

rápida e inesperada”.

A la vida de lo expuesto, el fundamento de la alevosía consiste en asegurar la ejecución de la muerte evitando los riesgos de una posible defensa de la víctima. Por ello, se considerará alevosa aquella muerte que se produzca por sorpresa y la efectuada con unos medios que anulan la defensa del sujeto pasivo. Lo determinante para que se cumpla la modalidad es que el agresor aproveche los medios de ejecución para conseguir una situación de indefensión, con indiferencia de que tal situación la halla generado el sujeto activo o éste se haya aprovechado de los ya dados u organizados por terceras personas.

La segunda de las circunstancias es la relativa **al precio, recompensa o promesa**. Para ANTÓN ONECA, *“por precio entendemos el valor pecuniario que se estima a algo, recompensa es la retribución que se abona por ella⁴³ y promesa es la expresión de la voluntad de dar a alguien o hacer por él algo”⁴⁴*. Es elemento esencial que sea el hecho de la entrega de la retribución lo que motive al ejecutor la realización del asesinato; tal y como se desarrolla en el fundamento jurídico octavo de la sentencia del Tribunal Supremo 268/2012 de 12 de Marzo: *“Para poder apreciar la agravante de precio o recompensa es preciso que sea claramente el motor de la acción criminal”*. Por tanto, no cabe aplicar esta circunstancia si el agresor estaba convencido de querer cometer el hecho antes de que un tercero le haya propuesto tal ofrecimiento. Por lo general, la doctrina considera que el precio, recompensa o promesa ha de tener contenido económico, solo un sector más débil sostiene que puede tener otra naturaleza.

Por último, hallamos el **ensañamiento**, regulado en el artículo 22.5º CP, el cual lo define *“como todo acto destinado a “aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”*. Éste concepto también es desarrollado a lo largo de la jurisprudencia. Ejemplo de ello es la STS 719/2008 de 5 de noviembre: *“el ensañamiento exige dos elementos: uno objetivo, consistente en la existencia de daños físicos innecesarios para producir la muerte; y otro subjetivo, que requiere que el autor realice esos daños con la finalidad de aumentar el sufrimiento de la víctima: además del ánimo de matar tiene que existir el de hacer sufrir*. En base a lo anterior, se considerará una muerte por ensañamiento cuando el agresor produzca unos daños innecesarios para matar a la víctima con el único propósito de hacerla sufrir. Por dolor, la doctrina entiende que son daños físicos como psicológicos. Además, esta circunstancia solo tendrá validez si la víctima sufrió toda esa tortura mientras estaba viva y consciente

4.4. Dictamen sobre el delito cometido por María:

4.4.1 Calificación del delito si fuera enjuiciado en 2007.

Una vez realizada la correspondiente investigación sobre el tipo penal presumiblemente ejecutado por María, vamos a observar si se cumplen todas las condiciones para que sí sea acusada por ello.

En primer lugar, consideramos necesario determinar con qué intención actuó María. Tal y como está redactado el supuesto de hecho, entendemos que María golpeó fuertemente en la cabeza a Manolo y, *a posteriori*, lo tiró por la borda. Basándonos en esta interpretación, sí que consideramos que la agresora tenía ánimo de poner fin a la vida del que era su cónyuge, puesto que debía ser consciente de las consecuencias que tenía el hecho de empujarlo al mar. Dicha reflexión nos

43 GANZENMÜLLER, C., ESCUDERO, F.J., FRIGOLA, F., Op. Cit., p. 352.

44 <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=ULPW1s9>, última conexión, el día 12 de Mayo a las 12:30.

conduce a señalar la concurrencia de dolo directo de primer grado, el cual fue consagrado como un elemento indispensable en todo asesinato. Esto último está respaldado por nuestra jurisprudencia, que defiende forma unitaria que tal dolo es necesario e imprescindible para que una muerte pueda ser calificada de asesinato. Un ejemplo de ello se expone en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo número 359/2010: *“tanto en el delito de homicidio como en el de asesinato, el elemento subjetivo del dolo se satisface con el dolo directo, que es la intención concreta de matar.”*

Una vez concluido que sí hubo ánimo de matar, vamos a comprobar si se cumplen los requisitos para que se le acuse de asesinato.

En primer lugar, estimamos conveniente desechar la circunstancia segunda del artículo 139 CP, puesto que en ningún momento el supuesto aporta datos para llegar a pensar que María mató a Manolo motivada por una recompensa de un tercero.

En segundo lugar, también debemos desechar la posibilidad del ensañamiento; ya que, como hemos aclarado, para que se produzca es necesario que el sujeto activo lleve a cabo una serie de actos que tengan como fin aumentar el dolor físico y psíquico de la víctima. Un ejemplo se refleja en la STS 748/2009 de 29 de Junio, en cuyo caso el procesado fue condenado por matar a su mujer propinándole varias puñaladas por todo el cuerpo, no solo con el fin de matarla, sino con el fin de verla sufrir. En esta misma línea, se pronuncia la Audiencia Provincial de Tarragona, en la sentencia número 543/2010 de 9 de diciembre, en el que acusan de asesinato en su modalidad de ensañamiento a dos sujetos que golpearon y acuchillaron a la víctima en diversas partes del cuerpo, mientras ésta estaba viva y con el único fin de torturarla. El tribunal considera que, en tal circunstancia, es aplicable esta modalidad de asesinato, porque se cumplen todos los elementos necesarios.

Con ello interpretamos que el ensañamiento no procede en el caso que nos corresponde, puesto que siendo cierto que hubo violencia física, ésta consistió en un solo golpe y, aunque éste revistiera de notable dureza, no incrementó de forma deliberada el sufrimiento de Manolo. Además, en toda la jurisprudencia, no se constata que un golpe sea causa de ensañamiento, tienen que ser varios impactos que produzcan en la víctima un dolor insufrible para el cuerpo humano. Asimismo, tampoco hay agresión psicológica que se constatará como una tortura para el sujeto pasivo. Por tanto, no cabe encuadrarlo en la modalidad del ensañamiento.

La última de las circunstancias del asesinato es la alevosía y la que, a priori, podría ser aplicable al hecho cometido por María. Recordemos que tal circunstancia consistía en que el sujeto activo se aprovechase de los modos, medios y formas para anular la defensa de la víctima y asegurarse así el tráfico final. Todo ello está sujeto a una serie de requisitos definidos de forma reiterada por nuestra jurisprudencia. De forma concreta, la SAP de las Palmas, en su resolución número 21/2015 y en el fundamento jurídico primero expone: *“para que se considere concurrente la alevosía es necesario que se constate la presencia de unos requisitos objetivos y subjetivos que sirvan para reflejar la mayor antijuridicidad y culpabilidad del agente que justifican la agravación de la conducta de éste y, en su caso, su conversión en un tipo penal distinto y mayor entidad penal como lo es el asesinato respecto al homicidio. El elemento normativo se cumple cuando la alevosía aparece en cualquiera de los delitos contra las personas. Junto a éste, el elemento objetivo o instrumental, que concurrirá si la dinámica comisiva se enmarca en un aseguramiento del resultado sin riesgo para el autor y eliminando la defensa que pudiera existir por parte del agente, con lo que se pone de relieve el factor predominantemente objetivo a través del aseguramiento de la ejecución de la agresión y de la total indefensión de la víctima, lo que, por*

otra parte, debe estar abarcado por el dolo del agente, consistente, precisamente en el ánimo de conseguir el resultado pretendido sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa”.

De forma reiterada, la sentencia del TS de 29 de Julio de 2004 establece que el elemento esencial de la alevosía es el aprovechamiento de la indefensión en que se encuentra la víctima. Dicho aprovechamiento se debe apreciar siempre que el autor haya tenido conciencia de ejecutar su plan ante una víctima que no tiene posibilidad de defensa. *Ergo*, el sujeto activo debe ser consciente de que con su acción se anula la defensa de la víctima -con el objetivo de proteger su integridad ante una posible respuesta violenta- y beneficiarse de tal situación para llevar a cabo la acción del tipo penal. Por ello, y como reflexión, lo esencial de la alevosía es conseguir un ambiente favorable para que el agresor pueda llevar a cabo sus pretensiones sin miedo a posibles represalias.

Volviendo al caso objeto de enjuiciamiento, podríamos llegar a pensar que la actuación de María podría ser alevosa. Esto se debe a que aquella golpea a Manolo en la cabeza y debido a la sensibilidad de la zona afectada y la dureza con la que se describe el golpe, las posibilidades de defensa de aquél se verían mermadas; pero, sinceramente, no lo consideramos así.

En párrafos anteriores se llevó a cabo una descripción de los requisitos que ha de reunir todo acto alevoso. Cumpliéndose los dos primeros, puesto que se trata de un hecho cometido hacia otra persona y que de él se deriva que las facultades de defensa por parte de la víctima hayan sido limitadas, el debate se halla en el tercero de los elementos: el subjetivo. En base a la redacción de los hechos, no considero que María actuase con el fin de obtener una posición privilegiada con respecto a Manolo, es decir, no interpretamos que María haya golpeado a la víctima con el fin de anular su defensa y conseguir así matarlo aprovechándose de esa situación de indefensión. Además, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo negó la alevosía sorpresiva en los casos en los que existía una disputa previa entre las partes, al entender que el sujeto pasivo podía esperarse el ataque constitutivo de delito⁴⁵.

En base a lo desarrollado, consideramos que el hecho cometido aquel día en el barco no debió ser calificado como asesinato, ya que no concurren ninguna de las circunstancias del artículo 139 CP.

Llegados a este punto, todo nos hace pensar que quizás estemos ante un supuesto de homicidio. Esta figura ilícita aparece regulada en nuestro Código Penal⁴⁶, bajo el epígrafe “del homicidio y sus formas” y, en concreto, en el precepto 138⁴⁷.

La conducta típica consiste en “matar a otro” y la diferencia con el asesinato es que, en el primero, no es necesario que concurren una serie de circunstancias para que sea calificado como tal. Por ello, podemos entender el asesinato como un concepto más “restrictivo” y, por el contrario, al homicidio con mayor amplitud, puesto que todos los actos que supongan la muerte de otra persona y no se produzcan en condiciones tasadas van a ser entendidos como presuntos homicidios.

En cuanto a los elementos del homicidio⁴⁸, observamos similitudes con los del asesinato:

- Los **sujetos** pueden serlo cualquiera, puesto que se trata de un delito común.

45 Vid. en este sentido STS 1429/2006 de 14 de Septiembre

46 El homicidio, al igual que el asesinato, tampoco ha sufrido alteración alguna hasta 2015. Modificación que no tenemos que tener en cuenta en nuestro supuesto de hecho.

47 Art. 138 CP: “*el que matare a otro será castigado como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años*”.

48 GANZENMÜLLER, C., ESCUDERO, F.J., FRIGOLA, F., Op. Cit., Pp 27-39.

- La **acción** consiste en matar a otro de cualquier forma, siempre que no sea de alguna de las modalidades reguladas en el artículo 139 CP, sino el hecho sería constitutivo de asesinato. La conducta típica puede ser realizada por acción o por omisión. La comisión por omisión es posible, siempre que el sujeto activo esté en una posición de garante frente a la vida del sujeto pasivo.
- El **objeto material** vuelve a coincidir con el sujeto pasivo, puesto que éste es el titular del bien jurídico que se protege y el objeto es el cuerpo sobre el que recae la acción, es decir, el cuerpo humano.
- El homicidio es uno de los delitos de resultado, por tanto, entre la acción y la muerte debe haber una **relación de causalidad**. Esto se ejemplifica a través del típico supuesto: si A dispara en el corazón de B y éste muere por impacto de bala en el corazón, habrá una relación causal entre la acción y el resultado, pudiendo ser imputado tal resolución al ejecutante del hecho.
- Existencia del **dolo**. En el homicidio, puede aparecer tanto el dolo directo como el eventual, es lo que se llama "*animus necandi*" o intención de matar. La STS de 3 de mayo de 1993 estima que: "*el dolo criminal implica el conocimiento de la significación antijurídica del hecho y a la vez, la voluntad de realizarlo. El dolo está interno en la psiquis de la persona por medio de dos requisitos: la capacidad cognoscitiva y la volitiva. El dolo directo aparece cuando, de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto y el dolo eventual concurre cuando el sujeto activo no quiere realizar la acción típica, pero es consciente de que hay posibilidades de que se produzca si actúa de cierta manera*".

Antes de examinar el supuesto de hecho, es necesario hacer una última aclaración: la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia. El primero de los términos ya quedó suficientemente definido a lo largo del trabajo, pero nada se dijo del segundo. Es preciso recordar que la imprudencia no tenía cabida en la figura del asesinato, puesto que éste concurre si hay dolo en la persona para llegar a él. En cambio, si cabe un homicidio por imprudencia.

La doctrina ha definido la imprudencia punible como "*la infracción de un deber de cuidado*". Desde este punto de vista, se considera que debemos apreciar que hay imprudencia cuando un tipo penal es imputable objetivamente al autor y éste ha tenido un error sobre el riesgo de producción, a sabiendas de la posibilidad de conocer tal situación de riesgo⁴⁹. Nuestro Código Penal no describe que entiende el legislador por imprudencia, pero sí la incluye en el artículo 14, estableciendo que, "*una vez atendidas a las circunstancias del hecho y a las personales del autor, será punible como imprudencia todo el error de tipo que fuera evitable*". La imprudencia puede ser de dos tipos: grave y leve. En una resolución de la Audiencia Provincial de las Palmas, el día 17 de enero de 2014, en su fundamento jurídico tercero definió tales conceptos. Por el primero se entiende "*que es la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar en los actos de la vida ordinaria.*" Por el segundo se entenderá "*la omisión de la mera diligencia exigible*".

La figura del homicidio imprudente aparece regulada en el artículo 142 CP y, en él, se dan dos supuestos de imprudencia con sus respectivas condenas: el homicidio por imprudencia grave y

⁴⁹ <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/>, última conexión el día 16 de Mayo a las 12:43.

por imprudencia menos grave.

Una vez realizado el marco teórico de la imprudencia, cabe analizar si es aplicable al caso que nos ocupa. Esta posibilidad ya la desechamos al principio del epígrafe cuando argumentamos porque consideramos que en la actuación de María hubo dolo de matar, por tanto, si hay dolo no puede haber imprudencia. De la redacción interpretamos que, primero, la agente golpeó fuertemente en la cabeza a su víctima y, *a posteriori*, le tiro por la borda, a sabiendas de la mortífera consecuencia que conllevaría dicho acto. Para que tal situación pudiese ser calificada como homicidio imprudente grave descrito en el artículo 142.1 CP, sería necesario interpretar que, a consecuencia del golpe fuerte que recibió Manolo en la cabeza, éste cayese por la borda, descartándose una intención por parte de María de que se produjera tal accidente. Pero, sinceramente, consideramos que la escena descrita no encaja en dicho supuesto, puesto que sí observamos que María buscaba matar a Manolo como consecuencia de la acalorada discusión que mantenía el matrimonio.

Otra posibilidad que desechamos para la resolución del caso es la de un homicidio preterintencional. Éste se produce cuando la acción del agente va más allá de su intención, es decir, cuando se causa la muerte de la víctima sin quererlo; ya que el aquél solo tenía intención de causar daño en el cuerpo del sujeto pasivo, empleando una serie de medios que, *a priori*, no deberían haber causado tal resultado. En este caso, el dolo de lesionar no puede quedar abarcado por el dolo de matar. La doctrina mayoritaria defiende que este tipo de homicidios no pueden ser entendidos como un meros homicidios imprudentes, puesto que no es igual la muerte que se produce por un acto imprudente, que aquella que se origina por el ánimo de lesionar del autor⁵⁰. Por ello, la resolución que estima la jurisprudencia para este tipo de conducta, es la concurrencia de un concurso real, puesto que de un solo acto se producen varios hechos ilícitos diferentes: un delito de lesiones dolosas en grado de tentativa y un delito de homicidio imprudente.

En base a lo expuesto, son dos razones las que nos llevaron a determinar que no estamos ante dicha conducta típica: en primer lugar, María no se valió de ningún instrumento para lesionar a Manolo y, en segundo lugar, entendemos que aquélla no tenía ánimo de lesionar; sino de matar.

A nuestro parecer, la solución más correcta es la calificación del hecho como un delito de homicidio culposo, cumpliéndose todos los elementos constitutivos del mismo. A estas alturas, ya damos por hecho que se dio a conocer el rol que asume cada parte, siendo María sujeto activo y Manolo sujeto pasivo (sobre el que recae el objeto material). La conducta típica también se lleva a cabo, puesto que la agente realiza la acción de “matar a otro”, tal y como se regula en el artículo 138 CP. En cuanto a la relación de causalidad, consideramos que también tiene lugar, puesto que María golpea y tira por la borda a Manolo y, como consecuencia, éste presuntamente muere, por tanto, también se cumple el nexo causal entre acción-resultado. Por último, lo relativo al dolo, volvemos a reiterar que en el supuesto expuesto podemos presumir que María tiene *animus necandi*, es decir, intención de causar la muerte.

Una vez certificado que se trata de un delito de homicidio doloso consumado, debemos aclarar que, en ningún caso, podría ser aplicado en concurso con el delito de lesiones, basándose dicha negativa en el principio de exclusión. La doctrina mayoritaria considera que el dolo de lesionar *-animus laedendi-* y el dolo de matar *-animus necandi-* son excluyentes entre sí. El que quiera matar, no va a limitarse a lesionar a su víctima y viceversa. Además que, consideran que todo

50 RAMÓN RIBAS, E., “*El homicidio preterintencional*”, en Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología, n°3, enero, 2010, p. 160.

homicidio necesita ir precedido de lesiones, por ello, el primero absorbe al segundo⁵¹. Por tanto, María debería haber sido condenada por un delito de homicidio consumado, pero el problema se observa cuando recordamos que tal situación se produjo en un estado de ira y obcecación producido por una situación de tensión entre los sujetos. Estado que, en nuestro ordenamiento, es tratado como una atenuante de la pena.

La RAE define la obcecación como una “*ofuscación tenaz y persistente*” que atenúa la responsabilidad penal de quien la sufra. Dicho concepto aparece relacionado con la capacidad de comprensión del sujeto, puesto que es ésta la que se ve afectada por el estado de ánimo. Para QUINTANO RIPOLLÉS, la obcecación se diferencia del arrebató en que “*la primera se trata de una ofuscación intelectual y, el segundo, es fugaz y fulminante, de tipo explosivo e inmediato*”⁵².

Nuestro legislador ha regulado la figura de la obcecación en el artículo 21.3º CP. Para nuestra jurisprudencia, la obcecación es producida por causas emotivas y estímulos poderosos originarios de la actuación de una persona que no se halla permanente afectada por un estado que altera sus facultades mentales⁵³.

En diversas sentencias, como las STS 22 de junio de 1993 o de 12 de diciembre de 1993, estiman que, la obcecación es una desestabilización anímica que provoca una perturbación que afecta a la inteligencia o voluntad del sujeto. Además, también se estima que toda obcecación debe cumplir los siguientes requisitos⁵⁴:

- Los estímulos deben de aparecer de forma previa y producir alteraciones psíquicas en el sujeto que los percibe, teniendo tal fuerza que afecte a la imputabilidad del sujeto.
- Dichas alteraciones deben generar en el sujeto ofuscación que afecte a la capacidad intelectual.
- Las causas de los estímulos deben proceder de alguna actuación de la víctima que genere tal estado en el agresor.
- Debe hacer relación de causalidad entre el estímulo y el furor que afecte a la mente del sujeto.

Todos ello también está recogido por la jurisprudencia del TS. Un ejemplo de ello es el Auto 414/2013 que se emitió el 13 de febrero, a través del cual, en su FJ 2º hace un análisis de los requisitos que anteriormente hemos citado⁵⁵.

Además, también reitera la necesidad de que los estímulos que obcecan al agresor deben ser

51 SERRANO GONZÁLEZ-MURILLO, J.L., “*La tentativa de homicidio con consumación de lesiones*”, en Revista electrónica de Derecho Penal, nº 24, julio 2009, pp 2-3.

52 MATALLÍN EVANGELIO, A., “*La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*”, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p 159.

53 MUÑOZ CUESTA, J. (Coord); “*Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*”, Aranzadi, Navarra, 1997,p. 56.

54 MUÑOZ CUESTA, J., Op. Cit., pp. 56-58.

55 ATS 41472013 de 14 de febrero, FJ 2º: “*a) Desde el punto de vista interno, una situación de cólera o ímpetu pasional que reduzca, limitándolas, las facultades mentales del sujeto activo del delito, de modo que se produzca una situación de ofuscación de una importante entidad que suponga que sus resortes inhibitorios se vean seriamente afectados; b) Desde el punto de vista externo, se ha producir un estímulo exterior, a modo de detonante, generalmente como consecuencia de la actuación de la víctima que ocasione el desencadenamiento de tal impulso interior que desarrolle en su mente una violenta reacción perdiendo el control de los frenos inhibitorios*”.

causa de un acto previo de la víctima. Por otra parte, se estima que este tipo de atenuantes solo son aplicadas en el caso de una riña previa, cuya consecuencia es que el sujeto activo, por el enfrentamiento sufrido con la víctima, entre en una situación de alteración emocional que empuja a cometer el hecho ilícito.

A la vista de lo expuesto, sí que consideramos que María cumple todos los requisitos descritos. En primer lugar, se trata de una riña previa entre los sujetos. En segundo lugar, en esa riña, Manolo confiesa que quiere divorciarse porque conoció a otra persona, siendo éste el acto desencadenante del estado de furor de su mujer. Por último, se cumple el nexo causal entre el estímulo y el furor que se causa en la mente de María, el cual le impide actuar de forma razonable y lleva cabo la conducta típica que, en un estado de paz y tranquilidad, no se hubiera producido. Por tanto, sí debemos aplicarle la atenuante de obcecación y la pena debe ser rebajada a la mitad inferior (art. 66.1º CP).

4.4.2 Calificación del delito si fuera enjuiciado en 2014.

En el epígrafe anterior hemos dejado constancia de que si los hechos se hubieran enjuiciado en el momento en que se produjeron (2007), el delito realizado por María correspondería a la conducta típica descrita en el artículo 138 CP, es decir, un homicidio doloso. En cambio, si el enjuiciamiento no tuviese lugar en dicha fecha y se produjese en 2014, la calificación sería totalmente distinta, por el hecho de que fue ese año cuando reapareció Manolo.

Ante esta situación, es discutible si se debe aplicar un delito de lesiones consumada o de tentativa de homicidio. Desde nuestro punto de vista, no consideramos pertinente aplicar la primera de las posibilidades, puesto que como dijimos en el apartado anterior, María no tenía ánimo de lesionar a Manolo, sino que su intención era acabar con la vida de éste. Por tanto, si hay *animus necandi*, no se puede imponer un delito de lesiones. En segundo lugar, ha transcurrido un lapsus de tiempo muy amplio, de tal forma que no es posible probar la existencia de dichas lesiones, ni demostrar que aquéllas cumplen el nexo causal que se exige en la conducta típica; es decir, el nexo entre la acción (el golpe) y el resultado. Y por último, si se llegasen a poder calificar, posiblemente estaríamos ante un problema de prescripción.

A nuestro parecer, lo más razonable es seguir la misma línea de calificación desarrollada en el epígrafe anterior, pero adaptándose a las nuevas circunstancias; es decir, seguiríamos estando ante un homicidio, pero en este caso, no consumado. Esto significa que el resultado de la conducta típica no se produjo por causas ajenas a la voluntad de la agresora. En estos casos, el CP tiene prevista la figura de la tentativa, que rebaja la pena en uno o dos grados y que es definida según la RAE como “*un principio de ejecución de un delito por actos externos que no llegan a ser los suficientes para que se realice el hecho, sin que haya mediado desistimiento voluntario del culpable*”⁵⁶.

Por lo tanto, defendemos que estamos ante un supuesto donde es aplicable la figura descrita, ya que reiteramos que el *animus necandi* estuvo presente desde el inicio hasta el final del comportamiento de la agresora, sin que haya presentado signos de desistimiento que evitasen el resultado que pretendía. Por lo explicado, María, en 2014, debía ser castigada por un delito de homicidio culposo en grado de tentativa.

56 <http://dle.rae.es/?id=ZUJIA2>, última conexión el día 1 de Junio, a las 17:56 horas.

4. Dictamen sobre las 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.

1. Objeto de desarrollo.

En la cuestión a resolver, se llevara a cabo un estudio sobre las consecuencias jurídicas de las agresiones que ha realizado Marcial durante tres años a María y Elisa. Para ello, incorporaremos un trabajo doctrinal que nos permitirá comprender las distintas conductas típicas realizadas, haciendo especial hincapié en las modificaciones que han ido experimentando a lo largo de los años, aplicando siempre la más favorable al reo, pero presumiendo que debemos enjuiciarlo en fecha actual-ante la falta de datos que nos indique una fecha exacta en la que deba procederse a realizar tal proceso-. Esto último hace que tengamos que tener en cuenta que algunos hechos pueden estar prescritos, por ello es de nuestra obligación tener en cuenta el artículo 131 CP.

2. Supuesto de hecho.

I. La primera agresión de Marcial a María se produce en Enero de 2010, consistente en un golpe en el ojo que le produce un derrame. La segunda agresión se lleva a cabo en Marzo del mismo año, por el hecho de que María fuese a cenar con sus amigas. Durante la misma, Marcial increpa a María para que volviese a casa, hablándole en un tono violento. Cuando ella regresa, recibe dos puñetazos en la barriga.

II. Un mes después, en Abril, nace Elisa.

III. El 29 de Septiembre de 2012, María ingresa en el hospital, teniendo que recibir intervención quirúrgica por lesiones en el hígado y en el brazo, así como cicatrices en la cara a raíz de los golpes recibidos.

IV. Tras estos acontecimientos, María solicita orden de alejamiento.

V. En diciembre de 2012, Marcial retoma la convivencia con María, a pesar de que la orden de alejamiento sigue vigente.

VI. El 12 de Octubre de 2013, Marcial -en un estado de alteración-, le propina a María tres golpes en el estómago y, además, le da un puñetazo a su hija Elisa, provocándole un derrame en el ojo.

VII. Ante esta situación, María llama a la policía y es llevada al hospital, donde le da un infarto al corazón por la situación de ansiedad provocada.

VII. La policía le hace una prueba de alcohol y drogas a Marcial, dando éste positivo en cocaína y alcohol. En ese momento, se descubre que es drogodependiente.

VIII. Voluntariamente, interna en una clínica para desintoxicarse y reparar el daño causado.

3. Marco teórico de la violencia de género y violencia doméstica.

Para poder conocer que conducta típica cometió Marcial, es necesario contextualizar teóricamente dos términos claves que manejaremos en esta cuestión: violencia de género y violencia doméstica.

Para empezar, consideramos necesario realizar una aproximación al concepto “violencia”. Por éste, la OMS entiende que es *“el uso deliberado de la fuerza física o del poder, ya sea en forma de amenaza o real, contra ‘sí mismo/a, contra otra persona o contra un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”*. Por su parte, la doctrina jurisprudencial define la violencia como *“acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal”*⁵⁷. En conclusión, violencia es toda acción que causa en sí mismo o en otros, daños tanto físicos como psíquicos.

La regulación de ambos conceptos ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de la historia desde que en 1989 se introdujo en el CP el delito de maltrato físico en el ámbito familiar. Son dos las causas que explican el proceso modificador: la primera se relaciona con la intención de legislador de encuadrar el bien jurídico susceptible de protección y, la segunda, se basa en el deseo de encontrar una sanción penal adecuada⁵⁸. En el CP de 1995, se produjo una regulación susceptible de continuas críticas y reformas, sobre el delito de malos tratos en el ámbito familiar, limitándolo a todo acto que se basará en ejercer fuerza física sobre la víctima y exigiendo la existencia de un requisito: la habitualidad. La jurisprudencia entendía que los actos violentos eran habituales cuando se producían de forma reiterada y con proximidad temporal entre ellos. Posteriormente, son diversas las Leyes Orgánicas que tuvieron por objeto modificar dicha figura típica. Especial mención merece la L.O. 11/2003 de 29 de Septiembre, que realizó una nueva redacción del artículo 153 CP, elevando a delito cualquier agresión producida en el ámbito familiar y que tenga un carácter no habitual, tanto sean físicas o psíquicas. Por otra parte, los malos tratos habituales pasarían a regularse por el precepto 173.2 CP. A pesar de todas ellas, quizás la más importante fue la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, por la que se interponen las medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En ella, se pretendía reunir en un mismo cuerpo normativo distintas medidas administrativas, educativas y sociales, así como reformas al CP, CC y otras normas de nuestro ordenamiento, con un único fin: conseguir la protección de la mujer.

La modificación más trascendental de esta nueva modificación se produjo en el artículo 153 CP, en el que se pasó a castigar como delito causar un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el artículo 147.2 o golpear o maltratar de obra sin causar lesión.

Lo anterior produjo numerosas críticas. En primer lugar, la doctrina consideraba que esta ampliación lesionaba el principio de proporcionalidad, al castigar con pena de cárcel actos que apenas presentan peligrosidad para la integridad física del sujeto. El TC, en el Auto 233/2004, promulgó que la modificación realizada era conforme al principio citado, por la especial vulnerabilidad de la mujer ante el hombre. En segundo lugar, se produjo una reivindicación de la posible vulneración al principio de igualdad, puesto que se castigaba más la violencia ejercida por el hombre hacia la mujer que viceversa. A esto contestó el TC en su sentencia 59/2008, en la cual reivindicó que la violencia que ejerce el hombre a la mujer goza de mayor antijuridicidad, puesto que no solo se produce una afectación a la integridad física de aquella, sino también se genera una situación de discriminación y de sometimiento.
antijuridicidad

57 SAP de Sevilla 188/2005 de 19 de Abril, FJ 14º.

58 CERVILLA D., / FUENTES, F., *“Mujer, Violencia y Derecho”*, servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, p. 93.

En cuanto a la conducta típica, en ambas modalidades de violencia -doméstica y de género-, compartimos la visión de la doctrina mayoritaria que sostiene que es un delito de actividad, admitiéndose la comisión por omisión mediante el artículo 11 CP y siempre que subsista una posición de garante⁵⁹. La acción, por tanto, consistirá en emplear violencia física o psíquica. La primera consiste en ejercer un acto de fuerza sobre el sujeto pasivo, aunque no deje marca. La segunda, definida por HIRIGOYEN, se produce cuando *“una persona adopta una serie de actitudes y palabras destinadas a denigrar o negar la manera de ser de otra persona. Estas palabras tienen por objeto desestabilizar o herir a otro”*⁶⁰.

Una vez hecha una introducción más teórica, es necesario llevar a cabo la distinción entre “violencia de género” y “violencia doméstica”. La primera es definida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, entendiéndose por ella aquellos actos que realiza el hombre sobre la mujer por el mero hecho de serlo⁶¹. El sujeto activo busca una situación de dominación sobre el sujeto pasivo, tratándola como si fuera de su propiedad, controlando su vida e infravalorándola. La ley 1/2004, de 28 de diciembre, relativo a las medidas de protección integral de la mujer, entiende la violencia de género como *“una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”*. Por su parte, el Tribunal Supremo expuso en su sentencia 58/2008 de 25 de Enero que no toda violencia que se ejerza sobre la mujer, debe ser considerada violencia de género. Para ello, el hombre debe de mostrar su deseo de conseguir la sumisión de la víctima, lesionado así las reglas de tolerancia, respeto mutuo e igualdad. En referencia a violencia doméstica acoge todos los actos que supongan violencia psíquica o física contra el ámbito familiar del sujeto pasivo, afectando a la mujer por *“la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de los roles sociales”* especifican MIRAT HERNÁNDEZ Y ARMENDÁRIZ LEON⁶². Por tanto, entendemos que este tipo de violencia se lleva a cabo en el ámbito estrictamente familiar, siendo el sujeto pasivo no solo la mujer, sino aquellas personas “vulnerables” que convivan con el agresor. Además de las diferencias descritas, podemos aportar otra relativo al bien jurídico protegido. En el caso de violencia doméstica, la jurisprudencia ha entendido que se debe proteger la paz familiar⁶³ y, en el caso de violencia de género, va más allá de la simple integridad física o psíquica, puesto que está vinculado a valores constitucionales acogidos en nuestra Carta Magna.

Ambas figuras aparecen regulada en nuestro Código Penal, en los preceptos 153 y 173. El 153.1 recoge las penas correspondientes a quien ejerza la violencia de género y, en el segundo, las relativas a la violencia doméstica. Por su parte, el 173.2 recoge las penas previstas para ambos tipos penales. La diferencia entre la aplicación de uno u otro radica en un requisito: la habitualidad.

Dicha noción también ha sido objeto de discusión a lo largo de la historia. La STS 2414/1996, 20 de diciembre, en el FJ 2^a entiende que la habitualidad consiste en *“la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas”*. En esta misma línea, se pronuncia la STS 1208/2000, de 7 de julio, en la que deja constancia de las diversas teorías que se han desarrollado para este concepto. Así, en el FJ 5^o, expone: *“La*

59 SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.); *“Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial”*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 147.

60 MATUD AZNAR, M.P., *“Violencia de género”*, Publicaciones de la Universidad Jaime I, Barcelona, 2009, p. 95.

61 MAQUEDA ABREU, M. L., *“La violencia de género: entre concepto jurídico y realidad social”*, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº8, 2006, p.3.

62 HERNÁNDEZ MIRAT, P. / LÉON ARMENDÁRIZ, C., *“Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales”*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., Madrid, 2006, p. 12.

63 SAP de Segovia 48/2011, de 1 de Septiembre, FJ 1^o: *“en el delito de violencia doméstica, el bien jurídico protegido consiste en la paz familiar.”*

*habitualidad[...]*es una exigencia típica un tanto imprecisa que ha originado distintas corrientes interpretativas. La más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta. Otra línea interpretativa[...] ha entendido, que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado permanente de agresión. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual”. Posteriormente, en 2001, el Consejo General del Poder Judicial dejó constancia de su opinión al respecto, estimando que se debería prescindir del concepto de habitualidad “y penar aquellos actos que alcancen la entidad suficiente como para provocar la lesión o puesta en grave riesgo de los bienes jurídicos protegidos en este tipo de infracciones”⁶⁴. Nuestro legislador también se ha pronunciado al respecto y, en el propio artículo 173.3, ha dicho como debe interpretarse el delito de violencia habitual. Para ello, dice que debemos atender “al número de actos violentos que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”. Por tanto, entendemos que las acciones violentas serán habituales cuando aquéllas hacen que el sujeto subsista en una situación de agresión permanente, que el Juez interprete que exista un peligro continuo para los bienes jurídicos protegidos; pero siempre y cuando, haya entre esos distintos cierta cercanía temporal para evitar que sean considerados hechos aislados.

4. Calificación de las lesiones producidas por Marcial a María.

Marcial, desde 2010 hasta 2013 ha estado llevando a cabo diversos actos violentos físicos y psíquicos sobre María. A continuación indagaremos sobre la calificación penal que revisten.

En primer lugar, consideramos necesario estimar si estamos ante un supuesto de violencia de género o doméstica. Con la lectura del supuesto de hecho y, en concreto, de lo ocurrido en 2010, llegamos a la conclusión que estamos ante violencia de género. Hemos sopesado esta opción por como actuó Manolo con María cuando escuchó a ésta que estaba hablando con un hombre por teléfono o cuando se fue a cenar con sus amigas. La reacción de Manolo en ambos supuestos son propios de un hombre que pretendía la sumisión de su mujer, la controlaba y la oprimía. Consideramos que, de la literalidad del texto, estamos ante el supuesto que define el artículo 1 de la ley 1/2004, puesto que Manolo generó sobre María un ambiente de desigualdad y discriminación.

Corresponde recordar que esta conducta típica halla su regulación en nuestro CP, pero que ha sido objeto de diversas reformas a lo largo de la historia. Por ello, estimamos adecuado establecer que modificación vamos a tener en cuenta. El supuesto de hecho narra que los actos violentos se sucedieron desde el 2010 hasta 2013 y, por tanto, a la hora de aplicar los preceptos correspondientes relativos al CP, debemos de tener en cuenta y aplicar lo dispuesto en la L.O. 11/2003, la cual reformó el código e introdujo la violencia de género de carácter habitual (173.2) y la L.O. 1/2004, que introdujo modificaciones en el precepto 153.1.

En segundo lugar, una vez identificada la violencia de género y su regulación, debemos señalar en qué precepto debe ser subsumido. Al tratarse de violencia de género, necesariamente tiene que ser dirigida hacia una mujer. Además, las partes debían mantener algún tipo de unión jurídica; puesto que los preceptos relativos a tal conducta típica exigen que el sujeto pasivo “*sea o*

64 CRISTÓBAL LUENGO, H.J., “*El concepto de habitualidad en la violencia doméstica: análisis del art. 173.2 del Código Penal Español*”, en Revista Derecho y Cambio Social, nº36, abril, 2014, pp. 10-13.

haya sido cónyuge o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia". En nuestro supuesto de hecho, se cumplen todas las condiciones, puesto que Manolo y María estaban unidos en matrimonio y mantenían una convivencia.

En tercer lugar, debemos determinar si existe habitualidad entre los actos violentos, lo que determinará la aplicación de un precepto u otro. Teniendo en cuenta la definición desarrollada en el primer apartado, hemos considerado que sí concurre tal circunstancia; puesto que se dan los datos suficientes para determinar que María vive en una situación permanente de violencia, no solo por el número de actos violentos físicos que recibe, sino también por la continua situación de agresiones psíquicas que recibe y que también se incluye en el tipo penal de la violencia de género. Además, entiendo que entre hechos sí que hay la conexión temporal necesaria para poder enjuiciarlos de forma conjunta. Por consiguiente, siendo violencia de género con carácter habitual, el artículo susceptible de aplicación será el 173.2 CP, que castiga con pena de prisión de seis meses a dos años a quien habitualmente *"ejerce violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge..."*.

Además, consideramos pertinente aplicar una agravante de la desarrollada por el propio 173.2 CP, puesto que entendemos que al menos una escena violenta se produjo delante de un menor. En concreto, entendemos que este suceso se produjo en 2013, cuando Marcial golpea repetidas veces a María y, a continuación, hace lo mismo a Elisa.

La calificación de los hechos realizados por Manolo no terminan con la acusación de ser sujeto activo de un delito de violencia de género habitual, puesto que tal y como se sucedieron las circunstancias, aquél será objeto de otros tipos penales compatibles con el artículo 173.2.

Es doctrina consolidada en nuestra jurisprudencia, el hecho de que un sujeto pueda ser castigado por un delito de lesiones y por un delito de violencia de género o doméstica de los artículos 153 y 173.2 CP, sin que tal calificación lesione el principio *non bis in idem*. Esto se debe a que los bienes jurídicos que se protegen son distintos. En el caso de lesiones, se protege la integridad corporal y la salud física y psíquica. En cambio, en la violencia de género estima el STS 320/2005 de 10 de marzo, en el FJ 8º que *"el bien jurídico protegido trasciende más allá de la integridad personal, al atentar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10), que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes (art. 15) y en el derecho a la seguridad (Art. 17)"*. En esta misma línea también se pronuncia la STS 870/2014, de 10 de Marzo, que en su FJ 7ª dice que: *"la coexistencia autónoma entre el delito de lesiones y el tipificado en el artículo 153 CP está admitida también por el TS, atendiendo, sobre todo, a los distintos bienes jurídicos tutelados, ya que el delito de violencia doméstica constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan"*.

Por lo tanto, no es cuestión problemática el hecho de que un mismo sujeto pueda ser calificado como autor de un delito de violencia de género y, a la par, de un delito de lesiones.

Una vez llegados a este punto, hemos considerado pertinente hacer un pequeño marco teórico sobre el tipo penal de las lesiones, con el fin de poder llegar a conocer si es aplicable a nuestro supuesto de hecho.

En primer lugar, el concepto aparece definido por nuestra jurisprudencia a lo largo de diversas resoluciones. Un ejemplo de ello, es la STS 785/199, que en su FJ 3º expone que debemos

entender la lesión como “*daño en la sustancia corporal, perturbación en las funciones del cuerpo o modificación de la forma de alguna parte del mismo. También cuando se producen malestares físicos, como el terror o el asco, quedando afectado el sistema nervioso central; cuando se somete a otro a fuertes ruidos o se le aterroriza con un arma*”. Su regulación se encuadra en el Título III del CP y tienen por objeto la protección de la salud -tanto física como psíquica-.

La conducta típica aparece descrita en el artículo 147.1⁶⁵ y de su lectura interpretamos que estamos ante un tipo de delito de acción, debiendo existir nexo causal entre la acción y el resultado para que éste sea imputable al agresor. Además, son varios penalistas los que observan que la conducta típica puede ser llevada a cabo también mediante la comisión por omisión, siempre y cuando existiese posición de garante.⁶⁶

Las lesiones que sufra el sujeto pasivo necesitan que sean objeto de asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico para que sean subsumidos en el artículo 147.1 CP. Por asistencia facultativa entenderemos todos aquellos cuidados que el cuerpo sanitario proporciona a quien lo necesite. Por el contrario, el tratamiento médico va más allá y supone una continuada situación de cuidados hasta que el sujeto logre la curación total. Por último, el tratamiento quirúrgico tiene como fin llevar a cabo un tratamiento reparador del cuerpo, incluyéndose aquí la cirugía, los puntos de sutura y la inmovilización de partes del cuerpo⁶⁷.

En los artículos contiguos, es decir, los artículos 148, 149 y 150 CP se redactan los tipos cualificados. El primero se trata de una agravación potestativa, es decir, su aplicación no es de carácter obligatorio y será el tribunal quien decida si aplicarla al caso. Con la reforma de la ley 1/2004 de 28 de diciembre, se añade que se agravará la pena “*Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*”. Por tanto, el juez puede incrementar de dos a cinco años de prisión, si la víctima de las lesiones del artículo 147.1 CP fuese una mujer que estuviere ligada al agresor por una relación sentimental.

Los artículos 149 y 150 CP son agravantes de obligada aplicación debido al grave menoscabo físico que producen en el cuerpo de la víctima. El primero de ellos, teniendo en cuenta la modificación relevante para el caso por la ley 11/2003, estableció que se agravará la pena del artículo 147.1 CP, cuando el resultado de las lesiones haya producido en la víctima consecuencias trascendentales, como por ejemplo, la pérdida de un órgano principal o graves deformidades. El artículo 150 estima que es de aplicación este precepto cuando las consecuencias de las lesiones sean la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad no sea muy grave. En este caso, por órgano no principal entenderemos que es aquel no imprescindible para la salud.

A la luz de lo anterior, podemos señalar una serie de preceptos que serán de aplicación en nuestro supuesto de hecho: el 147.1, el 148.4º, y 150 CP. En cuanto al primero, la ley aplicable será el CP del 95, sin que debamos tener en cuenta ninguna modificación, puesto que para el caso que nos ocupa, el precepto no ha sufrido alteraciones. En cuanto al segundo, debemos tener en cuenta la

65 Art. 147.1 CP: “*por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico*”

66 MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho Penal. Parte Especial*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 98.

67 *Ibid.*, p. 100.

L.O. 1/2004, la cual modificó el CP y agravó la conducta típica del 147.1 para los casos en el que el sujeto pasivo *“fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”*. En cuanto al tercero, tampoco sufrió modificaciones, por lo tanto, nos atenderemos a lo dispuesto por el CP de 1995.

La primera de las situaciones violentas se produce en Enero de 2010, momento en el que Manolo propicia a María un fuerte golpe que le produce a ésta un derrame en el ojo, sin que nada se diga si necesitó asistencia médica para su curación. Meses después, en Marzo, Manolo vuelve a atacar a su cónyuge, dándole dos puñetazos en la barriga, sin que se acredite que se haya originado lesión alguna. Ambas acciones serían constitutivas de un delito encuadrado en el artículo 153.1 CP, siendo Manolo castigado por producir en su cónyuge un menor daño físico. La problemática transcurre en el momento en que, una vez determinada la pena, observamos que nos enfrentamos a un problema de prescripción. Como ya estimamos en el primer epígrafe, nada se nos dice en relación al momento en que deberían haberse calificado los hechos, por lo tanto, si llevamos a cabo el enjuiciamiento en el momento actual, debemos atender al artículo 131.1 CP- encargado de regular los plazos en los que se produce la prescripción de los delitos-. Partiendo de la modificación realizada por la L.O. 5/2010, los delitos que tengan una pena de prisión menor a cinco años, prescribirán a los cinco años de ser cometidos. *Ergo*, si Manolo cometió lesiones del 153.1 CP en el año 2010 y el enjuiciamiento de los mismos se produce en 2016, aquéllas estarían prescritas y no podría ser castigado por ellas.

El segundo episodio violento transcurrió en Septiembre. Esta vez, de índole más grave, puesto que le ocasionó heridas de gravedad en el hígado y brazo, teniendo que ser intervenida quirúrgicamente hasta dos veces. Además, la cara le quedó marcada por diversas cicatrices. A consecuencia de todas las lesiones, estuvo ingresada casi dos meses.

En este caso, las lesiones de Manolo sí que produjeron en María un daño trascendental. En primer lugar, tuvo que ser intervenida quirúrgicamente, cumpliéndose por tanto una de las circunstancias de la conducta del tipo básico del 147. 1 - *“siempre que la lesión requiera objetivamente para su salud [...] tratamiento médico o quirúrgico-*. Se podría sopesar la opción de aplicar un tipo agravado del 149 CP, pero de la literalidad del supuesto de hecho, nada nos hace indicar que a consecuencia de los golpes, se haya producido una pérdida o inutilidad del hígado, simplemente se produjo una operación para, posiblemente, obtener su curación. Por tanto, Manolo debe ser condenado por un delito de lesiones agravadas por la identidad del sujeto pasivo, que era su mujer (148.4º CP).

En segundo lugar, a consecuencia del mismo episodio de violencia, María sufrió una serie de cicatrices en el rostro. Lo interesante de esta cuestión es determinar si aquéllas pueden considerarse deformidad. La doctrina ha establecido tres requisitos para que las cicatrices originan deformidad: que produzcan irregularidad física, que sean permanentes y se encuentren en un lugar visible. Para conocer cuando corresponde la aplicación del 149 o 150 CP debemos acudir a la jurisprudencia. Según ésta, la determinación de uno u otro precepto será la gravedad de la deformidad y ésta se calificará grave si *“afecta de forma intensa en la actividad funcional de los órganos o parte del cuerpo afectada”* (STS 150/2006 de 16 Febrero, FJ 1º). Por tanto, y a la luz de lo descrito, entiendo que estamos ante una deformidad del artículo 150 CP; puesto que, aunque las cicatrices se encuentren en una parte corporal sensible como es el rostro, aquéllas no afectan a su actividad funcional. Simplemente, es una cuestión estética que puede ocasionar *“efectos sociales y convivenciales negativos”* (STS 1820/2002, de 30 Octubre, FJ 4º).

Con todo lo expuesto, Manolo debe ser castigado por un delito de lesiones agravadas del

149.1 CP. Con este resultado, no podemos aplicar la agravante potestativa del 148.4°, puesto que rige el principio de alternatividad entre ambos preceptos.

El tercer episodio de lesiones se produce en Octubre de 2013. En él, Manolo le propina tres golpes en la barriga a María. Como consecuencia, María necesita sedación debido al ataque de ansiedad que padece, que le hace sufrir un infarto al corazón. En base a lo expuesto, entendemos que estamos ante un supuesto del 147.1 CP en relación con el 148.4° CP por la identidad de la víctima. La relación de conexión que es imprescindible en todo delito de lesiones entendemos que se cumple, puesto que interpretamos que de los golpes que recibe María deriva el ataque de ansiedad y, posteriormente, el ataque de corazón; necesitando tratamiento médico correspondiente. Por tanto, Manolo, por el episodio ocurrido en 2013, es autor de un delito de lesiones agravadas del 148.4° CP.

4. Calificación de la lesión producida por Marcial a Elisa.

Marcial, durante tres años, ejerció violencia psíquica y física sobre María; pero no contra Elisa. Esto cambió cuando, en el seno de una discusión entre los cónyuges, Marcial pega un puñetazo a su hija, ocasionándole un derrame en el ojo, sin que se diga nada sobre si necesitó asistencia médica.

El hecho consideramos que se trata de un acto de violencia doméstica, figura que aparece regulada en el artículo 153.2 CP. Cuando la violencia doméstica se dirige contra una persona vulnerable del mencionado artículo, se exige que haya convivencia para que se pueda tipificar como dicha modalidad -requisito no exigido en caso que tales actos se dirijan contra la mujer-.

La conducta típica implica ejercer violencia física o psíquica por parte del agresor, lo que supone imponer un abuso sobre las personas que se consideran vulnerables que comparten convivencia con aquél.

El 153.2 recordemos que se aplica en aquellos casos en los que la violencia no es ejercida de forma habitual, basta con que se origine una lesión leve que no pueda ser incluida en el 147 CP o se trate de violencia de obra. En base a esta interpretación, consideramos que dicho precepto es subsumible al caso en el que nos encontramos, puesto que estamos ante un solo episodio violento contra Elisa, que consistió en un golpe en el ojo, que si bien causó menos daño físico, el supuesto nada nos dice si necesitó algún tratamiento médico o quirúrgico. Por tanto, Manolo debería ser castigado como autor de un delito de violencia doméstica contra su hija Elisa del artículo 153.2 CP.

5. El delito de quebrantamiento de medida cautelar.

En 2012, tras otro suceso violento sufrido por María, ésta decide dar el paso de denunciar a Marcial y solicitar una orden de alejamiento⁶⁸ con el fin de obtener protección por parte de la Administración de Justicia y la policía. La orden de alejamiento tiene como fin evitar el acercamiento del agresor a su víctima, limitándole su libertad ambulatoria. Su imposición puede actuar como pena o como medida cautelar.

La pena privativa de libertad se impondrá en aquellos delitos marcados por el artículo 57 CP, en el que se hace especial mención a si el sujeto pasivo alguno de los sujetos marcados en el artículo 173.2. En todo caso, dicha pena se promulgará una vez haya recaído sentencia y tendrá carácter de pena accesoria, es decir, se trata de *“una sanción penal que acompaña a las penas*

68 V. anexo III, relativo al acta que acuerda tal medida.

previstas como principales de un hecho delictivo”⁶⁹.

La orden de alejamiento se trata de una medida cautelar de carácter penal que puede acordar el juez con el fin de garantizar la seguridad de un sujeto cuando éste sea víctima de violencia doméstica o se trate alguna otra prevista en el artículo 173.2 CP. Su regulación la encontramos en el precepto 544 TER LECrim de 14 de Septiembre de 1988 y tiene como fin la protección de las víctimas ante un peligro real. El bien jurídico protegido no es la integridad física o moral de la persona protegida, aunque su aplicación tenga como fin la seguridad de aquella; sino que es la efectividad de las resoluciones judiciales.

En nuestro caso, sí que se cumplen todas las condiciones necesarias para que el juez acuerde la imposición de la medida cautelar. En primer lugar, María y Elisa son víctimas de delitos contra la integridad física y moral. En segundo lugar, son sujetos pasivos susceptibles de aplicación de la medida descrita en el precepto 544 TER LECrim, al ser ambas personas vulnerables descritas en el artículo 173.2 CP⁷⁰. Y, en tercer y último lugar, negamos que podamos tratar la orden de alejamiento como pena; puesto que todavía no recayó sentencia condenatoria sobre Manolo para que sea tratada como tal.

En cuanto a las consecuencias del quebrantamiento de la medida, no encontramos en nuestra jurisprudencia una respuesta uniforme.

Una de las primeras tesis defendidas por el TS es que : “*«la efectividad de la medida depende, y esto es lo característico, de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima, en cuya protección se acuerda de mantener su vigencia siempre y en todo momento (...). La decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él acredita, de forma fehaciente, la innecesidad de protección y, por tanto, supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial quedaría condicionado a la voluntad de aquélla...»*”. Es decir, que el simple consentimiento de la mujer es válido para dejar sin efecto la medida de seguridad, sin que dicha circunstancia diese lugar a la comisión de un delito por parte del acusado.

Posteriormente, el 25 de Noviembre de 2008, el Pleno de la Sala segunda del TS llegó a un acuerdo para tratar de lograr cierta conformidad con respecto a la cuestión tratada, llegando a la conclusión de que “*el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 CP*”. Por tanto, para el TS el consentimiento de la víctima no debería tener eficacia alguna.

Las SSTS 39/2009 de 29 de enero , 172/2009 de 24 de febrero , 349/2009, de 30 de marzo -entre otras- dejan constancia del acuerdo, y disponen que: “*el incumplimiento de la resolución judicial (auto o sentencia) que acuerda la medida o pena de prohibición de aproximación a la víctima supone la comisión del delito previsto en el artículo 468.2 CP Otro entendimiento disolvería los principios de legalidad y seguridad jurídica. El cumplimiento no puede reposar en el arbitrio de las personas afectadas. Frente al interés de la víctima y el agresor en reanudar la convivencia, se encuentra el interés del Estado no solo en proteger a la víctima cuando se encuentra en una situación de riesgo sino en que las resoluciones judiciales se cumplan, y sean eficaces*”.

69 <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/penas-accesorias/penas-accesorias.htm> última conexión 3 de Junio de 2016 a las 12:50.

70 En el caso de la menor, la LECrim prevé una serie de medidas cautelares adicionales recogidas en el artículo 544 quinquies para garantizar la máxima protección de la menor.

Desde nuestro punto de vista, compartimos la opinión mayoritaria defendida por el TS. El hecho de estar ante una medida de seguridad, no hace que el mero consentimiento invalide de forma automática su imposición; para ello, debería ser solicitada formalmente por parte de la víctima ante el Juez competente, dejando sin efecto la medida cautelar aun cuando no se haya consumido el plazo interpuesta para ella. Consideramos que si tomamos el mero consentimiento de la víctima como apto para dejar sin efecto la orden de alejamiento, se llevaría a cabo la lesión del bien jurídico que se protegen en las medidas cautelares, que debemos recordar que no es la integridad física y moral de la víctima, sino el cumplimiento de las resoluciones de la Administración de Justicia. Además, que por seguridad jurídica, también entendemos que no se puede dejar al arbitrio del sujeto pasivo el cumplimiento de una medida o pena de seguridad.

Volviendo al supuesto que nos corresponde, nada se nos dice si en realidad hubo consentimiento por parte de María para volver a la convivencia, ni siquiera, en qué condiciones se produjo, es decir, podríamos estar ante un consentimiento que nace viciado por posibles presiones por parte de Manolo o, por el contrario, ante una conformidad de forma clara y fehaciente. De todas formas, nosotros hemos adoptado la teoría de que el mero consentimiento no es suficiente para evadir la comisión de la conducta típica del 468 CP. Éste fue objeto de diversas reformas, teniendo en cuenta, para nuestro supuesto de hecho, la realizada por L.O 1/2010 de 22 de junio, la cual castiga con “ *pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren [...] una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2...*”. por lo expuesto, Manolo sí que realizó el hecho recogido en el artículo 468.2 CP, al ser éste el destinatario de la medida de seguridad y debiendo de conocer lo que dicha resolución judicial conlleva.

En lo referente a si la víctima debería asumir cualquier tipo de responsabilidad penal, también ha habido discusión en la jurisprudencia. Muchos consideran que el hecho de que aquella consienta el acercamiento con su agresor, aun cuando éste tenga una orden de alejamiento, debe ser tratada por ese motivo como cooperadora necesaria o inductora de un delito del 468 CP, puesto que entienden que su participación ha sido imprescindible para la comisión del tipo penal⁷¹. En cambio, otra parte de la doctrina considera que la víctima no tiene que asumir responsabilidad penal alguna, en tanto en cuanto, ella asume el rol de parte protegida por el Estado, al estar sometida a una situación de riesgo para su vida; por ello, en ningún caso recae sobre ella algún tipo de prohibición y, mucho menos, se le obliga a cumplir la medida cautelar⁷². Personalmente, consideramos que la línea doctrinal más justa sería la segunda, en tanto en cuanto, la obligación de no acercarse sobre la víctima se impone a su propio agresor, debiendo ser éste consciente de las consecuencias de su actos.

En resumen, Manolo es autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar consistente en una orden de alejamiento del artículo 54 TER de la LECrim, debiendo asumir una pena de prisión de seis a un año por la comisión del tipo penal regulado en el artículo 468.2 CP. En cuanto a María, quedaría libre de cargos, por las razones anteriormente descritas.

6. Las posibles atenuantes de la responsabilidad penal de Marcial.

6.1. La drogodependencia.

La OMS, en un informe de 1982, ha definido la drogodependencia como “*un síndrome caracterizado por un esquema de comportamiento en el que se establece una gran prioridad para*

71 SAP de Barcelona, 4 de Febrero de 2009.

72 SAP de Pontevedra, 10 de Mayo de 2011.

el uso de una o varias sustancias psicoactivas determinadas, frente a otros comportamientos considerados habitualmente como más importantes”.

La incidencia de las drogas en la esfera intelectual y volitiva del sujeto, va a depender del grado de consumo y de las sustancias ingeridas. De todas formas, sí que se han podido señalar, a grandes rasgos, las consecuencias de la ingesta de drogas: *“puede limitar la comprensión del alcance de su comportamiento y merma sus frenos inhibidores de los comportamientos antijurídicos, limitando el control de la voluntad”*⁷³.

Un estado de drogodependencia supone que el sujeto tiene una adicción a las drogas. Esta adicción actúa como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, puesto que se entiende que el sujeto puede no actuar con plenitud de sus facultades. Dicha modificación de la responsabilidad puede llevarlo hasta el punto de la inimputabilidad o, simplemente, hasta el punto de atenuar la pena.

La inimputabilidad supone que el sujeto no va a asumir ninguna responsabilidad penal, puesto que no está en condiciones de hacerlo. La eximente por drogodependencia aparece regulado en nuestro artículo 20.2º CP, donde se marcan una serie de condiciones para que sea aplicada: en primer lugar, cuando se llevó a cabo la conducta típica, el sujeto debió presentar un cuadro de intoxicación plena. En segundo lugar, como consecuencia de tal estado, el sujeto no fuese capaz de comprender el hecho ilícito que estaba realizando. En tercer y último lugar, que la intoxicación no haya sido buscada para llevar a cabo la conducta típica.

La atenuación de la responsabilidad criminal supone que la pena impuesta al autor de un delito va a ser disminuida por presentar éste una grave adicción. Dicha atenuante encuentra su regulación en el artículo 21.2º CP y encuentra su explicación en que el legislador estima que el sujeto no está en sus plenas facultades, puesto que presenta alteraciones psíquicas debido al consumo de drogas u equivalentes. El CP marca dos requisitos para que la aplicación de la atenuante tenga lugar: grave adicción y que ésta sea la causa del delito.

En el caso de adicción al alcohol, las consecuencias son completamente iguales a las anteriores, es decir, cabe aplicar la misma eximente de responsabilidad criminal en caso de que cumpla las características anteriormente mencionadas (20.2º) y también podrá ser atenuante de la pena si se dan las circunstancias del 21.2ºCP.

En nuestro caso, la situación violenta que se produjo en 2013, en la que Manolo golpeó tanto a María como a Elisa, se produjo bajo los efectos de ciertas sustancias. El supuesto de hecho nos dice que, concretamente, el agresor actuó bajo los efectos del alcohol (0,75 mil por aire expirado) y de la cocaína.

A la hora de barajar la aplicación de alguna medida que rebajase la condena, nos encontramos con diversos problemas. En primer lugar, examinamos la posibilidad de aplicar una eximente del artículo 20.2º CP, pero pronto descubrimos que el supuesto no nos proporciona los suficientes datos para estimar que el sujeto actuó totalmente subsumido bajo los efectos de las sustancias. Además, el mero hecho de que se nos diga que es drogodependiente no es suficiente para la aplicación de la correspondiente eximente, puesto que solo se nos da a conocer que actúa bajo los efectos de las drogas y el alcohol en una sola ocasión. Por último, que se nos informe sobre la tasa de alcohol es irrelevante -aunque sea relativamente alta-, puesto que los efectos que producen

73 MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *“La responsabilidad penal del drogodependiente”*, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 16, Marzo, 2014, pp. 10-12.

dichas sustancias en el cuerpo de las personas varía en atención a las circunstancias de cada uno. Por tanto, no consideramos pertinente aplicar la eximente de drogodependencia del artículo 20.2º CP.

A pesar de no considerar oportuna la aplicación de la eximente, sí que hemos interpretado que el hecho de haber mezclado cocaína y alcohol, debió haber mermado -aunque sea de forma mínima- la consciencia del agresor, no pudiendo actuar con total racionalidad. Por ello, sí que entendemos que es menester aplicar una atenuante de la responsabilidad penal.

Nuestro CP prevé una atenuante para el caso de drogadicción o alcoholismo, pero la jurisprudencia exige que haya un nexo causal entre tal adicción y el tipo de delito. Un ejemplo de ello, es la persona que roba dinero con el fin de poder comprar estupefacientes o alcohol. Así lo estima la STS 856/2014, de 26 de Diciembre, estima en su FJ 3º que *“el beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto”*.

A pesar de lo anterior, el propio artículo 21 CP presenta una vía de escape para aquellas circunstancias en las que no se cumplen las condiciones descritas en el artículo 20 y 21 CP, pero que sí son análogas a las descritas en ellos. Las llamadas atenuantes analógicas están reguladas en el precepto 21.7 CP y están prevista para aquellas *“circunstancias de análoga significación previstas por el legislador”* (STS 457/2010 de 25 Mayo, FJ 1º). Es decir, se impondrán en aquellas situaciones de similar entidad a las desarrolladas en el artículo 20 y 21, pero que no satisfacen los requisitos suficientes para su aplicación.

Nuestro supuesto de hecho, es un ejemplo claro de lo anterior; puesto que no se dan las condiciones necesarias para aplicar ni la eximente correspondiente, ni la atenuante del 21.2º CP -puesto que no existe correlación entre el delito de lesiones y el problema de drogadicción de Manolo-. El hecho de suponer que aquél estaba -al menos- mínimamente afectado por las sustancias que previamente había ingerido, es suficiente para aplicar la atenuante analógica del 21.7º CP en relación con el apartado segundo de dicho artículo. P

6.2. La reparación del daño.

Se trata de una atenuante regulada en el artículo 21.7ª CP, que tiene como fin apremiar a aquellos que han cometido un hecho delictivo, pero que han llevado a cabo acciones que tenían como fin reparar el daño sufrido por la víctima o mismo reducir sus efectos.

De la literalidad del artículo, entendemos que los actos del autor de un delito deben estar destinados a obtener un fin reparador en la víctima, no en él mismo. Por eso, entendemos que el hecho de que Manolo ingrese en un centro de desintoxicación es beneficioso para su problema con la drogadicción, pero que en ningún caso la rehabilitación va a reparar el daño causado por la violencia ejercida sobre María.

Un caso extrapolable al nuestro se resolvió en la STS 544/2003 de 25 de Abril, en la que el MF impuso un recurso contra la sentencia anterior, la cual aplicaba como atenuante el hecho de que el acusado fuese un centro de desintoxicación. El MF defendió que tal situación, en ningún caso debería ser tratada como atenuante de la responsabilidad penal, puesto que entendía que el hecho de someterse a un tratamiento rehabilitador, no va a producir la reparación del daño que sufrió la víctima.

Por tanto, basándonos en la literalidad del artículo 21.7ª CP y en la sentencia mencionada, no consideramos que a Marcial se le deba aplicar atenuante de reparación del daño por el mero hecho de acudir de forma voluntaria a un centro de desintoxicación.

5. Dictamen sobre la validez jurídica y las acciones para llevar a cabo por Manolo con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por María a Eustaquio e Miriam. Especificar los derechos que ostentan cada uno sobre los inmuebles citados.

1. Objeto de desarrollo.

En esta cuestión, se llevará a cabo un estudio exhaustivo sobre el artículo 197 del Código Civil de 1889 relativo a la situación referente al patrimonio del reaparecido. A través de él, podremos conocer la situación en la que se encuentra Manolo con respecto a los bienes que ha recibido María en concepto de heredera universal y los derechos que tiene aquél para recuperarlos. Además, se evaluarán los derechos que tienen los compradores sobre los inmuebles vendidos y sobre la posible aplicación de una acción de nulidad sobre la compraventa realizada.

2. Supuesto de hecho.

I. El 3 de Enero de 2014, Manolo reaparece.

II. María, como heredera universal, vendió:

- La casa que tenían en común al 50% a Eustaquio, por 240.000 euros
- Un piso que Manolo tenía a título privativo valorado en 250.000 euros, pero que solo lo vendió por 175.000 euros a Miriam.

III. Además, ambos eran titulares de una cuenta en Abanca que tenía, antes de que desapareciera Manolo, 65.000 euros y, cuando reapareció, tan solo 15.000.

3. Validez jurídica de los actos realizados por María respecto a los bienes y a la cuenta bancaria.

En 2007 y como resultado de un trágico accidente, Manolo es considerado presuntamente muerto, por lo tanto se produce la apertura de la sucesión. En ella, María es heredera universal del patrimonio. Para poder entender esta situación, consideramos necesario empezar por lo más básico: qué es la sucesión *mortis causa*. Ésta es la situación que se produce cuando el causante de un testamento fallece, dando apertura a la correspondiente sucesión, lo que significa que las relaciones jurídicas que quedaron sin titular, va a ser ocupado por otra persona, siempre que cumpla con los requisitos de capacidad y sobreviva al causante⁷⁴.

Así lo regula el artículo 667 de nuestro Código Civil: *“el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento”*. Por su parte, el 660 CC establece que *“llámese heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular”*. La distinción entre ambas figuras es sencilla, el heredero a título universal será sucesor de toda la herencia o una cuota de la misma⁷⁵. En cambio, el *“legatario recibirá un bien o un derecho concreto del causante”*⁷⁶. Además, también es digno de señalar un precepto clave para la resolución del caso, el artículo 659 CC: *“la herencia comprende todos los*

74 DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A., *“Instituciones de derecho civil. Volumen II. Derecho de familia y derecho de sucesiones”*, Tecnos, Madrid 1998, pp.

75 Vid. en este sentido STSJ de Castilla-La Mancha, 1357/2006, 6 de Septiembre.

76 BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO R/ VALLADARES RASCÓN E./ DÍEZ GARCÍA, H., *“Manual de introducción al derecho. Introducción al derecho civil patrimonial”*, Bercal, Madrid, 2006, p. 247.

bienes, derechos y obligaciones, que no se extingan por muerte”. Quiere decir que, todos los bienes que persistan con el fallecimiento del causante, serán objeto de transmisión. En cambio, aquellos aspectos que estén unidos al fallecido y se extingan con su muerte, no podrán formar parte de la herencia -como es el derecho al honor o al nombre-.

Teniendo en cuenta lo expuesto por el supuesto de hecho, interpretamos que Manolo insta como heredera universal de la totalidad de su patrimonio a María, recibiendo ésta los inmuebles -el privativo y el común- y el dinero relativo a la cuenta bancaria.

Una vez que hemos llegado a tal conclusión, debemos observar si las acciones de compraventa realizada por la heredera fueron lícitas. Para analizar la cuestión que nos afecta, es necesario dejar constancia que debemos de partir de lo expuesto en el art. 196 CC, según el cual establece que la sucesión se abrirá en el momento en que se haga firme la declaración de fallecimiento; pero aún así se establece cautelas, ya que, como sostiene PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, la declaración de fallecimiento no produce los mismos efectos que la inscripción de muerte, puesto que se trata de presunción sobre la que no cabe certeza y, por tanto, hay que barajar la posibilidad de que el desaparecido reaparezca⁷⁷.

Volviendo al artículo citado anteriormente, podemos extraer la idea de que, una vez abierta sucesión y los herederos reciban los bienes correspondientes, podrán disponer de ellos para realizar cualquier negocio jurídico -una vez hecho el correspondiente inventario-, salvo aquellos que están prohibidos realizar en un plazo de tiempo por la premisa de que el presunto fallecido pueda volver.

Para el caso de los herederos, que es lo que nos interesa, se establece la limitación de que no puedan disponer de forma gratuita de los bienes heredados en el plazo de cinco años, *ergo* se presume que los negocios jurídicos de otra naturaleza pueden ser realizados sin problema. Por ello, interpretamos que María sí que estaba legitimada para hacer una compraventa que tuviese por objeto tanto el piso privativo como el común, puesto que tenía el derecho a disponer de ellos al ser heredera universal y, por tanto, a realizar dicha operación, por tener ésta carácter oneroso.

Por lo que respecta a la cuenta bancaria, ésta estaba compuesta por dinero comunitario; es decir, entendemos que pertenece por mitad a cada uno de las partes. Con la apertura de la sucesión, el 50% perteneciente a Manolo, sería objeto de transmisión a María, que sería propietaria legítima del 100% del dinero total habido en el Banco. Con ello, y reiterando lo anteriormente descrito para los actos de disposición sobre los bienes inmuebles, durante la vigencia de declaración de fallecimiento, María podía disponer del dinero con libre albedrío, debiendo de ser tratada como legítima propietaria tanto de los bienes inmuebles como de los bienes patrimoniales⁷⁸.

4.4. Acciones que posee Manolo para recuperar todos sus bienes.

Una vez que Manolo reaparece, se debe proceder al cumplimiento de todos los trámites descritos por el artículo 2043 LEC de 1881 con el fin de que se promulgue la correspondiente acta que deja sin efecto la declaración de fallecimiento. A partir de este momento, y tal y como dice literalmente el mencionado precepto, aquel auto “*lleva implícita la aplicación inmediata de lo dispuesto en el artículo 197 del Código Civil*”. En virtud del cual, el reaparecido “*recobrará sus bienes en el estado en que se encuentre y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido*”.

El precepto es claro a la hora de determinar que el reaparecido va a tener una serie de

77 GUINEA FERNÁNDEZ, R.D., Op. Cit., p. 265.

78 LASARTE ÁLVAREZ, C., Op. Cit., p. 105.

beneficios a la hora de recuperar los bienes y derechos que han sido objeto de la transmisión. Aquél va a gozar de dos acciones que le permitirían recuperar lo que fue suyo. El primero es el derecho de **recobro de los bienes**, mediante el cual el causante-reaparecido podrá reclamar que le sea dado el dinero obtenido de la venta de los bienes que pertenecían a su patrimonio y, *a posteriori*, fueron vendidos por sus herederos. Esta acción de recobro permite proteger a los terceros y al reaparecido, puesto que los primeros van a seguir disfrutando de los bienes adquiridos y, el segundo, podrá gozar del dinero obtenido de tal negocio jurídico. En el caso de que, los bienes del caudal sucesorio fueran objeto de venta y con el precio obtenido, se hayan adquirido otros; el legislador otorga al reaparecido el llamado derecho de **subrogación real**, mediante el cual va a tener la potestad para reclamar los bienes nuevos que fueron adquiridos y que sustituyen a los bienes hereditarios⁷⁹.

Para los casos en los que el heredero haya dispuesto de los bienes de forma gratuita -una vez transcurrido el plazo de cinco años- y siempre que concorra buena fe por su parte, el reaparecido no podrá llevar a cabo ninguna acción para poder recuperarlos.

Volviendo al caso objeto de análisis, observamos como el caudal hereditario del que fue declarado fallecido estaba compuesto por dos bienes: uno privativo y otro ganancial. Ambos fueron heredados a título universal a María y fueron objeto de una compraventa de forma correcta, ya que recordemos que aquella estaba legitimada para ello. Como los inmuebles han sido objeto de transmisión a terceros, estamos ante un supuesto en el que los bienes que integraron en un primer momento el patrimonio del causante-reaparecido, no van a poder ser devueltos en el mismo estado. Ante la imposibilidad de ejercer ninguna acción contra los terceros -como veremos a continuación-, solo se podría llevar a cabo un acción: la de recobro de los bienes. Ésta, implícita en el artículo 197 CC, legitima a Manolo para reclamar a María que le deposite el precio que ella ha obtenido con el negocio jurídico. Del piso de A Coruña interpretamos que debe reclamarse el total del precio por el que se ha vendido, puesto que antes de la muerte presunta de Manolo, aquél gozaba de carácter privativo, es decir, era propiedad total del causante-reaparecido. En cambio, del piso que tenían en común, solo podrá reclamar la mitad de lo que haya obtenido la heredera de su compra, al ser propietario solo de esa parte del bien. Por ello, la reclamación debe consistir en un total de 327.500 euros.

Con respecto a la cuenta bancaria, entendemos que Manolo podrá recuperar su posición de titular de la cuenta bancaria que tenía en común con su mujer. En relación a las cantidades que se ha gastado María, consideramos que Manolo no va a disponer de ninguna acción para recuperarlas; puesto que durante el tiempo en el que ha estado en vigencia el acta de declaración de fallecimiento, aquélla era propietaria legítima del 100% del dinero en concepto de hereda universal, lo que le permitía hacer lo que considerase pertinente con él. Además, artículo 197 CC expone que el reaparecido *“recuperará los bienes en el estado en que se encuentren”*, por tanto, nosotros interpretamos que Manolo podrá recuperar la titularidad del dinero que esté ingresado en la cuenta bancaria. En ningún caso consideramos que tenga derecho a reclamar las cantidades de dinero que han sido gastadas, porque aquéllas fueron usadas por una persona que estaba legitimada para ello.

4.4. Los derechos que disponen Miriam y Eustaquio sobre los bienes que compraron.

Miriam y Eustaquio efectuaron un negocio de compraventa con María, en virtud del cual acordaron un precio por dos bienes inmuebles que poseía el matrimonio: uno privativo y otro comunitario. La compra se presume que se llevó a cabo de buena fe por parte de los compradores, por tanto, el legislador estimó que todas las transmisiones de la propiedad de carácter oneroso que

79 LASARTE ÁLVAREZ, C., Op. Cit., p. 78.

se hagan de tal forma, no podrán ser objeto de devolución al reaparecido, sin perjuicio que éste pueda reclamar su parte al que fue el heredero.

A la vista de lo cual, Manolo no podrá interponer la acción de nulidad del contrato de compraventa recogida en los arts. 1300 y SS de nuestro Código Civil, al concurrir todos los requisitos de validez de la compraventa que se exige en el 1261 CC. Por tanto, Miriam y Eutaquio formalizaron la operación cumpliendo todas las formalidades exigibles en la ley y siendo compradores de buena fe⁸⁰; los que les permite mantener la propiedad de ambos inmuebles aunque Manolo haya reaparecido tiempo después. Lo único que puede hacer éste es solicitar que su heredera le deposite el dinero correspondiente obtenido de los negocios jurídicos con los terceros.

80 Art. 34 Ley Hipotecaria: *“el tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho...”*.

6. Conclusiones finales.

Antes de finalizar el trabajo, hemos considerado oportuno dejar constancia de una serie de conclusiones divididas en cuatro apartados correspondientes a cada una de las cuestiones que se nos plantean en el supuesto de hecho.

En primer lugar, para examinar la validez y eficacia del matrimonio entre María y Marcial, hemos considerado imprescindible conocer las consecuencias de la presunta muerte de Manolo. No sabiendo el juez la realidad de los hechos, la hipótesis más real y defendible para lo ocurrido en 2007, es que aquél cayó accidentalmente al mar; por eso, entendimos que el acta judicial que estima la declaración de fallecimiento del desaparecido tuvo que emitirse en el plazo de tres meses desde que se hubieran dado a conocer las últimas noticias sobre el sujeto (art. 194.2 CC). Dicha resolución produjo los efectos correspondientes tanto en el ámbito patrimonial como en el personal. En cuanto al primero, se abrió la sucesión -con las debidas cautelas- y en cuanto al segundo, se disolvió el matrimonio -tanto civil como canónico- en base al artículo 85 CC, que así lo dispone literalmente.

La reaparición de Manolo, produciría consecuencias diferentes según la naturaleza del matrimonio. Si éste es civil, lo más razonable es seguir la doctrina mayoritaria y entender que el matrimonio queda disuelto basando este razonamiento en un pilar clave: el artículo 85 CC. La existencia de éste, la ausencia en nuestra legislación de algún precepto que indique lo contrario -es decir, que restablezca el matrimonio disuelto- y la imposibilidad de aplicar el artículo 197 CC por analogía, son las principales razones por las que es clara la solución al respecto. Además, esta interpretación es la más justa para el cónyuge viudo, puesto que se libera de un vínculo con una persona que nunca se sabrá con certeza si volverá. Con todo ello, Manolo no podría emprender ninguna acción legal, puesto que no es posible poner fin a una situación que no existe. Por el contrario, si estuviesen casados de forma religiosa, el Código Canónico estima que el matrimonio debe restablecerse. En este caso, Manolo para poder deshacer dicho vínculo tendrá dos opciones: la primera, solicitar el divorcio y lograr que se extingan solo los efectos civiles del enlace y, la segunda, suplicar ante los tribunales eclesiásticos la nulidad del matrimonio con María.

En cuanto a la validez y eficacia de la unión matrimonial entre María y Marcial, si ésta es por lo civil, lo más acertado es determinar que aquélla, en base al artículo 32 CE, podía celebrar nuevas nupcias con libertad absoluta, lo que fundamenta que este segundo matrimonio sea válido. No solo debemos basarnos en el mencionado artículo, sino también en el 46 CC, que limita el matrimonio si los futuros cónyuges estuviesen vinculados a un matrimonio anterior; circunstancia que no se cumple en nuestro supuesto, puesto que recordemos que el matrimonio entre María y Manolo había quedado disuelto. Si la celebración se hubiera llevado a cabo por el rito religioso, se estima que el segundo matrimonio debe ser declarado nulo, puesto que para la Iglesia, Manolo y María siguen estando casados.

En segundo lugar, se concluyó que las escuchas telefónicas hechas a María fueron válidas. A esta conclusión hemos llegado tras verificar que los hechos fortuitos que se conocen en el seno de una investigación basada en intervenciones telefónicas y que no tengan relación ni con la persona ni con el delito objeto de tal proceso, se tratan como "*notitia criminis*"; la cual, si reviste de notoria gravedad, el juez competente puede determinar el inicio de proceso judicial para su indagación. En ningún caso, aquélla tendrá validez como prueba en dicho procedimiento.

A continuación, se determinó que la acusación de asesinato que recayó sobre María no es la más adecuada al supuesto, ya que consideramos que no se cumplieron las circunstancias que exige

el legislador para que una muerte sea calificada como asesinato (art. 139 CP). En consecuencia, buscamos otra solución más apropiada y la adaptamos según el año en que produjera el enjuiciamiento de los hechos.

Si la investigación se hubiera producido en 2007, María debería haber sido acusada de un delito de homicidio doloso (art 138 CP), puesto que se dieron por probados la concurrencia de los elementos del tipo penal y el ánimo de matar al que era su cónyuge. Además, debe ser tratado como un delito consumado, puesto que en la fecha citada, el sujeto pasivo se consideró que había fallecido. A todo ello hay que sumarle la concurrencia de la atenuante de obcecación, puesto que determinamos que la autora estaba bajo un estado de ofuscación que le impidió actuar con total racionalidad.

En cambio, si los hechos fueran enjuiciados en 2014, María debería ser condenada por un delito de homicidio doloso en grado de tentativa; ya que el resultado que se pretendía, no se alcanzó por causas ajenas a la voluntad de la autora, lo que rebajaría la pena de prisión en uno o dos grados. Igualmente, en este nuevo escenario, corresponde aplicar la atenuante de obcecación por lo explicado anteriormente.

En tercer lugar, examinamos las escenas violentas que protagonizó Manolo contra su mujer y su hija. En relación a María, estimamos que estábamos ante un supuesto de violencia de género del 173.2 CP, al estar aquélla en una situación permanente de vejaciones físicas y psíquicas por parte de su marido, que ejercía sobre ella una dominación por el mero hecho de ser mujer. Además, el haber perpetuado la violencia física delante de la menor en al menos una ocasión, actúa como agravante descrita en el precepto citado.

A continuación, calificamos los sucesos violentos en particular, al probar que los bienes jurídicos entre la violencia de género y el delito de lesiones eran distintos, por tanto, no se infringiría el principio *ne bis in idem*.

Así, en relación a lo sucedido en enero y marzo de 2010, Manolo debería haber sido condenado por dos delitos del 153.1 CP, puesto que emprendió violencia contra María causándole a ésta lesiones leves. Pero el hecho de tener que calificar los delitos en el año en que nos encontramos -ante la falta de datos que nos indicasen cuando deberíamos enjuiciarlos- nos presentó el problema que aquéllas estarían prescritas; puesto que, según el artículo 131 CP, los delitos que tengan una pena de prisión menor a cinco años, prescriben en cuanto transcurran cinco años desde que se llevaron a cabo.

Por lo sucedido en 2012, Manolo sería autor de un delito de lesiones del 147.1 agravado por el 148.4º CP – al ser el sujeto pasivo su cónyuge – por haber causado a María lesiones que precisaron de intervención quirúrgica. En cuanto a las marcas en la cara, éstas se han considerado deformidad del artículo 150 CP, al producir irregularidad física, ser visibles y permanentes. El hecho de no aplicar el artículo 149 CP es porque las cicatrices no son suficientemente graves, puesto que no perjudican la actividad funcional del rostro.

Por lo ocurrido en 2013, Marcial debe ser castigado por un delito de lesiones del 147 agravado por el 148.4º CP. Interpretamos que hay nexo causal entre los puñetazos y el ataque de ansiedad que origina el ataque de corazón, cumpliéndose el requisito de que la víctima necesitase tratamiento médico para su curación. Este último suceso se perpetuó estando Manolo bajo los efectos de las drogas y el alcohol que anulan -aunque sea mínimamente- los elementos intelectivos y volitivos del sujeto. Por tanto, sí entendimos que era apropiado aplicar la atenuante analógica del

artículo 21.7º en relación con el apartado segundo de dicho artículo. En cuanto al hecho de haber entrado voluntariamente en un centro de rehabilitación, no lo hemos considerado como atenuante de reparación del daño, puesto que es un acto beneficioso para él mismo; pero que en ningún caso va a compensar el daño causado a la víctima.

En relación a la orden de alejamiento, determinamos que estábamos ante una medida cautelar del artículo 544 TER LECrim, al no haber recaído todavía sentencia condenatoria sobre Marcial. La medida de seguridad prohibía al agresor acercarse a su víctima y, aunque ella diera su consentimiento de volver a la convivencia, aquél era conocedor de tal prohibición y debería haberlo evitado. Por todo ello, Marcial cometió un delito de quebrantamiento de medida cautelar del 468.2 CP. Por su parte, María no asumiría ninguna responsabilidad penal, puesto que con la imposición de la orden de alejamiento no asume ninguna obligación al respecto.

En cuarto y último lugar, buscamos una solución respecto a los bienes que se incluyeron en el caudal hereditario y que Manolo quiso recuperar cuando reapareció. Para ello, estudiamos el papel que jugó María en la sucesión, llegando a la solución de que aquélla era la heredera universal de todo el patrimonio de su cónyuge. Por tanto, recibiría los bienes inmuebles y el 100% del dinero que estaba ingresado en la cuenta bancaria, convirtiéndose en la única propietaria de ellos. Abalada por su condición, estaría legitimada para emprender cualquier negocio jurídico de carácter oneroso, incluyendo la compraventa. Por ello, las ventas de los pisos a Eustaquio y Miriam fueron totalmente legales.

El legislador, a través del 197 CC, quiso respetar la presunción *iuris tantum* de la declaración de fallecimiento y proteger la figura del presuntamente muerto. Por ello, cuando Manolo reaparece en 2014, éste no se halla totalmente desamparado en relación a los bienes que fueron incluidos la sucesión. De este modo, mediante la acción de recobro de bienes, podía reclamar a María que le entregase el precio total que recibió por el piso de A Coruña -puesto que estaba en régimen privativo antes de su desaparición- y la proporción que corresponda por lo que hubiera recibido por el piso que tenían en común. En ningún caso la ley ampara a Manolo a reclamar la propiedad de los pisos a los terceros compradores, puesto que la operación jurídica fue totalmente válida en su momento y, aquéllos, se presume que actuaron de buena fe.

Por lo que respecta a la cuenta bancaria, llegamos a la conclusión de que Manolo volvería a ser cotitular de la cuenta bancaria que compartía con su cónyuge, pero de ninguna forma podría reclamar a María que le devolviese el dinero que hubiera gastado, puesto que aquélla era la propietaria legítima de tales cantidades y podía disponer de ellas libremente y sin restricciones. Además, el artículo 147 CC es claro al determinar que “*bienes sean devueltos en el estado en que se encuentren*”, sin estimar ninguna acción concreta para este tipo de supuestos.

7. Bibliografía.

- BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO R/ VALLADARES RASCÓN E./ DÍEZ GARCÍA, H., *“Manual de introducción al derecho. Introducción al derecho civil patrimonial”*, Bercal, Madrid, 2006.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.); *“Comentarios al Código Civil”*, Aranzadi, Navarra, 2009.
- CLIMENT DURÁN, C., *“La prueba penal. Tomo II”*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A., *“Sistema de Derecho Civil. Volumen I”*, Tecnos, Madrid, 2012.
- FORNÉS, J., *“Derecho matrimonial canónico”*, Tecnos, Madrid, 2008.
- FUENTES, F./ CERVILLA, D., *“Mujer, violencia y derecho”*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006.
- GANZENMÜLLER, C./ ESCUDERO, F.J./ FRGIOLA, J., *“Homicidio y asesinato”*, Bosch, Barcelona 1996.
- GUINEA FERNÁNDEZ, D.R.: *“La declaración de fallecimiento en el derecho español”*, La ley, Madrid, 2011.
- IGLESIAS CANLE, I.C. (Coord.)/ LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., *“Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *“Derecho de familia. Principios de derecho civil VI”*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *“Parte general y derecho de la persona. Principios de derecho civil I”*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- LÓPEZ ALCORCÓN, M./ NAVARRO-VALLS, R., *“Curso de derecho matrimonial canónico y concordado”*, Tecnos, Madrid, 2001.
- LÓPEZ-BARAJAS, PEREA, I., *“La intervención de las comunicaciones electrónicas”*, La Ley, Madrid, 2011.
- LÓPEZ DE QUIRÓGA, J. *“Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida”*, Akal, Madrid, 1985.
- MATA LLÍN EVANGELIO, A., *“La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- MATUD AZNAR, M.P., *“Violencia de género”*, Publicaciones de Universidad Jaime I, Barcelona, 2009.

- MUÑOZ CONDE, F., *“Derecho penal. Parte especial”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CUESTA, J. (Coord.); *“Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995”*, Aranzadi, Navarra, 1997.
- SÁNCHEZ CALERO, J.F, (Coord.); *“Curso de derecho civil IV. Derecho de familia y sucesiones”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord); *“Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial”*, Thomson Civitas, Navarra, 2006.
- ZUGALDÍA ESPINAR, M.J. (Coord.)/ DE ESPINOSA CEBALLOS E.B., *“Derecho penal, parte especial. Tomo I. Delitos contra las personas”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

8. Jurisprudencia.

- Resoluciones del TC

- STC (Sala 1ª) de 13 de mayo de 1983.
- STC 114/1984 (Sala 1ª) de 29 de noviembre de 1984.
- STC 49/1999 (Sala 2ª) de 5 de marzo.
- STC 49/1999 (Sala 1ª) de 5 de abril.
- STC 166/1999 (Sala 1ª) de 27 de Septiembre.
- ATC 233/2004 (Sala 1ª) de 14 de febrero.
- STC 59/2008 (Sala 2ª) de 18 de noviembre.

- Resoluciones del TS

- STS 2414/1996 (Sala de lo Penal) de 20 de diciembre.
- STS 1070/1997 (Sala de lo Penal) de 21 de Julio.
- STS 692/1997 (Sala de lo Penal) de 7 de noviembre.
- STS 102/1998 (Sala de lo Penal) de 3 de febrero.
- STS 467/1998 (Sala de lo Penal) de 3 de abril.
- STS 1018/1999 (Sala de lo Penal) de 30 de septiembre.
- STS 588/2002 (Sala de lo Penal) de 4 de Abril.
- STS 1128/2002 (Sala de lo Penal) de 14 de junio.
- STS 1650/2002 (Sala de lo Penal) de 10 de octubre.

- STS 1820/2002 (Sala de lo Penal) de 30 octubre.
- STS 69/2003 (Sala de lo Penal) de 3 de marzo.
- STS 544/2003 (Sala de lo Penal) de 25 de abril.
- STS 320/2005 (Sala de lo Penal) 10 de marzo.
- STS 150/2006 (Sala de lo Penal) de 16 febrero.
- STS 440/2006(Sala de lo Penal) de 7 de abril.
- STS 58/2008 (Sala de lo Penal) de 25 de enero.
- STS 39/2009 (Sala de lo Penal) de 29 de enero.
- STS 172/2009 (Sala de lo Penal) de 24 de febrero.
- STS 349/2009 (Sala de lo Penal)de 30 de marzo.
- STS (Sala de lo Penal) de 21 de mayo de 2009.
- STS 856/2014 (Sala de lo Penal) de 26 de diciembre.
- STS 457/2010 (Sala de lo Penal) de 25 mayo.
- STS 407/2010 (Sala de lo Civil) de 18 de junio.
- STS 940/2011 (Sala de lo Penal) de 27 de septiembre.
- STS 60/2012 (Sala de lo Penal) de 8 de febrero.
- ATS 414/2013 (Sala de lo Penal) de 14 de febrero.
- STS 291/2013 (Sala de lo Penal) de 14 de marzo.
- STS 870/2014 (Sala de lo Penal) de 10 de marzo.
- STS 669/2016 (Sala de lo Penal) de 3 de febrero.

- **Resoluciones del TSJ**
- STSJ Castilla- La Mancha 1352/2006 (Sala de lo Social) de 7 septiembre.

- **Resoluciones de la AP**

- SAP de Sevilla 188/2005 (Sección 4ª) de 19 de abril.
- SAP de Barcelona (Sección 20ª) de 4 de febrero de 2009.
- SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 23 de mayo de 2010.
- SAP de Pontevedra (Sección 2ª) de 10 de mayo de 2011.
- SAP de Segovia 48/2011 (Sección 1ª) de 1 de septiembre.
- SAP de Cádiz 344/2012 (Sección 8ª) de 7 de mayo.

9. Legislación

- Código Civil de España 1989.
- Código Penal de España 1995.
- Ley de Enjuiciamiento Civil 1981.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal 1882.
- Ley Hipotecaria de España de 1946.

10. Revistas jurídicas y páginas web.

- CRISTÓBAL LUENGO, H.J., “*el concepto de habitualidad en la violencia doméstica: análisis del art. 173.2 del Código Penal Español*”, en Revista electrónica de Derecho y Cambio Social, nº36, abril, 2014.
http://www.derechocambiosocial.com/revista036/EL_CONCEPTO_DE_HABITUALIDAD_EN_LA_VIOLENCIA_DOMESTICA
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “*La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*”, en: Revista Española de Derecho Constitucional, año 7, nº20, 1987.
<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas>
- MAQUEDA ABREU, M.L., “*La violencia de género: entre concepto jurídico y realidad social*”, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº8, febrero, 2006.
<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “*La responsabilidad penal del drogodependiente*”, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 16, marzo, 2014.
<http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-03.pdf>.
- RAMÓN RIBAS, E., “*El homicidio preterintencional*”, en Revista electrónica de Derecho Penal y Criminología, nº3, enero, 2010.
<http://www.e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2010-3-5040/Documento>.
- SERRANO GONZÁLEZ-MURILLO, J.L., “*La tentativa de homicidio con consumación de lesiones*”, en Revista electrónica de Derecho Penal, nº 24, julio 2009.
<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/408/398>.

- <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Inicio.aspx>
- <http://www.rae.es/>
- <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/>
- <http://www.laleydigital.laley.es/>

11. ANEXOS.

- Anexo 1: escrito solicitando la declaración de fallecimiento.

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE _____

D. _____, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho DIGO:
Que por medio del presente escrito promuevo expediente de jurisdicción voluntaria para la declaración de fallecimiento de _____, en base a los siguientes hechos y consideraciones jurídicas:

1.^a) Que D. _____ se encontraba en _____ (se expresarán las circunstancias concurrentes según los supuestos de los artículos 193 y 194 del Código Civil, aportándose las pruebas conducentes a justificar los requisitos exigidos) _____, sin haberse tenido desde entonces noticias suyas.

2.^a) Que el solicitante tiene interés en la declaración de fallecimiento por ser _____ (cónyuge, heredero, acreedor, etc.) _____ como se acredita con la documentación que se acompaña.

3.^a) Que el desaparecido tenía en _____ su último domicilio y nació en _____ en cuyo Registro Civil está inscrito en el libro _____, tomo _____, folio _____, como se acredita con la correspondiente certificación del Registro y certificado de empadronamiento que se adjuntan.

4.^a) Que es competente el Juzgado al que me dirijo, conforme al artículo 63, regla 24.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por todo lo expuesto, al amparo del artículo 193 y siguientes del Código Civil y de los artículos 2042 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

SUPLICO AL JUZGADO. Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que lo acompañan, y por promovido expediente de jurisdicción voluntaria, previa la oportuna publicación de edictos y la práctica de información testifical que ofrezco y las demás pruebas procedentes, oído el Ministerio Fiscal, se dicte auto declarando el fallecimiento de _____, expresando en el mismo la fecha en que se entienda sucedida la muerte.

Es de Justicia que pido en _____, a _____ de _____ de _____

Firma del Abogado y del solicitante

Anexo 2: acta acordando la intervención telefónica.

En _____ a _____ de _____ de _____.

HECHOS

UNICO.- El presente procedimiento se inició en este Juzgado por presunto delito de _____, habiéndose solicitado por la Brigada _____ de la Policía Judicial la intervención del teléfono número _____ del que es titular _____ al tener fundadas sospechas de que _____.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Constitución Española garantiza el secreto de las comunicaciones en su artículo 18.3 (LA LEY 2500/1978), pero la intervención telefónica puede acordarse mediante resolución judicial.

SEGUNDO.- Con fecha _____ se presentó solicitud por la policía judicial interesando la medida de intervención telefónica de _____ con número de teléfono _____ reuniendo los requisitos contemplados en el art. 588 bis b) LECrim (LA LEY 1/1882) (según redacción dada por LO 13/2015, de 5 de octubre (LA LEY 15163/2015), de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica).

Examinada la petición y oído el Ministerio Fiscal, se dicta la presente resolución dentro del plazo de 24 horas desde la solicitud.

Conforme a lo previsto en el art.588 bis c) 3 LECrim (LA LEY 1/1882)se indica que:

a) El hecho punible objeto de investigación es _____ y su calificación jurídica la de _____ del art. _____ del CP, concurriendo los siguientes indicios racionales en los que se funda la medida _____

b) La identidad del investigado es _____

c) La extensión de la medida de injerencia se centra en _____ con el cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a. de la LECrim (LA LEY 1/1882) siguientes _____

d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención será _____

e) La duración de la medida es de dos meses.

f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida será la siguiente _____ en base al artículo 588 bis g LECrim (LA LEY 1/1882).

g) La finalidad perseguida con la medida es la de _____ .

h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida es la unidad policial _____ .a quien se recuerda el deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

En base al art. 588 ter a) LECrim (LA LEY 1/1882) la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas puede ser concedida, ya que la investigación tiene por objeto alguno de los delitos a que se refiere el artículo 579.1 de la LECrim (LA LEY 1/1882) y en concreto _____ .

En base al artículo 588 ter d LECrim (LA LEY 1/1882), la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica es la siguiente _____ .

Por todo ello, y visto que la solicitud policial reúne los requisitos del art. 588 bis a) LECrim (LA LEY 1/1882), sobre todo los recogidos en el apartado 4º y teniendo en cuenta la índole del delito objeto de investigación, y los datos que constan en la solicitud policial, conforme al art. 588 bis a) y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882), al aparecer indicios de que con la intervención solicitada de las comunicaciones telefónicas del investigado se puede obtener el descubrimiento o la comprobación de _____ , procede acordar la misma, en los términos y circunstancias ya expuestas.

PARTE DISPOSITIVA

SE AUTORIZA A LA POLICÍA JUDICIAL LA INTERVENCIÓN Y ESCUCHA del teléfono número _____ de esta ciudad del que es titular _____ , por plazo no superior a _____ , lo que se participará a este Juzgado, con remisión de las cintas magnetofónicas cada _____ días, así como la transcripción literal de lo grabado durante las veinticuatro horas de cada día. Esta medida quedará sin efecto desde el momento en que se cumplan los fines para los cuales se solicita.

Particípese a la Delegación de la Telefónica de esta ciudad, librándose los correspondientes despachos.

Hágase saber a la Policía Judicial que si en el transcurso de la intervención apareciesen hechos delictivos no relacionados con los que se pretenden averiguar mediante la intervención y escucha, se ponga en conocimiento de este Juzgado a los efectos procedentes.

La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta conforme al art. 588 bis d) Lecrim para lo cual incóese la pieza separada.

Póngase este auto en conocimiento del Ministerio Fiscal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra este auto cabe interponer recurso de(recurso que proceda dependiendo del proceso en el que se dicte el presente auto).....ante.....en el plazo de.....

Lo acuerda, manda y firma el Ilmo. Sr:

Magistrado-Juez de Instrucción de _____ .

Firma del Magistrado-Juez

Anexo 3: Auto dictando una orden de protección para una víctima de la violencia de género.

En _____ , a _____ de _____ de _____

HECHOS

PRIMERO.-Por D/D^a. _____ , presentó denuncia ante este Juzgado(o a través de los servicios o sociales o instituciones ‘ad hoc’), señalando que era víctima de violencia de género, lo que acreditaba mediante _____ , (partes médicos, fotocopias de otras denuncias o sentencias anteriores, ofreciendo el testimonio de algunos parientes próximos o vecinos, etc.)

SEGUNDO.- Convocada la correspondiente audiencia (de forma independiente, o simultánea a la del art. 505 LECrim (LA LEY 1/1882) o a la del artículo 798 (LA LEY 1/1882) cuando se trate de juicios rápidos) evitando la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de su familia, fueron oídos la víctima y, en su caso, su representante legal y su Letrado, el Ministerio Fiscal, y el supuesto agresor y su Letrado, haciendo todos ellos las manifestaciones que consideraron oportunas que quedaron reflejadas en el acta (o en la cinta grabada), llevándose a cabo igualmente las pruebas que ofrecieron para practicarse en el acto.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Los hechos denunciados se consideran verosímiles y han resultado acreditados de la siguiente forma _____ , (realizar una sucinta valoración de las manifestaciones y, en su caso de las demás pruebas practicadas en la audiencia citada) Tales hechos, indiciariamente podrían integrar un delito de _____ , (contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual o libertad y seguridad, contra alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP (LA LEY 3996/1995))

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 13 (LA LEY 1/1882) y 544 ter LECrim (LA LEY 1/1882), se considera necesario adoptar una serie de medidas cautelares penales que eviten en lo posible que D/D^a y sus parientes más próximos corran peligro, y por otra parte, dado que la víctima no ha interesado todavía medidas civiles o sociales, también se deben adoptar algunas de esta naturaleza, por un plazo perentorio, mientras que el interesado inste las que estime pertinentes ante dicha jurisdicción.

En su virtud,

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda:

1º.- Expulsar de forma inmediata del domicilio familiar, sito en _____ , a D/D^a _____ , mientras se tramita la presente causa y por un plazo máximo de _____ años, o en tanto se adopte decisión al respecto del uso de dicha vivienda por otro Juzgado o Tribunal.

2º.- Prohibir que D/D^a _____ , se acerque a una distancia inferior de _____ metros a D^a/D _____ , y a sus hijos, padres, hermanos y

actual pareja, etc., así como que se comunique con ellos por cualquier medio o procedimiento. Con advertencia de que si incumple las medidas cautelares citadas se decretará, sin más, su ingreso en prisión.

3º.- Se acuerda provisionalmente, por plazo de _____ días, con prórroga de otros _____ días una vez presentada la correspondiente demanda ante la Jurisdicción Civil, la guardia y custodia de los hijos menores D/Dª _____, y D/Dª _____, a favor de D/Dª _____, estableciéndose en su caso un régimen de visitas consistente en _____, a favor del otro progenitor; así como una pensión alimenticia de _____ euros a favor de cada uno de los menores, pagadera por anticipado mediante ingreso en la cuenta abierta en _____, a nombre de _____. Y una pensión compensatoria de _____ euros a favor de D/Dª _____, pagadera también por meses anticipados y que deberá ingresarse por D/Dª _____ en la cuenta citada.

4º.- Inscríbese la presente Orden en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género, enviándose a dicho Registro la correspondiente nota o, en su caso, testimonio de la presente Resolución.

Notifíquese este Auto personalmente al agresor haciéndole las advertencias precisas para el caso de incumplimiento de las medidas cautelares penales acordadas. Comuníquese también personalmente a la víctima, entregándole testimonio, y a los demás interesados mediante copia simple; así como a las unidades de la Policía Nacional, Policía Local y Guardia Civil más próximas al domicilio de la víctima y sus allegados para que presten la vigilancia que sea precisa, y hagan cumplir esta Orden de Protección. Y notifíquese al Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra este auto cabe interponer recurso de(recurso que proceda dependiendo del proceso en el que se dicte el presente auto).....ante.....en el plazo de.....

Lo acuerda, manda y firma el Ilmo. Sr: _____

Juez de Instrucción de _____

Firma del Juez: _____