

# **VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VENTA DE COSA AJENA**

---

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Pablo Rodríguez Pérez

Grado en Derecho

Curso 2015-2016

Tutor: Dr. José Manuel Calderón Carrero

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>3</b>
<b>ANTECEDENTES DE HECHO .....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>6</b>
<b>1. VALIDEZ Y EFICACIA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.....</b>	<b>6</b>
1.1 ASPECTOS GENERALES.	6
1.1.2 Análisis de la validez y eficacia jurídica del matrimonio .....	6
1.2 FIGURAS DE INEFICACIA DEL MATRIMONIO. ACCIONES LEGALES CONTRA EL MATRIMONIO ENTRE MARÍA Y MARCIAL.	10
1.2.1 La nulidad, separación y disolución del matrimonio. ....	10
1.2.2 La disolución del matrimonio: La Declaración de fallecimiento y sus efectos jurídicos sobre el matrimonio .....	10
1.2.3 Reparación del declarado fallecido y sus efectos jurídicos sobre el matrimonio. .	11
1.3 CONCLUSIONES	12
<b>2. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO PLANTEADO, ASÍ COMO VALIDEZ DE LOS MEDIOS LEGALES EXISTENTES PARA LA INVESTIGACIÓN Y ESCLARECIMIENTO DE LOS MISMOS. ....</b>	<b>12</b>
2.1 PLANTEAMIENTO.	12
2.1.2 ¿Qué se entiende por delito y que actos son constitutivos de delito? .....	12
2.2 ¿SON LOS HECHOS COMETIDOS POR MARÍA CONSTITUTIVOS DE DELITO?	13
2.2.1 Aspectos generales del delito planteado. ....	13
2.3 EL HOMICIDIO Y SUS FORMAS.	13
2.3.1 El homicidio doloso: los distintos tipos de dolo. ....	14
2.3.2 El homicidio imprudente: incompatibilidad con la tentativa. ....	14
2.3.3 El asesinato y sus formas. ....	14
2.4 CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DELITO PLANTEADO.	15
2.4.1 Argumentos en contra de la calificación del hecho como de asesinato. ....	15
2.4.2 La forma de aparición del delito: Iter criminis. ....	16
2.4.3 Circunstancias modificativas de la responsabilidad: La obcecación. ....	18
2.4.4 La posibilidad de concurso. ....	18
2.5 VALIDEZ Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS.	19
2.5.1 Regulación legal de las intervenciones telefónicas.....	19
2.5.2 Principios y requisitos que rigen las intervenciones telefónicas.....	20
2.5.3 Los encuentros casuales.....	23
2.6 CONCLUSIONES.	25
<b>3. LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA Y SUS CORRESPONDIENTES CONSECUENCIAS JURÍDICAS. ....</b>	<b>26</b>
3.1 ANÁLISIS Y CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL COMPORTAMIENTO DE MARCIAL.	26
3.1.1 Primera acción: lesión causada a María en enero de 2010. ....	27
3.1.2 Segunda acción: lesiones a María en marzo de 2010. ....	28
3.1.3 Tercera acción: lesiones ocasionadas a María en septiembre de 2012. ....	29
3.1.4 Cuarta acción: lesiones ocasionadas a María el 12 de octubre de 2013. ....	30
3.1.5 Quinta acción: lesiones ocasionadas a Elisa el 12 de octubre de 2013.....	31

3.2 LA VIOLENCIA HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR.	31
3.3 ANÁLISIS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE ALEJAMIENTO.	33
3.3.1 La orden de alejamiento y la orden de protección de víctimas.....	33
3.3.2 El delito de quebrantamiento de condena. ....	34
3.4 CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL COMPORTAMIENTO DE MARCIAL.	35
3.4.1 Circunstancias agravantes. ....	35
3.4.2 Circunstancias eximentes y atenuantes. ....	36
3.5 LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LA 1º Y 2º ACCIÓN: LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO.	37
3.6 CONCURSO ENTRE LOS ACTOS CONCRETOS DE VIOLENCIA Y LA VIOLENCIA HABITUAL.	38
3.7 CONCLUSIONES: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEFINITIVAS.	38
<b>4. LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LA REPARACIÓN DEL DECLARADO FALLECIDO.....</b>	<b>40</b>
4.1 ASPECTOS GENERALES DE LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO.	40
4.2 LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO A RAÍZ DE LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO Y SUS EFECTOS.	40
4.2.1 Régimen económico del matrimonio entre Manolo y María. ....	41
4.2.3 La sociedad de gananciales y su posterior liquidación. ....	41
4.3 LA SUCESIÓN DERIVADA DE LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO Y SUS EFECTOS.	42
4.3.1 Aspectos generales de la sucesión. ....	42
4.3.2 La sucesión intestada y el fenómeno sucesorio de Manolo. ....	44
4.3.3 La capacidad para suceder: La indignidad. ....	44
4.3.4 Las fases del fenómeno sucesorio. ....	45
4.4 LA REVOCACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO Y SUS EFECTOS.	45
4.4.1 Situación anterior a la reparación de Manolo: bienes que puede reclamar. ....	46
4.4.2 Limitaciones de la sucesión derivada de la declaración de fallecimiento. ....	46
4.4.3 Naturaleza de la acción de recobro del art. 197 del Cc.....	46
4.5 LA ACCIÓN DE RECOBRO DEL REAPARECIDO PARA RECUPERAR SU PATRIMONIO.	47
4.5.1 Contenido de la acción de recobro. ....	47
4.5.2 Derechos de Manolo en relación a la cuenta bancaria. ....	47
4.5.3 Derechos de Manolo en relación a los inmuebles.....	48
4.6 CONCLUSIONES.	49
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>51</b>
<b>APÉNDICE JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>52</b>

## **ABREVIATURAS**

Art.:	Artículo
AAP:	Auto de la Audiencia Provincial
ATS:	Auto del Tribunal Supremo
Cc.:	Código Civil
CE:	Constitución Española
CP:	Código Penal
LECrim:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH:	Ley Hipotecaria
LO:	Ley Orgánica
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
RD:	Real Decreto
RRC:	Reglamento del Registro Mercantil
SAP:	Sentencia Audiencia Provincial.
ss.:	siguientes
STC:	Sentencia Tribunal Constitucional
STEDH:	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TC:	Tribunal Constitucional
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS:	Tribunal Supremo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VENTA DE COSA AJENA**

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

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

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

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

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

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

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

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

## INTRODUCCIÓN

A modo de comienzo es necesario mencionar que, el estudio y valoración del caso, se realiza como si hubiere sido analizado jurídicamente en el periodo inmediatamente posterior a la verificación de los actos de los cuales emanan consecuencias jurídicas relevantes. Se indicará a pie de página la modificación que va a aplicarse de aquellos artículos a los que les corresponda una redacción en la actualidad diferente a la vigente al tiempo de los hechos.

A lo largo de este trabajo se procederá a analizar todas aquellas cuestiones jurídicas planteadas en el supuesto de hecho, por orden cronológico, acaecidas desde el 30 de junio de 2007 hasta el de 3 de enero de 2014. El punto de partida será la determinación de la validez y eficacia jurídica del nuevo matrimonio entre Marcial y María. Se debe analizar si es necesario por parte de Manolo emprender acciones legales para terminar con su matrimonio con María, para lo cual se realizará un estudio de los efectos de la declaración de fallecimiento y su posterior revocación. Continuando con los hechos, se calificará el presunto delito cometido por María frente a Manolo en el barco indicando sus características. En este sentido, se analizará si las escuchas realizadas respecto a María son válidas jurídicamente teniendo en cuenta que la intervención telefónica tiene como destinatario a Marcial y como objeto tiene la investigación de un presunto delito contra la salud pública. Una vez estudiada la validez del matrimonio entre María y Marcial, se podrán determinar con exactitud las consecuencias jurídicas del comportamiento violento de Marcial, teniendo en cuenta cada uno de los actos concretos y a las personas contra las que se dirige. Por último, se desarrollarán las acciones legales que puede emprender Manolo para recuperar su patrimonio con motivo de su reaparición, teniendo en cuenta los efectos provocados por la declaración de fallecimiento y la venta de algunos de los bienes a terceros por parte de María. En definitiva, es necesario indicar que la mayoría de los hechos se encuentran estrechamente relacionados, por lo que para la resolución de cada cuestión se hará continua referencia, a lo largo del transcurso del trabajo, a las conclusiones a las que se ha llegado previamente.

### 1. Validez y eficacia jurídica del matrimonio.

#### 1.1 Aspectos generales.

El matrimonio aparece regulado en el derecho civil español en art. 42 y ss. del Código civil. Es de gran importancia la reforma hecha por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Sin embargo, en el Cc no se contiene definición alguna acerca del matrimonio, pues esta se trata de una institución de amplia implantación social y de origen muy remoto. En términos generales <sup>1</sup>se define como la unión estable entre dos personas, concertada entre ellos de acuerdo con determinadas formalidades previstas por la ley. Como negocio jurídico bilateral presenta determinadas especialidades que se expondrán detalladamente para responder a la cuestión planteada.

#### 1.1.2 Análisis de la validez y eficacia jurídica del matrimonio

A continuación, desarrollaremos los aspectos generales del matrimonio y los aplicaremos al caso concreto, el matrimonio entre Marcial y María.

En el presente caso nos hallamos con un primer matrimonio entre Manolo y María, con fecha inicial de 26 de marzo de 1996. El primer aspecto a tener en cuenta es la necesidad de que exista aptitud matrimonial. 1) Dentro de esta, nos encontramos con un primer requisito, que

---

<sup>1</sup>. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (COORD.), en *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, BERCAL, Madrid, 2011, pág. 39

es la edad núbil, recogido en el art. 46. 1.º del Cc, que establece en sentido negativo que no podrán contraer matrimonio los menores no emancipados. La emancipación, en virtud de los art. 317 y ss del Cc, no puede establecerse antes de los dieciséis años. No obstante, existe la posibilidad de dispensa de este requisito de edad por parte del juez de primera instancia, cuando el menor que pretenda casarse haya cumplido catorce años, en virtud del art. 48<sup>2</sup> del Cc. Se admite por tanto la posibilidad de contraer matrimonio a los menores de edad que se encuentren entre los 14 y los dieciocho años. En el caso del matrimonio entre María y Manolo, con inicio en el año 1996, en aquel momento el único en cumplir el requisito de la mayoría de edad era Manolo, por lo que María debe cumplir, o bien el haber sido emancipada, pues en aquel tiempo tenía 17 años, o bien que el juez dispensase el requisito de edad en virtud del art. 48 del Cc. En el caso del segundo matrimonio, María ya cumple el requisito de mayoría de edad, por lo que no tendrá necesidad de recurrir a otras vías como anteriormente citamos 2) Como segundo aspecto a tener en cuenta es el de la existencia de anomalías psíquicas en alguno de los contrayentes. Como reza el art. 56 del Cc “se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento” al tiempo de realizar el expediente matrimonial. 3) En tercer lugar nos encontramos ante la necesidad de libertad de los contrayentes, es decir, que estos no se encuentran ya ligados o vinculados por un matrimonio anterior y todavía subsistente. Al respecto reza el art. 46.2 del Cc al indicar que “*no pueden contraer matrimonio [...] los que estén ligados con vínculo matrimonial*”. En nuestra cultura, por tanto, el principio de monogamia es el que se impone. Esta condición se cumple en el primer matrimonio, sin embargo, ante la reaparición de Manolo, se cuestiona la validez o existencia de este requisito en el caso del segundo matrimonio entre María y Marcial, por lo que más adelante desarrollaremos esta cuestión detalladamente para determinar la validez jurídica de tal matrimonio. De cumplir estos requisitos mencionados hasta ahora se entiende que los contrayentes gozan de aptitud matrimonial. A continuación, citaremos el resto de requisitos o condiciones necesarios para considerar que un matrimonio es válido y efectivo a efectos jurídicos.

La aptitud matrimonial no es suficiente para poder contraer matrimonio, sino que además de esta es necesario no entrar en ninguno de los supuestos recogidos en el art. 47<sup>3</sup> del Cc referido a las prohibiciones matrimoniales, que impiden que contraer matrimonio entre sí en los siguientes casos: 1) los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. 2) los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y por ultimo 3) los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos. Estos impedimentos, cabe resaltar como antes se indicó, surten efectos solo entre personas contrayentes que estén vinculadas por alguna de estas circunstancias citadas en el artículo y no con carácter general. Por lo cual, tanto Marcial como María no pueden estar vinculados por alguno de estas circunstancias. Sin embargo, estas circunstancias pueden ser objeto de dispensa a instancia de parte, por parte del juez y con ciertos límites por lo que aun existirían posibilidades para los contrayentes. Una vez cumplidos los requisitos de aptitud matrimonial y la inexistencia de algún supuesto de prohibición matrimonial, es el préstamo del consentimiento el siguiente paso para dotar al matrimonio de validez jurídica.

El consentimiento, como se indica en el art. 45.1 del Cc, es requisito fundamental para la celebración del matrimonio. Este ha de ser incondicional, sin mediar ninguna condición, término o modo, que en virtud del art. 45.2 del Cc se tendrá por no puesta. El consentimiento ha de carecer de vicios, como los que cita el art. 73 Cc en sus apartados 4º “*que puede estar viciado si está afectado por error en la identidad o cualidades de la persona*” o 5º “*viciado*

---

<sup>2</sup> En este caso será de aplicación la Modificación publicada el 20/07/1981, en vigor a partir del 09/08/1981.

<sup>3</sup> En este caso será de aplicación la Modificación publicada el 20/07/1981, en vigor a partir del 09/08/1981



*por existir coacción o miedo grave*”. No podría concurrir ningún vicio en el consentimiento ni por parte de Marcial ni por parte de María, y este consentimiento deberá ser pleno.

Una vez expuestos los requisitos de fondo, continuaremos con los requisitos o condiciones de forma, tales como el expediente matrimonial, la celebración y la inscripción, por ese orden, que deberán cumplirse para que se considere válido el matrimonio entre Marcial y María. El expediente matrimonial, tal como expresa el Cc en su art. 56, recoge si los contrayentes cuentan con aptitud matrimonial y sirve al juez para verificar la concurrencia de tales condiciones para la oportuna celebración del matrimonio. En los municipios de menos de 25.000 habitantes puede substituirse este trámite por el de edictos o proclamas, en virtud del art.243 del RRC. Por lo tanto, es válido que María y Marcial utilizasen alguna de estas opciones. Una vez cumplimentado el expediente, el siguiente paso es la celebración.

Existen varias formas de celebración admitidas bajo derecho, las más frecuentes o utilizadas son el matrimonio Civil y el matrimonio en forma religiosa. Además de estas formas existen otras en la que las reglas generales referidas a la forma del matrimonio resultan omitidas por tratarse de situaciones especiales, estos son el matrimonio por poder recogido en el art. 55 del Cc, el matrimonio en peligro de muerte recogido en el art.52 del Cc y finalmente, el matrimonio secreto recogido en el art.54 del Cc. Centraremos el análisis del Matrimonio entre María y Marcial en base al matrimonio en forma civil y al matrimonio en forma religiosa por ser estos los supuestos normales o frecuentes. La Celebración del matrimonio civil comienza con la determinación de quien es el competente para autorizar el matrimonio, en lo que a esto responde el art 51 del Cc indicando que será competente: “1.º el Juez encargado del registro Civil y el Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o el concejal en quien delegue. 2.º en los municipios en los que no resida dicho juez, el delegado designado reglamentariamente. 3.º el funcionario diplomático o consular encargado del Registro civil en el extranjero.”. Así mismo es importante mencionar el lugar de celebración que corresponde, circunstancia expresada por el art.57 del Cc en su párrafo primero “*El matrimonio deberá celebrarse ante el Juez, Alcalde o funcionario correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes y dos testigos mayores de edad*”. Además, en virtud del párrafo segundo del art.57, “*el consentimiento podrá prestarse, por delegación del instructor del expediente, ya sea a instancia de parte o de oficio, ante Juez, Alcalde o Funcionario de otra población distinta*”. Finalmente, en el art 58 se expresan las solemnidades o formula matrimonial tras la cual el competente para autorizar el matrimonio requerirá el consentimiento de los contrayentes y posteriormente, de obtenerlo, constatará la relación matrimonial y realizará la práctica de la inscripción o cumplimentación del acta correspondiente. Por otro lado, nos encontramos con el matrimonio en forma religiosa. El art.16.3 CE menciona el principio de confesionalidad o laicidad del estado. Sin embargo y en virtud de este mismo artículo “*Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones*”. En lo referente al matrimonio religioso se cita en el art.49.2 del Cc la posibilidad de la válida celebración del matrimonio en “*la forma religiosa legalmente prevista*”. Por ello es que se otorga efectos civiles a tales matrimonios, dada la importancia y arraigo que estos tienen en la sociedad, con el matrimonio canónico como el más frecuente entre los matrimonios religiosos. Continua el desarrollo del matrimonio religioso el art.59 del Cc indicando que el consentimiento matrimonial, en caso de ser en forma religiosa, solo podrá prestarse si se trata de una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados por el estado o autorizados por la legislación del mismo. En términos de legislación nos encontramos en este aspecto con el acuerdo entre el estado español y la Santa Sede de 1979, que autoriza el matrimonio en forma canónica a efectos civiles, así como las posteriores leyes 24, 25, y 26/1992, de 10 de noviembre, por las cuales

se brinda eficacia civil a los matrimonios evangélicos, israelitas e islámicos, por ese orden. Finalmente, una vez celebrado el matrimonio en las formas legalmente previstas, ya sea civil, religiosa u otras especiales, comenzara este a surtir efectos patrimoniales y personales. Solo si se emplearon alguno de estos cauces o formas de celebración puede resultar valido el matrimonio entre Marcial y María. Pero la cuestión es saber si con la simple celebración legalmente prevista el matrimonio despliega efectos jurídicos o si es necesaria su inscripción para que sea plenamente valido. A continuación, abordaremos el tema de la inscripción, último paso para determinar la validez de forma del matrimonio entre María y Marcial, antes de volver sobre las razones de fondo o particularidades del caso.

Empezaremos abordando la cuestión de la inscripción en el matrimonio en forma civil. Importante es lo expresado en el art. 58 del Cc, mencionado anteriormente, junto con el art.62<sup>4</sup> del Cc, que exponen que el competente para autorizar el matrimonio, una vez se haya celebrado, inmediatamente (esto según el art.62 del Cc) practicara la inscripción o extenderá acta entregando a cada uno de los contrayentes el documento que acredite la celebración del matrimonio. El problema surge en si el acta y la inscripción consisten en lo mismo o tan solo en algunos casos. En lo que a ello respecta el art. 255 del Reglamento del Registro Civil da cierta solución, al citar que si se celebra el matrimonio en el registro el acta vale como inscripción. Sin embargo, en el caso de los alcaldes, por ejemplo, a diferencia de lo anteriormente expuesto y de los jueces, solo podrán extender acta y a través de esta se realizará la inscripción posteriormente. Un aspecto importante en lo relativo a la inscripción<sup>5</sup> es que esta no posee carácter constitutivo, sino que solo goza de naturaleza declarativa. Como reza el art. 61.1 del Cc *“El matrimonio civil produce efectos civiles desde la celebración, pero para su pleno reconocimiento será necesario la inscripción en el Registro Civil.”* Dicha inscripción supone un título de legitimación de su estado matrimonial y será necesaria para que, en virtud del art. 61.2, el matrimonio despliegue plenos efectos jurídicos. Por ende, la falta de inscripción en relación con los terceros no perjudica, como reza el art. 61.3 CC *“el matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas,”* pues esta es meramente declarativa y a raíz de esto se afirma que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. Hasta ahora nos referíamos a la eficacia de la inscripción del matrimonio civil, pero queda analizar la posibilidad de que el matrimonio no inscrito en forma religiosa sea válido, pues perfectamente pudo realizarse de esta forma el matrimonio entre Marcial y María. La raíz de que el matrimonio religioso despliegue efectos civiles está en el art.60 del Cc<sup>6</sup>. Además, en el art. 60.3, referente a la inscripción del matrimonio religioso, se está a lo dispuesto en el capítulo siguiente dedicado a la inscripción del matrimonio en el registro civil, que tal como se regula en el art. 63 Cc *“para su inscripción bastara con la simple presentación de la certificación de la iglesia o confesión respectiva, recogiendo las circunstancias exigidas por la legislación.”* Es necesaria la inscripción de los matrimonios en dicha forma, para que puedan equipararse al matrimonio civil y para el pleno reconocimiento de sus efectos. En varias ocasiones la jurisprudencia resta importancia a este requisito, en principio indispensable, tales como en la STC 199/2004, de 15 de noviembre, en la que a un solicitante viudo de una pensión le es rechazada esta por no considerarse legitimo su matrimonio, por lo que promueve un recurso de amparo que el TC resuelve fallando a favor de la validez del matrimonio no inscrito. Dos magistrados

---

<sup>4</sup> ART. 62 Cc: *El Juez, Alcalde o funcionario ante quien se celebre el matrimonio extenderá, inmediatamente después de celebrado, la inscripción o el acta correspondiente con su firma y la de los contrayentes y testigos.*

<sup>5</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., en *Derecho De Familia Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 43 y ss.

<sup>6</sup> ART. 60.1 Cc: *El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles.*

fundan en su voto particular que a pesar de ser tratarse de un matrimonio canónico válido en su celebración, dicha celebración no debe quitar el sentido de los efectos que se generan con la inscripción. No obstante, el fundamento mayoritario de tal sentencia fue contrariado tanto por una posterior, en concreto la STC 69/2007, de 16 de abril, que en este caso analiza la legitimidad de un matrimonio en forma étnica gitana, privando de efectos civiles a tal matrimonio no inscrito en base a que los usos y costumbres gitanos no han sido reconocidos por el legislador como una forma de celebración válida para contraer matrimonio. Finalmente, tras citar todos los requisitos y condiciones necesarias para la celebración de un matrimonio válido y que este goce de eficacia jurídica, solo queda una cuestión para determinar la validez del matrimonio entre María y Marcial. Se trata, por tanto, de determinar si el matrimonio entre Manolo y María está realmente extinto tras la reaparición de Manolo y que consecuencias jurídicas tiene sobre el nuevo matrimonio.

## **1.2 Figuras de ineficacia del matrimonio. Acciones legales contra el matrimonio entre María y Marcial.**

### **1.2.1 La nulidad, separación y disolución del matrimonio.**

Una vez que el matrimonio es válido este adquiere, por defecto, carácter indefinido. Para privar de efectos a tal unión o relación jurídica son múltiples las vías que existen legalmente, en función de la voluntad o particularidades de cada caso. Cualquiera de los dos cónyuges puede poner fin a tal relación con la desaparición de sus correspondientes efectos jurídicos sin mediar causa o razón alguna con el único requisito de la voluntad, es en este supuesto en el que se da pie a la vía o proceso de separación y posterior divorcio. Sin embargo, no es solo esta la única forma de que un matrimonio se vuelva ineficaz, existe también el caso de la nulidad matrimonial similar a la de otros negocios jurídicos, privando de efectos jurídicos a la relación matrimonial desde el momento de su celebración, por lo que se puede definir como la forma más intensa de ineficacia. Además de los anteriores, es también causa de la extinción del matrimonio, la muerte o declaración de fallecimiento de alguno de los cónyuges. En este último caso no existe voluntad de terminar con la relación matrimonial, sino que este fin se da por causas naturales sobrevenidas.

A continuación, desarrollaremos la figura y los correspondientes efectos de la declaración de fallecimiento de Manolo, así como los efectos que genera posteriormente la reaparición del mismo sobre la validez o la nulidad del nuevo matrimonio entre María y Marcial.

### **1.2.2 La disolución del matrimonio: La declaración de fallecimiento y sus efectos jurídicos sobre el matrimonio**

Una vez Manolo es declarado desaparecido y posteriormente fallecido, su personalidad jurídica desaparece por razón de la declaración de fallecimiento. Como expresa ALBALADEJO GARCÍA<sup>7</sup>, se conoce como declaración de fallecimiento al auto judicial que reputa muerto a un desaparecido, ya sea por una ausencia prolongada en el tiempo o por una situación de desaparición en circunstancias de riesgo inminente de muerte. Por su parte LASARTE ÁLVAREZ<sup>8</sup>, menciona que es necesario considerar que al ausente se le da por muerto, aunque realmente no haya garantía cierta de que haya fallecido. Esta declaración supone una presunción *iuris tantum* pues no excluye en ningún momento la reaparición del declarado fallecido, pero en tanto este hecho no ocurra se mantendrá la presunción. Al situarnos en el contexto de una ausencia a raíz de un suceso de acusada gravedad, es

---

<sup>7</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., en *Derecho Civil I Introducción y Parte general*, Edisofer, Madrid, 2013, págs. 242, 243.

<sup>8</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., en *Derecho De Familia Principios de Derecho Civil VI*, op.cit., pág. 92.

trascendente la Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros en este asunto, pues con anterioridad a esta modificación los plazos para presumir la muerte del ausente eran bastante más amplios. Con la entrada de esta reforma, la redacción del art. 193 y del art. 194 del Cc queda modificada. El art 194 apartado 2º del Cc que es el que aquí interesa queda citado de esta forma *“De los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquéllos.”* Esta declaración de fallecimiento debe ser publicada con un plazo de 15 días en el BOE, en un periódico de gran trascendencia nacional, en otro diario de la provincia local del ausente y en la Radio Nacional. En ese caso, se entiende que la declaración de fallecimiento de Manolo se debió instar pasados 3 meses desde el suceso del accidente tal como expresa la norma, es decir, si el suceso aconteció el 30 de junio de 2007, la declaración de fallecimiento debió instarse a partir del 30 de septiembre de 2007. La declaración puede instarse por cualquier interesado o por el ministerio fiscal. En el momento en que esta declaración adquiere validez y despliega efectos jurídicos, uno de estos efectos es la disolución del matrimonio. De esta situación derivan determinados efectos, ya sea de naturaleza patrimonial o familiar, entre otros. Indica de esta forma el art 85 del Cc. *“el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.”* Se plantea si con la simple declaración de fallecimiento llega o es necesario algún trámite o proceso a mayores. En este caso cabe decir que hasta la implantación de la Ley 30/1981, el artículo 195.3 del Cc ahora derogado expresaba que no era suficiente con la mera declaración, por lo que el cónyuge adquiriría la condición de viudo, pero sin la posibilidad de volver a contraer matrimonio. Es la reforma de la Ley 30/1981 la que introduce a través de lo expuesto en el art. 85 del CC anteriormente mencionado la posibilidad de volver a contraer matrimonio con tan solo la declaración de fallecimiento efectiva.

Hasta este punto y en virtud de lo expuesto, el matrimonio entre Marcial y María es inicialmente legítimo puesto que se han cumplido los plazos establecidos y requisitos propios de la Ley, en lo referente a la declaración de fallecimiento de Manolo.

### **1.2.3 Reparación del declarado fallecido y sus efectos jurídicos sobre el matrimonio.**

Es en el momento de la reaparición de Manolo, en enero de 2014, cuando la validez jurídica de tal matrimonio posterior se pone en entredicho. El art. 197 del Cc expresa lo siguiente *“Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido; pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto”*. Tal y como menciona este artículo la declaración de fallecimiento no es más que una presunción *iuris tantum*, por lo que tal declaración no imposibilita la reaparición o supervivencia del supuesto fallecido, si de alguna forma se prueba verídicamente su supervivencia. En dicho artículo tan solo se hace referencia al ámbito patrimonial del reaparecido, mencionando la recuperación de sus bienes, aunque sin carácter retroactivo en virtud de la legitimidad de los terceros titulares de dichos bienes. En el ámbito personal como expone LASARTE ALVAREZ, el reaparecido recuperara su posición anterior en las relaciones jurídicas existentes. Es el caso de la patria potestad sobre los hijos menores de edad. No sucede así en el caso de las relaciones matrimoniales, en las que se mantendrá el efecto de la declaración de fallecimiento, tanto en el caso de que el cónyuge presente haya permanecido en las mismas

condiciones como en el caso de que este mismo haya contraído nuevo matrimonio, el cual será válido a todos los efectos. La postura a favor de que se mantengan los efectos de la declaración de fallecimiento, en virtud del art. 85 del Cc, se trata de la línea seguida por la mayoría de la doctrina.<sup>9</sup>

### **1.3 Conclusiones**

En forma de síntesis y en base a todo lo planteado hasta este punto, se parte del art. 85 del Cc, por el cual todo matrimonio se disuelve a raíz de la declaración de fallecimiento. Es por esta razón que, según todo lo expuesto, llego al razonamiento de que Manolo no tiene que plantear ninguna acción legal para terminar con su matrimonio pues este, a raíz de tal declaración de fallecimiento, ya fue extinguido anteriormente. Así mismo, me apoyo en los razonamientos doctrinales anteriormente expuestos, más concretamente el de LASARTE ÁLVAREZ, que expone que la doctrina en su inmensa mayoría, determina la validez del nuevo matrimonio del presente cónyuge, en el caso que aquí nos ocupa de la reaparición del cónyuge declarado fallecido. Dicho esto, el matrimonio entre María y Marcial, no se verá afectado en el caso de la reaparición de Manolo, por lo que puede ser considerado valido siempre y cuando se hayan cumplido las formalidades y requisitos propios de la institución que hemos analizado a lo largo de este punto.

## **2. Características del delito planteado, así como validez de los medios legales existentes para la investigación y esclarecimiento de los mismos.**

### **2.1 Planteamiento.**

En primer lugar, para llevar a cabo el análisis de esta cuestión, es necesario realizar la calificación jurídica del delito que se plantean para, posteriormente determinar las características del mismo. En este punto nos ocuparemos del delito en el que tomaremos como sujeto autor a María y a Manolo como la víctima. Por último, analizaremos la validez de tales escuchas como medio de prueba y cuáles son los instrumentos legales existentes para la investigación y esclarecimiento del delito.

#### **2.1.2 ¿Qué se entiende por delito y que actos son constitutivos de delito?**

La Definición legal de delito la encontramos en el art.10 del código Penal, de ahora en adelante CP. Esta cita como delitos “*las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*. Por otra parte, la doctrina<sup>10</sup> define el delito en líneas generales como *todo hecho humano típico, antijurídico, culpable y punible*. Un delito es, por tanto, toda transgresión o incumplimiento del derecho que La ley Penal determine como tal, es decir, solo es delito aquello que este previsto en la ley que es lo que se conoce como tipicidad. Así mismo los delitos se clasifican según el art. 13 del CP, en graves, menos graves y leves, ante la supresión de las faltas a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015, que en parte fueron despenalizadas y otras se han convertido en delitos leves, de tal modo que ahora todas las infracciones penales solo pueden ser delitos.

---

<sup>9</sup> LASARTE ALVAREZ C., en *Derecho De Familia Principios de Derecho Civil VI*, op.cit., pág. 93.

<sup>10</sup>ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J., en *Compendio de Derecho Penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 201.

## **2.2 ¿Son los hechos cometidos por María constitutivos de delito?**

Debe examinarse a continuación si el coincide con lo que describe una norma penal concreta del sistema de normas que regían para el sujeto en el momento del actuar.

### **2.2.1 Aspectos generales del delito planteado.**

Para comenzar, debemos determinar, de forma general, cuáles son los supuestos de los previstos en el CP en los que puede adecuarse el hecho que nos ocupa. En este caso nos encontramos ante un delito contra la vida humana, puesto que los hechos cometidos atentan contra el bien jurídico como es la vida objeto de reconocimiento constitucional en el art.15 CE y como menciona el TC, es el soporte del resto de los derechos fundamentales de la persona. Los delitos que protegen la vida humana independiente se recogen en el vigente Código Penal en el *Título I “el homicidio y sus formas”*. Se empleará la redacción de este título vigente al tiempo de los hechos, el publicado el 24/11/1995, en vigor a partir del 24/05/1996.

Entre los delitos contra la vida en los que podemos subsumir el hecho punible vamos a estudiar el homicidio en sus posibles variantes y el asesinato. En el estudio de este grupo de delitos existen algunas cuestiones comunes que serán tratadas con carácter previo al análisis de cada uno de los tipos delictivos. En concreto, se trata del examen del bien jurídico protegido y del objeto material de estos delitos. En el caso del homicidio junto con el resto de delitos contra la vida (como se ha visto anteriormente), el bien jurídico protegido es la propia vida humana independiente (art. 15 CE). Para delimitar el momento de inicio y final de la protección es necesario hacer referencia a dos aspectos esenciales, el nacimiento y el fallecimiento. Es discutido por la doctrina el momento en el que empieza a resultar protegido este bien, cuestión que se puede resolver a través del art. 30 Cc *“la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*. Sin embargo, la jurisprudencia es dispar en esta materia y con el cambio de siglo se comenzó a fijar el momento decisivo en el inicio del parto, como expone la STS 2251/2001, de 29 de noviembre, que expresa que con el comienzo del parto se pone fin al estado fetal, momento en el cual se entiende que se pone en peligro la vida de una persona y no de un feto. Por otra parte, la vida termina con la muerte, hecho que también suscita dudas pues no es instantáneo y es necesario aplicar un criterio que permita delimitar cuando termina exactamente la protección de tal derecho a la vida. El criterio dominante es el seguido por el art.10 del RD 2070/ 1999, de 30 de diciembre, por el que se establecen las pautas de diagnóstico de muerte, que en líneas generales coincide con el momento en el que la actividad cerebral ha cesado. En el caso del homicidio y asesinato se castigan los actos preparatorios tales como la conspiración, proposición y provocación en virtud del art.141 del CP.

### **2.3 El homicidio y sus formas.**

El homicidio consiste en matar a otro. El CP regula el homicidio en su Título I “el homicidio y sus formas” en el art. 138, en su versión vigente al tiempo de los hechos, seguido de las restantes formas que consisten en producir la muerte de otra persona, como, por ejemplo, el asesinato.

El homicidio, como se ha visto, se trata de un delito de resultado material, consiste en matar a otro, de forma que no concurren las causas de asesinato (las cuales veremos más adelante), ni tampoco concurren circunstancias que remitan a un suicidio. Se castiga producir la muerte con indiferencia de la forma en la que se produzca el resultado (salvo los casos antes mencionados). Se entiende pues, que puede realizarse el homicidio mediante cualquier

medio, modo o procedimiento, incluida la omisión. Finalmente, el delito se consuma con el resultado de la muerte, sin embargo, es del todo posible la tentativa de homicidio.

El homicidio se puede cometer tanto de forma activa como de forma omisiva (comisión por omisión), aplicando el art. 11 CP, de manera que se puede imputar la muerte de una persona a quien es garante de su vida y no ha realizado la acción que conjura el peligro y evita el resultado de muerte, pudiendo haberlo hecho.

### **2.3.1 El homicidio doloso: los distintos tipos de dolo.**

En primer lugar, nos encontramos con el homicidio doloso, dentro del cual, existen dos grados o tipos. La STS 318/2004, de 8 de marzo, señala que “*el dolo homicida tiene dos modalidades; el directo o de primer grado y el eventual o de segundo grado*”<sup>11</sup>. El dolo directo<sup>12</sup>, o de primer grado, es aquel en el cual el sujeto activo realiza el acto plenamente consciente de las consecuencias y con intención de provocar la muerte, es decir, el propósito, finalidad, intención que persigue el agente es precisamente la realización de los elementos de un tipo delictivo. No admite dudas el caso de una persona que atropella a otra con ánimo de provocar la muerte, o el caso de otra que apuñale con ánimo de matar a otra. El dolo directo existe también en el caso de que la persona no tenga intención de realizar todos los elementos de un tipo delictivo, pero estos sean necesarios para la consecución de su objetivo por lo que lo acepta de todas formas. Este sería el caso de un terrorista que pone una bomba en un coche con el objetivo de causar la muerte de un pasajero, que podría ser un político, pero que conllevaría también la muerte del chofer. Existe además de los anteriores, otro grado o tipo de dolo conocido como dolo eventual. El dolo eventual se diferencia del dolo directo en que, para comenzar, el sujeto no busca realizar el hecho típico directamente y, por otra parte, el sujeto piensa que no hay certeza sino mera probabilidad de que con su conducta se produzca el hecho. Además, esto no es suficiente para determinar los casos en los que se produce el dolo eventual pues es muy similar a la imprudencia consciente, por lo que se necesita un aspecto complementario para que exista dolo. Existen diferentes teorías como las de la aceptación, de la representación, del sentimiento o indiferencia, mixtas o eclécticas, por ejemplo, que definen cual es el límite entre el dolo eventual y la imprudencia. En líneas generales, el dolo eventual supone una gravedad del injusto algo menor que el dolo directo y en cualquier caso es auténtico dolo, distinto y más grave que la imprudencia.

### **2.3.2 El homicidio imprudente: incompatibilidad con la tentativa.**

En el caso de que no exista dolo, sino que exista imprudencia grave, nos hallamos ante el supuesto de homicidio imprudente previsto en el art. 142 CP. Se trata de la falta del deber de cuidado exigible a todo ciudadano, cuando este crea una situación de riesgo para la vida del resto de las personas, el cual debe actuar adoptando las medidas necesarias para evitar la consecución del resultado de la muerte. Por razón de la reaparición de Manolo se entiende que el presunto delito no se consuma, por lo que no cabe la imprudencia en este caso pues no se penaliza la tentativa de existir esta.

### **2.3.3 El asesinato y sus formas.**

El asesinato, a pesar de ser un tipo específico tiene mucho en común con el homicidio por tratarse de un delito contra la vida humana independiente y tener como resultado la muerte de la misma forma que el homicidio, se trata de un delito contra la vida humana independiente regulado en *el Título I “el homicidio y sus formas”* arts. 139 y 140 del CP. El asesinato

<sup>11</sup> En el mismo sentido otras muchas, STS 169/2005, de 14 de febrero, 357/2008, de 12 de junio.

<sup>12</sup> LUZÓN PEÑA, D.M., en *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 232, 233, 234.

consiste en matar a otro, pero con la necesidad de que concurren determinadas circunstancias que lo dotan de una especialidad frente al homicidio por la gravedad que supone, al existir una mayor peligrosidad, así como mayores daños. Estas circunstancias son exactamente las previstas en el art. 139 CP, en concreto tres:

-La alevosía se define en el art. 22.1 CP<sup>13</sup>. Su contenido exige una selección de medios o formas de matar que cumplan dos condiciones: asegurar el resultado, por una parte, y evitar la defensa de la víctima, por otra. Para la concurrencia de esta causa ha de comprobarse en todo caso que existe una indefensión durante todo el transcurso de los hechos, de lo contrario si la víctima se iguala en condiciones entonces no estaríamos ante un caso de asesinato, sino de homicidio.

-El precio, promesa o recompensa deben ser la motivación del autor para llevar a cabo el delito, de lo contrario, aunque esta entrega u ofrecimiento exista, no será razón suficiente para que concorra esta circunstancia. El acuerdo sobre tal precio o recompensa debe ser anterior a la comisión del delito como se expresa en la STS 791/1998, de 13 de noviembre. Es discutible<sup>14</sup> si esta agravación debe ser aplicada a los dos sujetos o solamente al que actúa por precio, a lo que la jurisprudencia, aunque no uniformemente, se inclina por el planteamiento restrictivo que indica que debe aplicarse únicamente a quien obra motivado por dicho precio, como se expresa en la STS 268/2012, de 12 de marzo.

-El ensañamiento también se encuentra entre las circunstancias genéricas agravantes del art. 22. 5ª CP: “Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.” En el sentido del art. 139.3 del CP se deben causar padecimientos que resulten innecesarios para la ejecución del delito y que el autor sea consciente de que esta sobrepasando la línea de lo imprescindible.

El asesinato súper-cualificado, regulado en el art.140 del CP, es aquel en cual concurren más de una de las circunstancias previstas en el art.139 del CP castigado con una pena superior al asesinato en que tan solo concorra una de ellas.

## **2.4 Calificación jurídica del delito planteado.**

Es preciso, tras haber expuesto los diferentes tipos previstos en el CP entre los que puede subsumirse la acción de María, delimitar, con apoyo en la jurisprudencia o en la doctrina, si el hecho delictivo objeto de análisis es constitutivo de homicidio, de asesinato o, en último caso, ninguno de los dos.

### **2.4.1 Argumentos en contra de la calificación del hecho como de asesinato.**

Llegados a este punto se desarrollarán aquellos aspectos en virtud de los cuales no se entiende que el hecho sea constitutivo de un delito de asesinato.

En primer lugar, parece sencillo descartar la posibilidad de que María actuase por precio, premio o recompensa, puesto que, remitiéndonos al supuesto de hecho, la acción de María se inicia a raíz de la confesión de Manolo, lo cual manifiesta que María no actuó en base a tal circunstancia de precio.

---

<sup>13</sup> En términos del Art. 22.1 del 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”.

<sup>14</sup> VIVES ANTÓN, T. / ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J. C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ MARTÍNEZ-BÚJAN PÉREZ, C., en *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 79, 80.



En segundo lugar, en lo referente al ensañamiento, tampoco actúa María conscientemente con intención de causar un mayor dolor, sino mediante obcecación e ira, razón por la que se excluye la concurrencia de dicha circunstancia. En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo, al indicar que, para concurrir ensañamiento, “*debe existir una maldad reflexiva dirigida a causar un daño añadido e innecesario y no una ira homicida que se desahoga en la víctima que trata de acabar con ella cuanto antes y como sea*”<sup>15</sup>.

Finalmente, la alevosía es la circunstancia que más dificultad puede suscitar para calificar el hecho como asesinato, en lo que respecta al caso concreto. En primer lugar, ambos se encontraban en compañía dialogando en el mismo lugar del buque y, por tanto, estaban en igualdad de condiciones. Una vez allí, Manolo confiesa el deseo de terminar su matrimonio con María para continuar con otra relación. Al producirse dicha confesión, Manolo debe ser consciente del malestar que provocara en María, malestar por el cual se inicia una riña verbal y posteriormente surge la reacción de María, fruto de la obcecación del momento. En este sentido, importante es la STS 1540/1997, de 15 de diciembre, que expone que “*las situaciones de riña o de reyerta suelen excluir, de ordinario, la estimación de esta agravante porque puede racionalmente entenderse que el ofendido tenía motivos para sospechar el peligro que le amenazaba y precaverse de la agresión*” Manolo tiene posibilidad de defenderse en ese momento pues es el quien inicia la riña y es consciente de que se va a generar un malestar en María. En segundo lugar, el emplazamiento donde se comete la acción fue donde se realizó la confesión, lo que permite descartar tanto que el encuentro fuese buscado por María como que ésta eligiese que se desarrollase en la borda del buque. Es necesario en este aspecto mencionar la STS 719/1999, de 10 de mayo, en la cual no se aprecia alevosía cuando se empuja a una persona que está sentada en un muro que daba al vacío, tras una discusión de pareja.

De tal forma, no concurre a mí entender con base en los hechos y en la jurisprudencia, ninguna circunstancia del art.139 CP en virtud de las cuales se puede calificar el hecho como asesinato. Una vez descartada la opción de calificar el hecho como de asesinato corresponde analizar si los hechos son constitutivos de homicidio y argumentar cuál de las diferentes formas del homicidio es la que se adapta a los hechos.

#### **2.4.2 La forma de aparición del delito: *Iter criminis*.**

Cuando los hechos no llegan a producir el resultado, a pesar de que en esas circunstancias era perfectamente posible lograrlo, no hay delito consumado: se habla, en cambio, de tentativa de delito. En los delitos que exigen un resultado separado de la conducta (tipos de resultado: por ejemplo, el homicidio), se da la consumación cuando se realizan todos los actos del tipo y además se produce el resultado. Esto lo tiene en cuenta el ordenamiento para rebajar la pena en casos de tentativa (arts. 16 y 62 CP).

Llegados a este punto, solo nos quedan dos posibilidades en las que podemos subsumir el hecho concreto, bien entender que hay tentativa dolosa de homicidio, bien entender que solo son punibles las lesiones, o en último caso y como veremos a continuación, que sea posible la existencia de un concurso entre estas dos modalidades. Para determinar qué es lo que corresponde en este caso, es necesario mencionar un aspecto de notoria importancia. No cabe duda que ante la reaparición de Manolo la consumación del resultado de matar no es posible, por lo que nos encontramos con un caso de tentativa. En el caso que nos ocupa la cuestión fundamental que surge ahora es delimitar la diferencia entre un delito de lesiones y un homicidio en grado de tentativa, pues, aunque de forma externa pueden parecer hechos

---

<sup>15</sup> STS 1412/1999, de 6 de octubre.

idénticos, tiene que existir un criterio para diferenciarlos, ante todo en situaciones en las que se produce una agresión física de forma intencionada, pero de resultado incierto. En lo que al caso concreto se refiere, seguimos la postura de FELIP I SABORIT<sup>16</sup>, en la que la propia acción, antes de producirse esta, contiene la peligrosidad suficiente como para producir lesiones o bien la muerte, indiferentemente de si media dolo directo o eventual de matar. Como no se produce la consumación del resultado de muerte solo cabe la posibilidad de que sea una tentativa de homicidio doloso. En este caso podría apreciarse en virtud de la doctrina un concurso ideal de delitos entre la tentativa de homicidio y las lesiones que si se consumaron.

La jurisprudencia expresa en este aspecto que se debe atender al elemento subjetivo, es decir, si el autor actuó con dolo de matar (“animus necandi”) o únicamente con dolo de lesionar (“animus laecendi”). Es necesario averiguar por tanto esa intención caso por caso, atender a los actos exteriorizados por el sujeto (indicios) para determinar la voluntad real que propulso al sujeto en el momento de ejecutar la acción. De tal forma expresa la STS 1133/2005, de 7 de febrero, que “*En la calificación de los hechos, si de lesiones o de homicidio, no ha de tenerse en cuenta tanto el resultado efectivamente producido como el ánimo que guio la conducta del acusado al tiempo de su realización*”. Así mismo, la jurisprudencia ha elaborado una serie de indicios<sup>17</sup> para probar la existencia del dolo homicida en un caso concreto como en el que nos hallamos: a) las relaciones entre autor y víctima, sus personalidades, los probables motivos del delito, las actitudes o incidencias producidas inmediatamente antes del delito, entre otras.; b) atender a la gravedad de las lesiones y los modos o medios utilizados para cometer las lesiones.; c) finalmente, la actitud posterior del agresor.

En virtud de dichas pautas y del conocimiento de los hechos podemos extraer los siguientes como indicios: a) María y Manolo eran conyugues. El probable móvil del delito es la confesión de Manolo, hecho que produjo una riña a raíz de la cual se originó el delito de forma inmediatamente posterior.; b) María propina un fuerte golpe en la cabeza y posteriormente tira a Manolo por la borda del buque.; c) de la actitud inmediatamente posterior de María no se tiene conocimiento, pero es lógico que en aquel tiempo no relato a las autoridades los mismos hechos que relata posteriormente a Sara, pues de ser así, ya se hubieran dirigido contra ella de la misma manera que lo hacen con posterioridad a las escuchas telefónicas.

Finalmente se pueden extraer, a través de tales indicios, las siguientes conclusiones. Dado que el hecho del que se deriva el delito es una riña, originada por la víctima (Manolo) en este caso, no existen amenazas ni expresiones previas de que María tuviese ánimo de matar, ni tampoco empleo esta ningún arma que facilitase el resultado, por lo que podría apreciarse tan solo el delito de lesiones. Sin embargo, el riesgo derivado del área geográfica en la que se situaban durante la riña (la cubierta de un barco), sumado a la sorpresa con la que golpeo María a Manolo y a la intensidad del golpe en la cabeza, otorgan un grado de peligrosidad a la acción que difícilmente permite entender esta como tan solo constitutiva de un delito de lesiones. Así determina la STS 423/2012, de 22 de mayo, en otro caso en el que tampoco se percibe ánimo homicida, pero el Tribunal supremo aprecia una tentativa de homicidio doloso-eventual, cuando intencionalmente se atropella a una persona. En un supuesto más parecido al caso concreto, se aprecia dolo de matar y no de lesionar en la STS 529/2005, de 27 de

---

<sup>16</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.) / RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.), en *Lecciones de Derecho Penal parte especial*, Atelier, Barcelona, 2015, págs. 31, 32.

<sup>17</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.) / RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.), *Lecciones de Derecho Penal parte especial*, op.cit., pág. 32.

abril, cuando se arroja al mar a una persona a la que previamente han dado una paliza. Por eso precisamente, desde mi punto de vista y con base en jurisprudencia, entiendo que, si bien no se aprecia la existencia de un dolo directo de matar, las circunstancias de peligrosidad permiten entender que el agresor, en este caso María, acepto el riesgo de producción del resultado de muerte que existía a raíz de sus actos. Ello me permite concluir que este caso se trata de una tentativa de homicidio, cuanto menos por dolo eventual. Es María la que tiene el dominio de los hechos ya que los realiza por si sola (arts. 27 y 28 del CP) por lo que se considera autora.

### **2.4.3 Circunstancias modificativas de la responsabilidad: La obcecación.**

De la literalidad del supuesto de hecho se puede extraer que María, en el momento de los hechos, se encontraba en un estado de “inmensa ira y obcecación”, circunstancia que el Derecho Penal tiene en cuenta al tiempo de cometer un hecho delictivo. Se trata de una de las circunstancias atenuantes sitas en el art. 21 del CP, más concretamente en su apartado 3º. Cabe determinar ahora si esta circunstancia puede concurrir respecto a María, a lo que la jurisprudencia da respuesta a través de la STS 857/2008, de 17 de diciembre, que declaró que *"debe constatarse la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima, que puedan ser calificados de poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación, pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebató consiste"*. En virtud de lo expuesto en dicha sentencia, entiendo que, en este caso, no concurre la circunstancia de obcecación, puesto que, si bien actúa María bajo inmensa ira, su conducta es desproporcionada al terminar tirando a Manolo por la borda respecto al estímulo provocador, en este caso la confesión de Manolo.

### **2.4.4 La posibilidad de concurso.**

Una vez determinado que nos encontramos ante una tentativa de homicidio doloso, es necesario analizar si se aprecia concurso con un delito de lesiones o tan solo se entiende realizada la tentativa de homicidio. Son divergentes las posturas de la doctrina. Parece razonable apreciar en este caso la postura de MUÑOZ CONDE, que expresa que *“existe un concurso de leyes que habrá de resolverse aplicando la pena de mayor gravedad (alternatividad)”*. Sin embargo, el mismo expresa que *“si son varias las acciones continuadas en un breve lapso de tiempo, existe un único delito de homicidio, consumado o intentado, según se produzca la muerte (subsidiariedad)”*. Existirá, por tanto, un concurso aparente, bien aplicando la regla de subsidiariedad de las lesiones con respecto a la tentativa de homicidio (de manera que aquéllas sólo se aprecian en defecto de ésta) o la de alternatividad (castigándose por la infracción más grave)<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> MUÑOZ CONDE, F., en *Derecho Penal parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 44.

## 2.5 Validez y régimen jurídico de las escuchas telefónicas.

Una vez desarrolladas las características del presunto delito cometido por María en el buque, es necesario determinar si las escuchas que favorecieron el esclarecimiento de tal delito fueron válidas jurídicamente. Para ello, utilizaremos la legislación vigente en el momento de las escuchas, haciendo referencia a aquellos aspectos fundamentales, de haberlos, que hayan sido objeto de modificación reciente.

### 2.5.1 Regulación legal de las intervenciones telefónicas.

En lo referente al papel de las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico, es imprescindible hacer mención al art.18.3º de nuestra constitución de 1978, que dispone *que “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”*<sup>19</sup>

Sin embargo, es a raíz de la LO 7/1984 cuando las intervenciones telefónicas se asientan en el ordenamiento sustantivo, por la cual se incorpora el delito de “escuchas telefónicas clandestinas” que posteriormente se incorporó en sus diferentes modalidades a través de los arts. 536 y 197 y 198 del Código Penal de 1995. Junto con esta LO, es de forma posterior cuando se da acceso en el ordenamiento procesal a las intervenciones telefónicas en virtud de la LO 4/1988, que introdujo estas como acto de investigación sumarial en el art. 579<sup>20</sup> de la LECrim. Resulta imprescindible mencionar que se aplicara la legislación vigente al tiempo de las escuchas, es decir, la última modificación previa a los hechos de la LECrim, publicada el 01/06/1997 y en vigor a partir del 01/06/1997.

Esta regulación resultó insuficiente por contener gran cantidad de lagunas en diferentes materias, de especial importancia en los tiempos que corren, como son las comunicaciones telemáticas a través de la red. Así mismo, se detectó su indeterminación en los supuestos, duración, objeto y procedimientos de las medidas y demás vacíos. Esta situación acabó desembocando en la STEDH 6/2003, de 18 de febrero, Prado Bugallo contra España, por la cual se declaró que el artículo 579 LECrim no cumplía con las exigencias relativas a la previsión legal de la injerencia, vulnerando el artículo 8 del Código Europeo De Derechos Humanos<sup>21</sup>. El artículo 579 LECrim, al igual que sucedía con la mayoría de los presupuestos y requisitos de este acto procesal, olvidó regular todo procedimiento de intervención telefónica, ocasionando una importante laguna que tuvo que ser resuelta por la jurisprudencia del TS, fundamentalmente por el ATS 3773/1992, de 18 de junio, entre otras. La falta de regulación exigió completar dicha regulación con las aportaciones jurisprudenciales del TC en materia de ley orgánica, con las del TS en materia de legalidad ordinaria y, finalmente, con las efectuadas por el TEDH, como intérprete del CEDH, del que España es signataria, y

---

<sup>19</sup> GIMENO SENDRA, V., en *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pág. 413. GIMENO SENDRA define las intervenciones telefónicas *“como todo acto de investigación limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18. 3º CE). Estos actos son autorizados por el juez de instrucción en relación a un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, mediante auto especialmente motivado. Sera la policía judicial la encargada de proceder al registro de llamadas y efectuar la grabación magnetofónica o electrónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor.”*

<sup>20</sup> Dicho artículo, según redacción dada por la LO 4/1988, de 25 mayo, establecía en su apartado 2º: *“Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”*

<sup>21</sup> El principio procesal de legalidad, previsto por el art. 8. 2º del CEDH, requiere que toda intervención de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar prevista por la ley, en forma de Ley Orgánica, por lo que el ordenamiento debe autorizar al juez para disponer de los medios de investigación.

cuya doctrina goza de valor vinculante y ha de ser observada por los todos los Tribunales españoles.

Para dar cumplimiento<sup>22</sup> a la correspondiente doctrina del TEDH y terminar con las lagunas existentes en esta materia, la LO de 2015, de reforma de la LECrim ha llevado a cabo una extensa regulación de diferentes materias, entre las que se encuentran las intervenciones telefónicas y telemáticas, modificando, entre otros, los art. 579 y 588 LECrim.

### **2.5.2 Principios y requisitos que rigen las intervenciones telefónicas.**

Como se ha visto, la escasez de regulación en esta materia exigió la creación de jurisprudencia para llenar los vacíos que dejó la legislación. Existen una serie de principios que guían para una correcta aplicación de toda intervención de las comunicaciones, introducidos en un primer momento por la jurisprudencia y posteriormente fijados en el ordenamiento a través del art. 588 de la LECrim. Dado que el caso que nos ocupa es anterior a la reforma (2015), expondremos las condiciones necesarias al tiempo de las escuchas para determinar la validez de estas. La STS 344/2004 de 12 de marzo, fijo, resumidamente, los requisitos para la validez de la intervención telefónica.

-Habilitación judicial<sup>23</sup> .: Para comenzar, es necesario hacer mención al principio de exclusividad jurisdiccional, en virtud del cual corresponde a la autoridad judicial competente la adopción de una medida como es la intervención de las comunicaciones telefónicas, medida que a raíz de su empleo establece una serie de restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18. 3 de la CE). Este juez tiene que ser el Juez predeterminado por la Ley. Tanto en el caso de que se acceda a la medida o en el caso que se niegue, el Juez tiene que incoar diligencias Previas, que sirvan de encuadre a la resolución judicial, en forma de auto, que debe ser adoptada para exteriorizar la voluntad judicial.

-Principio de excepcionalidad, subsidiariedad y huida del automatismo: La medida que afecta al secreto de las comunicaciones telefónicas solo podrá adoptarse cuando no exista otro medio de investigación que sea de menor incidencia y agresividad sobre los derechos y libertades de los ciudadanos afectados. En este sentido se manifiesta la ATS RJ 6102/1992, de 18 de junio, junto con la STS 1316/1995, de 30 de diciembre, que expresa que *“no es procedente una intervención telefónica si existen otros medios de investigación alternativos que eviten la lesión del derecho fundamental.”*

-Principio de necesidad: Este requisito exige que el Juez llegue al convencimiento de que, por las características del delito o el estado de la investigación, se hace necesario o imprescindible la adopción de la medida. En este sentido, no es suficiente que la medida se encuentre prevista en la ley y se adopte por un juez, es necesario además que la medida de intervención se justifique objetivamente (art. 8. 2º del CEDH). Así se expresa en la STS 2249/1994, de 23 de diciembre, cuando exige que se plasme *“el indispensable juicio de ponderación sobre la necesidad de la medida”*. Por tanto, la autoridad judicial deberá realizar un juicio de ponderación de intereses en conflicto los cuales serían, en una parte, el propio derecho fundamental cuyo ejercicio se pretende limitar y, en contra parte, los fines de la instrucción como es la investigación.

-principio de proporcionalidad: La previa realización de la operación comparativa entre los intereses en conflicto, llevara al juez al convencimiento que la inmisión en el derecho fundamental pueda ser acorde y proporcionada a la gravedad de los hechos que se investigan.

<sup>22</sup> GIMENO SENDRA, V., en *Manual de Derecho Procesal Penal*, op.cit., pág. 414 y siguientes.

<sup>23</sup> RIVES SEVA, ANTONIO P. en *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2010, pág. 163.

El ATS RJ 6102/1992, de 18 de junio expresa que “*solo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica y solo por el tiempo indispensable, dentro del ámbito espacial que se considere necesario*”. El tribunal constitucional, expresa en la STC 49/1999, de 5 de abril, que “*tanto la regulación legal como la práctica de las intervenciones telefónicas han de limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas y que se hallan justificadas solo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio*”.<sup>24</sup> Desde la perspectiva de la doctrina, encontramos la visión de RODRÍGUEZ RAMOS<sup>25</sup> que expone que “*en tanto no cumpla el legislador español con la exigencia dimanante del art. 8 CEDH, habrá de autolimitarse por vía interpretativa todo órgano instructor, rechazando la intervención telefónica para investigar hechos que, por ejemplo, tengan prevista una pena inferior a la de prisión mayor, siguiendo por analogía lo previsto en el art.503 de la LECrim, respecto a la prisión preventiva*”. PAZ RUBIO<sup>26</sup> expone por su parte que “*al no establecer el art. 579 LECrim un catálogo de delitos cuya investigación permita decretar la interceptación de las comunicaciones, corresponderá al órgano judicial la decisión en cada caso concreto de si el hecho investigado tiene la suficiente entidad o gravedad como para permitir utilizar ese medio de investigación... pero este criterio de proporcionalidad no solo ha de tener en cuenta la presunta gravedad jurídica de los hechos, sino otras consideraciones, como son la gravedad social de los hechos investigados y las dificultades existentes para investigar y acreditar los hechos delictivos*”. De esta forma entendió proporcional la intervención telefónica la STS 277/2009, de 13 de abril, en un caso de tráfico de drogas, que se entiende por el legislador como un delito de acusada gravedad.

-Motivación de la resolución: El deber de motivación<sup>27</sup> es uno de los requisitos formales imprescindibles al tiempo de adoptar la medida, por lo que la resolución debe revestir forma de auto que contendrá aquellos razonamientos jurídicos que justifiquen la medida. Así mismo, la motivación se muestra como una garantía para que pueda combatirse la adecuación de la medida a los requisitos legales y jurisprudenciales por la persona afectada. Objeto de cuestión fue la posibilidad de motivación mediante remisión a la solicitud de la policía judicial o bien a través de programas informáticos o formularios estereotipados, que en la actualidad la doctrina mayoritaria permite, siempre que se contengan todos los elementos necesarios para conocer con exactitud las circunstancias en las que se produce dicha autorización, como se muestra en las STS 343/2007, de 20 de abril y 119/2007, de 16 de febrero, entre otras muchas.

-Duración de la medida: El art. 579 LECrim establece un plazo de duración máximo de la medida “*de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos*”. No podrá prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal como indica la STS 956/1994, de 9 de mayo. De tal forma, si las escuchas se mantuvieran una vez finalizado el plazo de intervención, carecerán de valor probatorio STC 205/2005, de 18 de julio.

-Prorrogas de la medida: Debe existir un control judicial efectivo del procedimiento de las escuchas para poder determinar si la investigación progresa y si se debe continuar con la misma a través de la intervención telefónica, autorizando las prórrogas que se estimen

---

<sup>24</sup>RIVES SEVA, ANTONIO P., en *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, op.cit., págs. 178, 179.

<sup>25</sup>RODRIGUEZ RAMOS, LUIS en *Las intervenciones Telefónicas, La Prueba en el proceso penal*, CDJ, Madrid, 1992. Pág. 455.

<sup>26</sup>PAZ RUBIO, J. M., en *La prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1999, pág. 190.

<sup>27</sup>RIVES SEVA, ANTONIO P., en *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, op.cit., págs. 164, 165.

convenientes. La resolución para la concesión de la prórroga deberá ser motivada<sup>28</sup> como expresa la STC 181/1995, de 11 de diciembre, por la cual se deben observar las mismas garantías que se observaron al tiempo de autorizar la intervención.

-Transcripción bajo fe del secretario judicial. En este aspecto, es suficiente con que el fedatario público escuche las cintas remitidas y compruebe que la transcripción enviada responde al contenido auténtico de lo que se escucha en las grabaciones.

-Extensión subjetiva: Como indica la STC 49/1996, de 26 de marzo, se debe determinar los sujetos sobre los que se efectuara la medida (lo habitual es que este será el imputado, aunque no necesariamente siempre) quien ha de ser el titular del derecho al secreto de las comunicaciones y quien no tiene que coincidir obligatoriamente con el dueño del teléfono intervenido, en cuyo caso la policía tendrá el deber de abstenerse de escuchar y grabar las conversaciones ajenas al destinatario de la medida.

-Ubicación procesal: En virtud del presupuesto procesal, se exige que dicha intervención telefónica se realice en el marco de una instrucción judicial en curso, es decir, dentro de un sumario ordinario, en la instrucción del jurado o en unas diligencias previas en el ámbito del proceso penal en curso. Por consiguiente, las intervenciones telefónicas no pueden adoptarse, ni en las diligencias policiales de prevención, ni en la investigación oficial o preliminar a la judicial del Ministerio Fiscal, ni el curso de las atípicas “diligencias indeterminadas”. Como afirma el Tribunal Supremo en la STS 664/1994, de 25 marzo, no pueden autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación de un proceso judicial. Sin embargo, la jurisprudencia ha señalado<sup>29</sup> que si se han autorizado en sede de las llamadas diligencias indeterminadas nos encontraríamos ante una mera irregularidad, que no privaría de validez a la intervención, siempre y cuando su incoación se acuerde por el juez mediante resolución motivada y acto seguido se transformen en diligencias previas, para sé que realice la labor de control, como se indica en la STS 5/2006, de 3 de febrero.

-Necesidad de indicios delictivos: En este aspecto, como expresa LÓPEZ-BARJA<sup>30</sup> “*no debe olvidarse que la Ley exige indicios y estos son distintos de las simples sospechas. Estos deben ser constatados por el Juez no siendo suficiente con las sospechas o indicios policiales. De no existir indicios suficientes para fundamentar el auto de autorización de la medida vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE*”. Por parte de la jurisprudencia del TS se expresa, en la en la STS 1225/1995, de 1 diciembre, que “*la adopción de la medida exige previa existencia de indicios delictivos, no equivalentes a las meras sospechas, en tanto que es la probabilidad de la presunta infracción la que marcará la pauta a seguir, que en eso precisamente consiste la proporcionalidad, todo lo cual descarta desde luego las escuchas pre-delictuales o de prospección si van desligadas de la realización de hechos delictivos concretos*”.

-Principio de especialidad: En lo referente a este principio, se expone en la STS 489/ 1997, de 11 de abril, que “*no cabe decretar la intervención telefónica para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, lo que supondría conceder autorizaciones en blanco, antes al contrario se precisa indicar el tipo delictivo que se está*

---

<sup>28</sup> En este sentido se posiciona la STS 119/2007, de 16 de febrero, añadiendo que es suficiente que se proporcionen por los funcionarios policiales elementos suficientes para que el juez pueda fundamentar su resolución de prórroga.

<sup>29</sup> PÉREZ-CRUZ MARTIN, A. J./ FERREIRO BAAMONDE, X/ PIÑOL RODRÍGUEZ, J.. R./ SEOANE SPIEGELBERG, J.. L., en *Derecho Procesal Penal*, Civitas, 2014, Pág. 386.

<sup>30</sup> LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., en *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, págs., 90 y ss.

*investigando que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, no por novación de dicho tipo sino por adicción o suma de otras peculiaridades penales*". También se pronuncia sobre este aspecto el TC en la STC 49/1996, de 26 de marzo, cuando estima que se produce una divergencia entre la autorización concedida y la investigación practicada por la policía, otorgando el amparo al afectado por la medida.

Una vez se cumplen los requisitos para la autorización de la intervención telefónica, deben de cumplirse, además, todos aquellos que corresponden al procedimiento a través del cual se llevan a cabo las escuchas. El procedimiento debe ser objeto de control judicial, en virtud del art.18.3 de CE, de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a un proceso con todas las garantías previsto en el art. 24.2 CE. La transcripción de las escuchas debe ser bajo fe del secretario judicial, siendo suficiente con que el fedatario público escuche las cintas remitidas y compruebe que la transcripción enviada responde al contenido auténtico de lo que se escucha en las grabaciones como se expone en la STC 126/2000, de 16 de mayo. El procedimiento se lleva mediante el sistema SITEL introducido por el RD 4247/2005 y ley 25/2007, y autorizado por la jurisprudencia en la STS 1078/2009, de 5 noviembre.

Como se ha visto hasta ahora, en lo referente a Marcial, para que la intervención telefónica tenga validez deberá respetar los principios y requisitos mencionados. Sin embargo, el problema surge al determinar si son válidas estas escuchas cuando no es Marcial sobre el que se ejecutan, sino María, como es el caso que nos ocupa. A modo de introducción en el análisis de tal cuestión. Con ello introducimos el caso de los llamados hallazgos causales de pruebas, como ocurre en el supuesto que nos ocupa,

### **2.5.3 Los encuentros casuales.**

Para comenzar, la circular 1/1999, de 29 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado sobre intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales, aclara que *“una vez que el Juez tenga conocimiento del hallazgo causal de un hecho delictivo distinto al investigado, la solución dependerá de que se trate de un hecho relacionado con el incidente investigado o por el contrario se trate de un delito totalmente independiente e autónomo del anterior. En el primer caso deberá darse una orden judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica y continuar con la investigación en igual causa; en el otro caso, el Juez deberá volver a dictar una expresa autorización judicial examinando los criterios de proporcionalidad y competencia para autorizar la continuación de la escucha e incoar la oportuna causa, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se prosiga una investigación diferente de la que ha sido el mero punto de arranque*”. En el sentido del primer supuesto mencionado en dicha circular, el de conexidad, se manifiesta la STS 91/1994, de 21 enero, entendiéndose que no se vulnera el principio de especialidad si existe una adicción o suma, cuando aparte del de las conversaciones sobre los hechos investigados se produzcan otras sobre hechos distintos. Solo se vulnera tal principio en el caso de que exista novación del tipo penal investigado, como sería en el segundo de los casos citados por la circular de la Fiscalía<sup>31</sup>.

En la doctrina LÓPEZ-FRAGOSO<sup>32</sup> hace referencia al criterio de conexidad del art. 17 de la LECrim anteriormente citado el cual *“consiste en el grado de conexión –objetiva/subjetiva-*

---

<sup>31</sup> A esto hace referencia la STS 676/2001, de 15 de abril, cuando plantea que *“concedida la autorización de las escuchas para la averiguación de un hecho delictivo, no cabe que a través de la intervención se investiguen acciones criminales distintas, por lo que, de surgir nuevos hechos, no previstos en la solicitud inicial, deberá extenderse la licencia judicial de escucha a los mismos de un modo formal.”*

<sup>32</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., en *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, págs. 69 y ss.



*que ha de darse entre el hecho delictivo directamente investigado objeto de la medida de intervención telefónica y el delito casualmente descubierto (...) Tal descubrimiento habrá de confrontarse con el fundamento inicial de la medida que en su ejecución permitió adquirir el conocimiento fortuito y, en segundo término, con el sujeto pasivo de la misma. Teniendo en cuenta tanto el factor objetivo como el subjetivo y ante las distintas posibilidades y variaciones que la conjugación de estos criterios ofrece, cabría, por ejemplo, afirmar que no sería utilizable un descubrimiento casual cuando el conocimiento se refiera a un hecho delictivo totalmente independiente del investigado en el proceso en que se ordenó la medida o cuando se refiera a un tercero no sujeto pasivo de la misma. (...) Pero en todo caso, cuando hablamos de la utilización de los descubrimientos casuales nos referimos a su significación probatoria, o sea, obtención casual de fuentes de prueba que pretendan utilizarse como tales en un proceso penal diverso al que fueron obtenidas. Otra cosa habrá que defenderse respecto a los posibles efectos jurídicos que puedan producir estos hallazgos fortuitos como sospecha o notitia criminis, la cual podrá dar lugar al inicio de una instrucción independiente para averiguar y comprobar el conocimiento casualmente obtenido”*

En el mismo sentido de la conexidad se manifiesta RODRÍGUEZ RAMOS<sup>33</sup>, llegando a la conclusión de que, si existe tal conexidad del art. 17 LECrim, los hallazgos surtirán tanto efectos de investigación como de prueba. Sin embargo, de no existir tal conexidad, pero si aparentar gravedad penal suficiente, podrán estos hallazgos estimarse como *notitia criminis* y se deducirá testimonio para que se inicie el correspondiente proceso.<sup>34</sup>

Finalmente, en virtud de la jurisprudencia y doctrina citada hasta el momento en lo referente al hallazgo casual, podemos extraer dos posibilidades. La primera, que exista la conexidad entre delito objeto del hallazgo y el delito inicialmente investigado, de tal forma que como generalmente se acepta en la jurisprudencia y la doctrina, se admitiría la validez de dichos hallazgos tanto a efectos de investigación como de prueba. La segunda, se trata del caso en que no exista tal conexidad, expresando tanto la jurisprudencia como la doctrina citada que en tal caso tendría de igual forma consecuencias jurídicas a modo de *notitia criminis* para la posible apertura de un nuevo procedimiento. Por último, es necesario citar lo expuesto en la STC 49/1996, de 26 de marzo, a modo de resumen de lo anteriormente analizado, “*El control judicial efectivo, en el desarrollo y cese de la medida, es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, dentro de los límites constitucionales. El Juez que la autorice debe, en primer término, conocer los resultados obtenidos con la intervención, y en el supuesto de que se produzca una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, debe adoptar la resolución que proceda, puesto que en otro caso las intervenciones constituirían una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del afectado al respeto de su correspondencia y de su vida privada*”. Por lo tanto y como se ha visto, en caso de hallazgo casual, deberá observarse por el juez la procedencia de la investigación del nuevo hecho, ya sea conexo, ampliando la investigación en curso, o independiente, autorizando una nueva investigación diferente a la inicial.

---

<sup>33</sup> RODRIGUEZ RAMOS, L., en *Las intervenciones Telefónicas, La Prueba en el proceso penal*, op.cit., pág. 457.

<sup>34</sup> A.P. RIVES SEVA en *la intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, op.cit., págs. 191, 192

## 2.6 Conclusiones.

Brevemente, y en virtud de todo lo planteado en este apartado, considero:

En primer lugar, que María es autora no de un delito de asesinato, razón por lo que se le acusa, sino de un homicidio doloso-eventual en grado de tentativa. Esto es así en primer lugar puesto que en el momento en el que Manolo reaparece se entiende no consumado y en ese caso en grado de tentativa, por lo que se descarta la posibilidad de homicidio imprudente. Además, en segundo lugar, no considero que existan razones suficientes para calificar los hechos como un delito de asesinato, puesto que ni existe la circunstancia de precio, ni es posible el ensañamiento. Así mismo, tampoco existe la circunstancia de alevosía puesto que, como se aprecia en la STS 1540/1997, de 15 de diciembre, se descarta la alevosía en estos casos en los que existe una riña previa, sin existir previamente una situación de indefensión frente al agente, ni tampoco se aprecia alevosía en la STS 719/1999, de 10 de mayo, cuando un hombre tira a su esposa por el borde de un muro. Por otra parte, no considero que tan solo se trate de un delito de lesiones, pues se aprecia el “animus necandi”, en el momento que María acepta la elevada probabilidad del resultado de muerte fruto de su acción, de la misma forma que se aprecia dolo de matar en la STS 529/2005, de 27 de abril, cuando se arroja al mar a una persona a la que previamente han dado una paliza, por lo que se entiende la existencia del dolo, cuanto menos eventual. No concurre, a mi parecer, la circunstancia atenuante de obcecación sita en el art. 21. 3º del CP, en virtud de lo expuesto en la STS 857/2008, de 17 de diciembre, puesto que entiendo desproporcionada la reacción de María respecto al estímulo provocador, como es la confesión de Manolo. Las lesiones producidas serían absorbidas, en un concurso aparente, por la tentativa dolosa de homicidio en base a la doctrina expuesta por MUÑOZ CONDE.

Una vez determinadas las características del delito cometido por María, es objeto de cuestión si las escuchas realizadas son válidas para constituir una prueba que se pueda emplear posteriormente en un procedimiento contra ella. En primer lugar, cabe mencionar se trata de un caso de hallazgo casual, en el marco de una intervención telefónica que tiene como destinatario a Marcial por un presunto delito contra la salud pública. A este aspecto del hallazgo casual resultan dos conclusiones. La primera es la de la conexidad, en virtud de la cual si el hecho descubierto resultare conexo o relacionado con el inicialmente investigado no habría impedimento para acumularlo a la investigación en curso como expresa la circular 1/1999, de 29 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado sobre intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales. En el sentido de dicha circular se manifiesta la STS 91/1994, de 21 enero, entendiéndose que no se vulneraría el principio de especialidad. La segunda, como expone LOPEZ-FRAGOSO, se trata de que los hechos delictivos objeto de hallazgo no guarden relación de ningún tipo con el inicialmente investigado o cuando se refieran a un sujeto no pasivo de la intervención. En este segundo caso, no podrían ser utilizados STS 676/2001, de 15 de abril. En este sentido concluye la STC 49/1996, de 26 de marzo, respecto a la intervención telefónica, que deberá el juez conocer los resultados obtenidos y deliberar sobre lo que proceda en el caso de que exista divergencia entre el delito objeto de investigación y los hechos realmente investigados, como es el caso que nos ocupa. Por lo tanto y en virtud de la jurisprudencia y doctrina mencionadas no se pueden considerar válidas las escuchas respecto a María, puesto que el presunto delito de tentativa de homicidio del que sería autora no guarda ningún tipo de relación con el inicialmente investigado, en este caso de tráfico de drogas y, así mismo, ni siquiera es destinataria de la intervención, por lo que se vulnera el principio de especialidad y carecen, por tanto, de validez a estos efectos. Sin embargo, como expresa el mismo LOPEZ FRAGOSO y comparte RODRÍGUEZ RAMOS, no hay impedimento para que tales

hallazgos puedan tener consecuencias jurídicas al ser tenidos en cuenta a modo de “*notitia criminis*” para poder iniciarse una instrucción independiente con motivo de investigar los hechos objeto del descubrimiento fortuito. En este sentido se pronuncia la STS 1762/1994, de 11 octubre, “*no puede renunciarse a investigar la notitia criminis inicialmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquella sea mero punto de arranque*”.

### **3. La violencia de género y doméstica y sus correspondientes consecuencias jurídicas.**

Para comenzar es necesario hacer mención a lo que se ha analizado en la primera cuestión, es decir, a la validez del matrimonio entre María y Marcial. En dicha cuestión se ha llegado a la conclusión de que dicho matrimonio es plenamente válido y estos, por tanto, se encuentran ligados por una efectiva relación conyugal. Dicho esto, el comportamiento que realiza Marcial, no es respecto de cualquier persona, sino que lo es frente a su cónyuge y frente a su hija lo que puede ocasionar consecuencias diferentes de si actuase frente a persona ajena. Además, para determinar las consecuencias jurídicas, es necesario definir o calificar el comportamiento de Marcial bajo alguno de los supuestos previstos por el Código Penal, cuestión que se desarrollara inmediatamente después. Por último, cabe mencionar que tal comportamiento se ha desarrollado en el ámbito familiar, lo que condicionara también la determinación de las consecuencias jurídicas.

#### **3.1 Análisis y calificación jurídica del comportamiento de Marcial.**

Tal y como se menciona en el supuesto de hecho, el comportamiento de Marcial es agresivo, es decir, se caracteriza por el uso de la violencia. Además, esta violencia no solo acarrea daños físicos, sino que también puede venir acompañada de intimidación y maltrato psicológico. Así mismo, la víctima no es persona ajena, sino aquella persona con la que se encuentra ligada por relación conyugal, en este caso María, y dentro del ámbito doméstico siendo víctima también su propia hija, menor de edad, Elisa.

Una vez expuestos las circunstancias concretas del supuesto de hecho, es necesario hacer alusión al régimen jurídico de la violencia de género y doméstica, puesto que, aun no habiendo analizado y determinado si el comportamiento de Marcial es constitutivo o no de alguno de estos tipos, es seguro que se deberá hacer mención por las propias circunstancias del hecho concreto.

Por una parte, la violencia de género es aquella que comprende todo acto de violencia física y psicológica cuando hay o ha habido una relación afectiva o sentimental análoga a la conyugal entre agresor y víctima, y que surge como manifestación del ejercicio de poder del hombre sobre la mujer, y con independencia de que haya habido o no convivencia.

La violencia doméstica supone, por otra parte, y de igual forma, violencia física y psicológica, pero únicamente dentro del ámbito familiar y tiene por objeto a la mujer por causa de una discriminación sufrida por esta a raíz de una desigualdad histórica en la distribución de roles sociales<sup>35</sup>. Importante en este aspecto es la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros. En dicha ley se eleva a la categoría de delito las acciones que anteriormente, por no ser de carácter habitual, eran consideradas faltas, siendo delito cualquier agresión que se produzca en el ámbito familiar en virtud del art. 153 CP. Por otra

---

<sup>35</sup> MIRAT HERNÁNDEZ, P. / ARMENDÁRIZ LEÓN, C., en *Violencia de Género Versus Violencia Doméstica: Consecuencias Jurídico-Penales*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2006, pág. 12.

parte, a través del art. 173.2 del CP se regulan los malos tratos habituales, incluidos ya no en los delitos contra la salud, libertad o seguridad, sino en aquellos que actúan contra la integridad moral teniendo bien jurídico protegido distinto al anterior. Además, se aumenta el número de sujetos pasivos de dicho tipo.

La violencia sobre la mujer, así como la doméstica o familiar, se trata de uno de los temas de mayor preocupación en España dado el incremento de la sensibilización ciudadana respecto a ello. La respuesta jurídica más relevante respecto a este problema, por parte del legislador, ha sido la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>36</sup>. Aunque esta ley se refiere en general a la violencia de género también se abarca el ámbito familiar pues como explican MIRAT HERNÁNDEZ Y ARMENDARIZ LEÓN, “*en todas sus modificaciones se refieren a la esposa o mujer que este o haya estado ligada al agresor por una relación de afectividad y junto a ella, a las personas vulnerables que convivan con el autor, o las personas que se recogen en el art. 173.2 del CP.*” Fue objeto de cuestión<sup>37</sup> en primer lugar, el hecho de que la LO 1/2004 vulnerase el principio de proporcionalidad puesto que castigaba mediante pena de prisión conductas poco peligrosas que en otros casos constituirían meras faltas, a lo que el TC entendió en el ATC 233/2004, de 7 de junio, que no existe desequilibrio dada la importancia de la problemática de la violencia de género. Así mismo también fue discutida la vulneración por dicha ley del principio de igualdad, por ser más duro el tratamiento cuando el agresor sea un hombre y la víctima una mujer, a lo que el TC en la STC 59/2008, de 14 de mayo, responde que la agresión por parte del hombre a la mujer en el ámbito de la pareja tiene consecuencias lesivas superiores a otras formas de agresión, por la discriminación y sometimiento que sobre dicha mujer se ocasiona.

Una vez expuestos los términos básicos procederemos, a continuación, a analizar cada una de las acciones realizadas por Marcial de manera independiente, determinando si son constitutivas o no de violencia de género y doméstica.

### **3.1.1 Primera acción: Lesión causada a María en enero de 2010.**

En el primero de los casos, y como se indica en el supuesto de hecho, Marcial procede a agredir a María cuando los dos se encuentran en el domicilio común o familiar. La consecuencia del golpe es el derrame en el ojo derecho de María, por lo que existe tanto acción como producción del resultado. Además, se aprecia dolo de lesionar por parte de Marcial Partiendo de esta base es necesario determinar en un primer momento. Si en este caso no encontramos ante un delito de lesiones, previsto en el art. 147 del CP, o bien ante una mera falta de lesiones, prevista en el art. 617 del CP.

La antigua falta de lesiones establecida en el art. 617 del CP expresaba, en su apartado primero, “*El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses*”. Esta falta es suprimida por la vigente Ley 1/2015 de reforma del Código Penal, dotando al antiguo supuesto de esta falta carácter de delito leve. Sin embargo, dado que los hechos fueron cometidos en el año 2010, en virtud del principio de irretroactividad de la norma penal no es posible la aplicación retroactiva de aquellas normas

---

<sup>36</sup> Así expresa el artículo 1º de dicha Ley, que establece, en su primer apartado, que su objeto es “*actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”.

<sup>37</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.) / RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.) en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, op.cit., pág. 90.

que crean o agravan la responsabilidad penal, por lo que se aplicaría igualmente la falta del art. 617 CP<sup>38</sup>.Dicho esto, el art. 147 del CP expresa en su apartado primero “*El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de 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*”. Por lo tanto, y en virtud de los hechos acaecidos en el supuesto de hecho, no percibe María asistencia facultativa, o al menos, de percibirla, no consta que para la sanidad de la lesión haya sido necesario tratamiento médico o quirúrgico, por lo que no podría ser calificada la acción en principio como delito de lesiones, sino como una falta del art. 617 del CP. De tal forma se manifiesta el TS en la STS 724/2008, de 4 de noviembre.

Sin embargo, esto no es posible en virtud de lo expuesto anteriormente, en referencia a la violencia de género y doméstica. Como expone la LO 11/2003, citada anteriormente, se elevan a la categoría de delito aquellas lesiones constitutivas de falta cometidas sobre los siguientes miembros del grupo familiar de los enumerados en el art.173.2º del CP “*su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*”<sup>39</sup>. Es indiferente en este aspecto que se trate de la primera agresión, pues esto sucede con independencia de si existe habitualidad o no. Debido a que María es su cónyuge, la acción será constitutiva de un delito de lesiones del art. 153.1º del CP<sup>40</sup> y no de una falta del art. 617 del CP, lo cual sucedería si la víctima fuera un extraño, tal y como expresa la SAP de Madrid 22/2005, de 3 de marzo. Además, concurre la agravante del art. 153.3º del CP, pues como se expresa en este, la acción se lleva a cabo en “*el domicilio común o en el domicilio de la víctima*”. Así mismo, la forma de aparición del delito es la de consumación y Manolo es autor pues tiene el dominio del hecho (art. 27 y 28 CP).

### **3.1.2 Segunda acción: lesiones a María en marzo de 2010.**

En este segundo caso vamos a analizar ambas acciones en conjunto por tratarse de hechos acaecidos el mismo día y con origen en un mismo acto. Existe una conducta violenta por parte de Marcial, desde el momento de la llamada finalizando con la agresión sobre María. Se entiende la circunstancia de dominación pues Marcial increpa a María para que esta vuelva a casa, de forma violenta y en contra de su voluntad, lo que supone un hecho de intolerable dominación, como se expresa en la SAP de Tarragona 880/2005, de 17 de octubre.

En lo que respecta a la llamada de Marcial, se muestra en el supuesto de hecho que este increpa a María y se dirige violentamente hacia ella. Se debe determinar en este momento si

---

<sup>38</sup>Será de aplicación su última modificación antes de los hechos. publicada el 26/11/2003, en vigor a partir del 01/10/2004.

<sup>39</sup>Sera de aplicación su última modificación previa a los hechos, publicada el 30/09/2003, en vigor a partir del 01/10/2003.

<sup>40</sup>Aplicable en su última modificación antes de los hechos, con fecha publicada el 29/12/2004, en vigor a partir del 26/06/2005.

este hecho concreto puede ser constitutivo de un delito de coacciones. El delito de coacciones está previsto en el art. 172 del CP<sup>41</sup> el cual expresa que *“El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”*. Si bien no se aprecian unas coacciones graves, si puede entenderse que se trata de unas coacciones leves, comprendidas en el art. 620 del CP. Sin embargo, de la misma forma que en el apartado anterior, a pesar de tratarse de unas coacciones leves, se trataría de un delito en este caso por razón del sujeto pasivo o víctima, en virtud del art. 172.2º del CP.

En lo que respecta a las lesiones, estas constituyen, al igual que en la primera acción, un delito previsto en el art.153.1º del CP y no una falta del art. 617 del CP, aplicando las mismas modificaciones de la Ley penal expresadas en él punto anterior. Esto se debe, en primer lugar, por no requerirse de tratamiento quirúrgico. Por otra parte, en segundo lugar, se trata de una lesión teniendo como víctima a su esposa por lo que entra la circunstancia de violencia de género o doméstica. Así mismo, también concurre la agravante del art. 153.3º del CP por realizarse la acción en *“el domicilio común o en el domicilio de la víctima”*.

Por otra parte, teniendo en cuenta el estado de gestación en el que se encontraba María en el momento de los hechos correspondientes, es necesario mencionar la posibilidad que pudo existir de realizarse el tipo del art. 157<sup>42</sup> del CP, por el cual se castiga al que *“por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica”* o en su defecto, del art.158 del CP<sup>43</sup> por el cual se castigaría *“el que por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior”*. Sin embargo, al no mencionarse en el supuesto de hecho si el feto sufrió alguna enfermedad o secuela derivada de la agresión por parte de Marcial, entiendo que no se aplica en este caso los artículos expuestos. Así mismo, la forma de aparición del delito es la de consumación, Manolo es autor pues tiene el dominio del hecho (art. 27 y 28 CP) y no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, razones idénticas a las expuestas anteriormente respecto a la primera acción.

### **3.1.3 Tercera acción: Lesiones ocasionadas a María en septiembre de 2012.**

Esta vez se efectúa por parte de Marcial una agresión de carácter grave, siendo víctima María. Dicha lesión obliga a esta a ser hospitalizada durante un tiempo y a requerir tratamiento quirúrgico. Se manifiesta de nuevo la posición de dominación que ejerce Marcial sobre María, comportamiento que tal y como se menciona en el supuesto de hecho tiene ya carácter habitual. Se produce el resultado de lesión y la imputación objetiva es clara frente a Marcial.

Una vez determinada las características de la agresión, se puede calificar como constitutiva de un delito de lesión del art. 147.1º del CP<sup>44</sup>, pues fue necesario requerir de tratamiento quirúrgico dos veces, así como hospitalización durante un periodo de dos meses y 13 días, resultando así mismo cicatrices derivadas de los golpes. Sin embargo, no se aplica el tipo básico pues la víctima de las lesiones se trata de la esposa del agresor (María), por lo que se entiende que nos encontramos de nuevo ante un suceso de violencia de género o doméstica.

---

<sup>41</sup> Se aplica lo dispuesto en su Modificación publicada el 29/12/2004, en vigor a partir del 26/06/2005.

<sup>42</sup>Aplicable en su última modificación previa a los hechos publicada el 26/11/2003, en vigor a partir del 01/10/2004.

<sup>43</sup> Aplicable en la misma modificación que la empleada para el art.157 CP.

<sup>44</sup> Se aplica lo dispuesto en su Modificación publicada el 26/11/2003, en vigor a partir del 01/10/2004

En virtud de las características personales de la víctima, es de aplicación el art. 148.4° del CP<sup>45</sup> “*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*”. Dicho precepto no es compatible con la agravación del art. 153.3° del CP puesto que esta última se aplica para los supuestos del apartado primero y segundo del propio art. 153 del CP. Por último, es necesario mencionar que las cicatrices en la cara de María, en virtud de la STS 759/2013, de 24 de octubre, pueden ocasionar que el tipo elegido sea el previsto en el art. 150 del CP. A través del mismo se agrava la pena de todo aquel “*que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.*” En este sentido, FELIP I SABORIT expresa que de “*tratarse de un resultado muy grave, procederá la aplicación de este tipo junto con la agravante de género o parentesco (arts. 22. 4ª y 23 CP)*”, por lo que quedaría desplazado el tipo previsto en el art. 148.4° del CP por el del 150 del CP.

Finalmente, en lo que respecta a las consecuencias jurídicas, dado que en este caso se calificó el hecho como constitutivo de un delito previsto en el art.150 del CP, por lo que corresponderá una pena de prisión de tres a seis años junto con la agravante de parentesco sita en el art. 23 del CP en virtud de la cual “*Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge...*”. Así mismo, la forma de aparición del delito es la de consumación, Manolo es autor pues tiene el dominio del hecho (arts. 27 y 28 CP) y como se ha visto, concurre la agravante de parentesco del art.23 del CP por la que se puede modificar la responsabilidad criminal.

### **3.1.4 Cuarta acción: lesiones ocasionadas a María el 12 de octubre de 2013.**

Es necesario mencionar, en primer lugar, que María previamente a este suceso emprendió medidas legales contra Marcial, mediante denuncia y solicitud de orden de alejamiento. Dicha circunstancia pone de manifiesto la habitualidad del comportamiento de Marcial, que incluso permanece después de tal denuncia. Posteriormente se analizarán las consecuencias de una orden de alejamiento y su eventual incumplimiento, como se da en este caso. Como se relata en el supuesto de hecho, Marcial agrede primero a María, propinándole una serie de golpes en el estómago, los cuales ocasionan la necesidad de acudir al hospital y de recibir sedación derivada de la ansiedad provocada por la situación de violencia creada por Marcial. Se aprecia el dolo de lesionar de Marcial derivado de los múltiples golpes que proporciona. Así mismo queda evidenciada la imputación objetiva respecto a Marcial. Una vez más existe un escenario de dominación, por parte de Marcial, creando una discriminación hacia María.

Expuestas las características de la acción, se pueden calificar los golpes propinados a María como constitutivos de un delito del art. 153.1° del CP<sup>46</sup>. Se aplica tal precepto, en primer lugar, dado que no se requiere tratamiento quirúrgico, pues como se relata en el supuesto de hecho, no se expresa la necesidad del mismo en virtud de las lesiones sino de una profunda ansiedad que sufre María. Además, en segundo lugar, se aplica este y no la falta del art. 617 del CP por las circunstancias subjetivas propias de la víctima, por lo que se aprecia una situación de violencia doméstica o de género. Es ahora objeto de cuestión si el infarto que sufre María, a raíz de la profunda crisis de ansiedad que padece, puede ser imputable al comportamiento de Marcial. En este aspecto, existirían dos opciones; la primera sería imputar

---

<sup>45</sup> Aplicable en su última modificación previa a los hechos publicada el 29/12/2004, en vigor a partir del 26/06/2005.

<sup>46</sup> Aplicable en su última modificación antes de los hechos, con fecha publicada el 29/12/2004, en vigor a partir del 26/06/2005

la crisis de ansiedad a la agresión previa de Marcial, es decir, a un hecho concreto, como sucede en los casos de agresiones sexuales que producen menoscabo de la salud psíquica. En estos casos como se entiende en el pleno no jurisdiccional de la sala segunda del TS, del 10 de octubre de 2003, las propias agresiones consumen a las lesiones psíquicas producidas, sin perjuicio de la responsabilidad civil que ocasionen, doctrina seguida en la STS 128/2004, de 4 de febrero. La segunda opción, que me parece más adecuada al caso, como se desarrollará posteriormente, es la posibilidad de que dicha ansiedad haya sido provocada por una generalidad de actos a lo largo del tiempo, en este caso de violencia doméstica o de género, que hayan ocasionado el menoscabo de la salud psíquica de María. Es necesario mencionar que, aunque no se especifique el lugar de los hechos, es probable que hayan sucedido en el domicilio común, dada la habitualidad del modus operandi de Marcial respecto a la violencia doméstica. Junto a esto, es imprescindible también mencionar que los hechos se llevan a cabo en presencia de Menor, puesto que Elisa apenas supera los 3 años de edad. Dicho esto, concurriría, junto con el delito del 153.1º del CP, la agravante del art. 153.3º del CP, de forma segura respecto a “*cuando el delito se perpetre en presencia de menores*” lo cual confirma el tipo. Así mismo, la forma de aparición del delito es la de consumación, Manolo es autor (arts. 27 y 28 del CP).

### **3.1.5 Quinta acción: lesiones ocasionadas a Elisa el 12 de octubre de 2013.**

En lo que se refiere a la agresión por parte de Marcial hacia Elisa, nos encontramos ante una acción que tiene como víctima en este caso a su propia hija, y no a su esposa, como sucede en el resto de casos. Por ello se debe analizar si tal conducta constituye también un delito de violencia doméstica o de género, pues se trata de un sujeto pasivo diferente a los demás casos. En primer lugar, cabe decir que no se expresa la necesidad de tratamiento quirúrgico para la sanidad de Elisa, si bien se relata que, al menos, recibió una primera asistencia facultativa en el hospital, pues sufre un derrame en el ojo. De esta forma, se confirma el resultado de lesión. No se aprecia que exista delito de lesión del art. 147.1º del CP, pues tan solo se menciona la existencia de una primera asistencia facultativa y no de un tratamiento quirúrgico. Dicho esto, sería de aplicación la falta de lesiones del art.617 del CP. Sin embargo, en virtud del art.153.1º y 2º del CP se entiende que se trata de un caso de violencia doméstica. Dicho artículo en su primer apartado, protege tanto a la mujer o ex mujer, como a aquellas “*personas especialmente vulnerables que convivan con el autor*”, entre las que podemos entender que se encuentra Elisa, por tener esta poco más de tres años de edad. Además, confirma el tipo el apartado segundo de dicho artículo al introducir como sujetos pasivos a los citados en el art. 173.2 del CP, entre los cuales se encuentran los descendientes del agresor, por lo que, de no entenderse a Elisa como persona vulnerable por parte del tribunal, se aplicaría este último supuesto. La forma de aparición del delito es la de consumación, y Manolo es autor. En este caso concurrirá la agravante del art. 153.3 del CP si se confirma que los actos fueron realizados en domicilio común.

### **3.2 La violencia habitual en el ámbito familiar.**

Una vez analizados cada uno de los actos cometidos por Marcia de manera individual, se determinará si dichos actos en conjunto pueden constituir un caso de violencia habitual en el ámbito familiar. El código penal recoge en su art.173.2º la violencia habitual en el ámbito familiar. Este en este precepto<sup>47</sup> se tipifica y castiga el ejercicio de violencia física o psíquica habitual contra personas del entorno de convivencia del sujeto y con independencia del castigo que corresponda por los actos de violencia individualmente contemplados. Esto es así

---

<sup>47</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.) / RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.) en *Lecciones De Derecho Penal Parte Especial*, op.cit., pág. 121.



pues el bien jurídico protegido en este precepto es el de la integridad moral, a diferencia del bien protegido por ejemplo en las lesiones, como es la salud. De tal forma son compatibles entre sí cada una de las conductas violentas individualizadas junto con este tipo de violencia habitual. A continuación, se analizará si el comportamiento de Marcial cumple los requisitos previstos en la legislación y en la jurisprudencia para realización del tipo.

Para comenzar, se debe determinar si las acciones de Marcial tienen como víctima a persona con la que concurra relación familiar de las previstas en el art. 173.2º del CP. Se cumple esta condición por ser María esposa del agresor, protegida en el apartado segundo de dicho artículo “*su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad*” y Elisa su descendiente, también protegida en dicho apartado “*sobre los descendientes*”. Se cumple, por tanto, el primer requisito del art. 173.2º del CP.

Como segunda circunstancia cabe mencionar que tal y como se relata en el supuesto de hecho el comportamiento violento de Marcial es continuo en el tiempo, es decir, se aprecia el carácter habitual de las acciones. Así reza el art.173.3º del CP exponiendo que “*para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores*”. Sin embargo, esta condición ha sido objeto de diferentes corrientes interpretativas. Se debe, por tanto, exponer cual es el criterio de la jurisprudencia para determinar la habitualidad de un comportamiento constitutivo de violencia doméstica. Respecto a esto la STS 580/2006, de 23 de mayo, especifica que, se entiende habitualidad<sup>48</sup> cuando “*la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto... vienen a crear, por su repetición, una atmosfera irrespirable o un clima sistemático maltrato, no solo porque implica vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar*”<sup>49</sup>. En lo que respecta al caso concreto, entiendo que se aprecia habitualidad, tanto por lo relatado en el supuesto de hecho, haciendo referencia literal a la continuidad del comportamiento violento de Marcial, como por la igualdad en la forma de cometer tales conductas violentas, siempre a través de agresiones discriminando tanto en un principio a su esposa como finalmente a su hija Elisa. Dicho lo anterior, la conducta típica del delito del 173.2º del CP consiste<sup>50</sup> en la realización habitual de actos de violencia física o psíquica. Desde mi perspectiva Marcial no solo realiza actos de violencia física, como queda evidenciado a través de las agresiones, sino que también realiza actos de violencia psíquica, más difíciles de apreciar. Muestra de tal violencia psíquica es, por ejemplo, la llamada que realiza a María cuando ella acude a cenar con sus amigas, en la que de modo violento él le increpa a ella para que vuelva a casa. Sin bien este acto en si no será constitutivo de delito o falta, es manifiesto, junto con las correspondientes agresiones físicas, del ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia como así se expone en la ya citada STS 580/2006, de 23 de mayo. También es síntoma del daño a la integridad moral el miedo que le lleva a dirigir

---

<sup>48</sup> ZUGALDIA ESPINAR, J. M / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., en *Derecho penal Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 240, 241.

<sup>49</sup> En este sentido también la STS 770/2006, de 13 de julio, que indica que, en lo referente al número de actos, entiende el TS que lo importante para apreciar dicha habitualidad no es la pluralidad de actos, sino el hecho de una repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento.

<sup>50</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.) / RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.) en *Lecciones De Derecho Penal Parte Especial*, op.cit., pág. 121.

la denuncia contra Marcial. Manifiesto último de esta violencia psíquica es, como se citó anteriormente, la situación de incontrolable ansiedad en la que se encuentra María tras la última agresión que desencadena en la producción del infarto. Esta ansiedad, sería producto de la situación de discriminación y temor en la que se encuentra María a raíz de los continuos episodios de violencia por parte de Marcial. Por un lado, la STS 725/2007, de 13 de septiembre, expresa que *“en modo alguno puede considerarse que el delito de violencia doméstica absorba las lesiones psíquicas sufridas por la víctima, consistentes en trastorno de adaptación que tiene su causa en la situación de conflicto y maltrato psicológico causado por el recurrente y que mantiene su propia sustantividad con independencia de los concretos actos o conducta de agresión física o psíquica.”* Sin embargo, contradice este argumento la STS 510/2009, de 12 de mayo, al expresar que *“el trastorno psíquico que lleva a la acusación particular a solicitar un castigo por delito de lesiones no se seguiría de ningún hecho concreto, sino del conjunto de agresiones castigado, por una parte, y, por otra parte, por vía del delito de maltrato habitual del artículo 173 del Código penal”* a lo que concluye que *“en tal caso, a criterio de esta Sala, no procede desdoblarse el castigo de estos resultados psíquicos lesivos añadiendo el castigo por un delito de lesiones, sino entender que estamos ante un resultado derivado del maltrato habitual que se castiga ya por vía del artículo 173 del Código penal”*. Por tanto, entiendo que el caso concreto concurre lo expuesto en último caso por dicha sentencia, por lo que la ansiedad queda subsumida en el delito de violencia habitual del art. 173.2º del CP.

Finalmente, considero que el comportamiento de Marcial es constitutivo no solo de cada uno de los delitos de lesiones analizados anteriormente de forma singular, sino que también es constitutivo de un delito de violencia habitual en el ámbito familiar por el conjunto de estos actos, pues se cumplen tanto las exigencias por parte de la regulación como las condiciones expuestas a través de la jurisprudencia del TS.

### **3.3 Análisis del incumplimiento de la orden de alejamiento.**

#### **3.3.1 La orden de alejamiento y la orden de protección de víctimas.**

Tal y como se relata en el supuesto de hecho, María no solo denuncia a Marcial, sino que también solicita una orden de alejamiento. A continuación, analizaremos las consecuencias del incumplimiento de tal medida, como es objeto en el caso.

La orden de protección<sup>51</sup> es un auto del Juez de Violencia sobre la Mujer, dictado de oficio o a solicitud de alguna de las Víctimas de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2º del CP y previa audiencia de la víctima, su agresor y el ministerio fiscal. A través de ella se imponen al imputado el cumplimiento de determinadas obligaciones personales, tales como su salida del domicilio, la prohibición de acercarse, tanto a él, como a la víctima, con respecto a la cual se determinará su alejamiento, pudiendo adoptar así mismo medidas civiles, tales como la suspensión de la patria potestad o del régimen de visitas. Dicha orden de protección<sup>52</sup> no constituye medida cautelar alguna, sino una resolución provisional, tendente a la protección de la mujer y sus descendientes frente a la violencia machista y dirigida contra el cónyuge o persona de una unión de hecho, en este caso Marcial, presunta autora de alguno de los delitos antes mencionados, por lo que se establecen al imputado diferentes obligaciones de no hacer dirigidas a garantizar la indemnidad de la víctima hasta tanto se celebre el juicio oral.

---

<sup>51</sup> GIMENO SENDRA, V., en *Manual de Derecho Procesal Penal*, op.cit., págs. 495, 496.

<sup>52</sup> Esta orden de protección fue introducida por la Ley 27/2003 en el art. 544 ter LECrim y por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Además, es necesario hacer alusión a la orden de alejamiento, prevista en el art 48.2 de la LECrim como pena privativa de derechos. Sin embargo, es a raíz del art. 544 bis de la LECrim, introducido por la Ley 14/1999, de 9 de junio, cuando se convierte en resolución provisional a adoptar por el Juez de instrucción lo previsto en dicho artículo. De tal forma, el Juez de instrucción puede, en el curso de la fase de investigación de uno de los delitos mencionados en el art. 57 del CP (entre los que se encuentran las lesiones y aquellos contra la integridad moral, como el de violencia habitual en el ámbito familiar), imponer al imputado, siempre de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario a raíz de las circunstancias, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, que es la que nos ocupa. Deben existir indicios fundados de la comisión de alguno de los delitos previstos en el art. 57 de la LECrim, como se manifiesta a través de la denuncia de María. Además, ha de ser una medida excepcional, provisional y proporcionada a la consecución del fin de protección.

Se aprecia que la solicitud que hizo María junto a la denuncia se corresponde con dicha orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, puesto que los hechos cometidos por Marcial se encuadran dentro del supuesto de hecho de tal orden. Además, como se expresa en el art. 544 ter de la LECrim en su apartado tercero, esta puede ser acordada de oficio por el Juez o ministerio fiscal, por lo que, de no ser esta solicitada por María, puede acordarse de igual forma en virtud de los hechos fundamento de la denuncia. Una de las obligaciones impuestas a Marcial será, por tanto, la prohibición de aproximarse o comunicarse con María previstas en el art.48 LECrim.

### **3.3.2 El delito de quebrantamiento de condena.**

Una vez determinadas las características de la medida adoptada respecto a Marcial, es objeto de cuestión ahora si del incumplimiento de tal medida de protección pueden producirse consecuencias jurídicas penales. Para comenzar es necesario hacer alusión al art. 468 del CP, el cual describe el tipo básico de quebrantamiento de condena en los siguientes términos<sup>53</sup> *“los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.”* Se trata de un delito especial, que solo puede ser cometido por la persona afectada en cada caso por la condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia (de ahí que se le denomine como auto quebrantamiento). Sin embargo, lo importante respecto al caso concreto es lo dispuesto en el apartado segundo, el cual expresa que *“se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.”* En virtud de este apartado, se aprecia que, si el incumplimiento versa sobre una de las medidas del art. 48 de la LECrim, tales como la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, u otras medidas cautelares o de seguridad, impuestas en razón a la comisión de un delito de violencia de género o domestica no solo será constitutivo de delito, sino que además lo será del tipo agravado. Por lo tanto, entendemos que, habiéndose impuesto una de las medidas mencionadas a Marcial, se puede considerar a este, al reanudar la convivencia con María cuando dicha medida continuaba vigente, como autor del delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2º del CP.

---

<sup>53</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.) / RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.) en *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, op.cit., pág. 410.

Es necesario considerar, llegados a este punto, si la circunstancia de que la reanudación de la convivencia se lleve a cabo con el consentimiento de la víctima, como en el caso que nos ocupa, afecta o no a la punibilidad de tal quebrantamiento. En este aspecto es necesario mencionar primero la STS 1156/2005, de 26 de septiembre, en virtud de la cual, en un caso con idénticas circunstancias al que nos ocupa, se expone que *“si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a “vivir juntos”*”. Sin embargo, pese a lo establecido anteriormente en el fallo, termina por absolver al hombre que incumplió la medida de protección impuesta exponiendo que *“en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, 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”*. Esta sentencia manifiesta el periodo de vacilación que existió en la jurisprudencia hasta la llegada del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de fecha de 25 de noviembre de 2008 a través del cual quedo resuelta la tal cuestión. En este acuerdo se estableció expresamente que, en los casos de medidas cautelares de alejamiento, *“el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad del art. 468 del CP.”*<sup>54</sup> Por tanto, se entiende ahora que indiferentemente de que exista el consentimiento de María, la reanudación de la convivencia ocasionara por parte de Marcial la realización del delito de quebrantamiento de condena del art.468. 2º del CP. Dicho esto, se entiende que, además de justificarse la aplicación de la agravante del 153.3º del CP tanto en la cuarta como en la quinta acción por las razones ya expuestas, se confirmara la aplicación de esta por razón de realizarse el delito *“quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.”*

### **3.4 Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del comportamiento de Marcial.**

#### **3.4.1 Circunstancias agravantes.**

Para comenzar, es necesario hacer alusión a la circunstancia mixta de parentesco, empleada en la calificación jurídica de la tercera acción en cuyo caso se aplica junto con el art. 150 del CP. Dicho esto, resulta imprescindible explicar porque razón se aplica únicamente en ese caso y no en todos los demás, pues se entiende que las acciones se llevan a cabo siempre contra alguno de los sujetos que determinan la aplicación de dicha agravante. El motivo por el que la circunstancia de parentesco, en virtud del art. 67 CP, no se aplica, es porque la Ley ya la tiene en cuenta al describir o sancionar la infracción, en este caso en los arts. 153 y 173. 2º del CP, pues de otro modo supondría una vulneración del principio *non bis in ídem*, al existir una doble valoración de tal circunstancia. Así mismo y por idénticas razones, no sería de aplicación la circunstancia agravante del abuso de confianza ni la de abuso de superioridad, pues ya se incluyen en el tipo penal. Se podría apreciar también la existencia de la circunstancia agravante de reincidencia, sin embargo, y como se expresa en el art. 22. 8º del CP *“hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado*

<sup>54</sup> Esta línea fue la seguida por la STS 539/2014, de 2 de julio, entre otras.

*ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”, por lo tanto, al no haber sido condenado Marcial previamente por alguna de las acciones cometidas no podrá entenderse tal circunstancia.*

### **3.4.2 Circunstancias eximentes y atenuantes.**

En lo referente a las posibles circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad criminal, se debe hacer alusión a los hechos relatados en el supuesto del caso que nos ocupa. En primer lugar, se menciona en el supuesto que Marcial, al tiempo de los actos cometidos en la madrugada del 12 de octubre de 2013, se hallaba en un estado muy alterado y que termino agrediendo tanto a su esposa como a su hija. En los momentos posteriores al suceso, la policía realiza la prueba de alcohol y drogas, a través de la cual se tiene conocimiento de que Marcial se encontraba bajo los efectos del alcohol, en elevada cantidad, y bajo los efectos de la cocaína. Así mismo, se menciona que se trata de una persona drogodependiente, y que ingresa voluntariamente en una clínica con la voluntad de desintoxicarse.

Dicho lo anterior, es tiempo ahora de determinar qué efectos jurídicos se derivan de la comisión de un hecho delictivo bajo un estado de intoxicación y en qué grado se deben tener en cuenta para la modificación de la responsabilidad penal. Para comenzar, el art. 20.2° del CP expresa que estará exento de responsabilidad *“el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacentes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.”* Continúa el art. 21 del CP en su apartado primero, expresando que, no se exime de responsabilidad, pero si se atenúa esta cuando concurren *“las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.”* Además, hace mención en su apartado segundo al caso *“de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.”* Llegados a este punto, resulta necesario determinar cuál es el grado en el que se debe aplicar esta eximente o, en otro caso, atenuante. Para ello se utilizarán las pautas expresadas en las SSTS 1539/1997, de 17 de diciembre y 312/1998, de 5 de marzo, que manifiestan que hay que distinguir en los artículos 20 y 21 sobre toxicomanía varios estados. Para el caso concreto seguimos la opción de que *“la intoxicación no produzca plenos efectos sobre la capacidad de comprensión o cuando la intoxicación por consumo de drogas no sea plena, o cuando actúe bajo el síndrome de abstinencia teniendo su imputabilidad sensiblemente disminuida, aunque no anulada”* de manera que, como expresa el TS *“sería aplicable la eximente incompleta del artículo 21.1 del Código Penal.”* En virtud de dichas pautas se entiende que, si bien Marcial se encontraba bajo un estado de intoxicación que provoco su alteración, este no era tan pleno como anular con totalidad su capacidad para comprender la ilicitud del hecho, además de que su acción no fue un hecho novedoso y aislado, sino una de sus múltiples agresiones en el ámbito doméstico a lo largo de varios años. Por ello, se aprecia que no existe una inconsciencia plena pues si bien no fue capaz de controlar su voluntad si fue consciente este de la ilicitud de su comportamiento. Dado en ese momento se encontraba bajo los efectos tanto de las drogas como del alcohol, parece dudoso, que el motivo de sus actos, fuese el síndrome de abstinencia. En cualquier caso, parece adecuado aplicar una eximente incompleta del art. 21. 1° del CP. Cabe decir que tal circunstancia atenuante lo será respecto de la responsabilidad penal derivada de los hechos acaecidos el 13 de octubre de 2013, puesto

que, en los demás casos, no se tiene constancia de tal drogadicción ni de haber actuado bajo los efectos de ninguna sustancia.

Por último, del hecho de que Marcial se someta al tratamiento de desintoxicación en una clínica, voluntariamente, puede traer dudas al respecto de la aplicación de la atenuante de reparación del daño causado. Confirma la STS 544/2003, de 25 de abril, la imposibilidad de la concurrencia de tal atenuante pues “*el artículo 87 del Código Penal de 1995, dispone que en los supuestos, como el ahora enjuiciado, en los que el acusado se encuentre sometido a tratamiento deshabitador y se le condene a penas privativas de libertad no superiores a tres años por hechos delictivos cometido a causa de su dependencia de sustancias estupefacientes, el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución, aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el Artículo 81*” de tal forma concluye “*en consecuencia, la sumisión a tratamiento rehabilitador en el caso enjuiciado, ya se encuentra especialmente prevenida por la Ley, con un efecto específico que consiste en la suspensión de condena para poder continuar el tratamiento, por lo que no procede aplicar analógicamente otra norma prevista para supuestos diferentes, aunque se consideren semejantes.*”. Por lo que, en virtud de lo expuesto, no concurre la agravante de reparación de daño ni la analógica del art.21.6 del CP, puesto que se obtiene el beneficio mencionado en tal sentencia en cuanto se somete una persona a tratamiento de desintoxicación.

### **3.5 La extinción de la responsabilidad penal derivada de la 1º y 2º acción: la prescripción del delito.**

La prescripción del delito<sup>55</sup> consiste en la extinción de toda posibilidad de valorar jurídicopenalmente los hechos, de atribuir responsabilidad criminal por los mismos, debido al transcurso de un plazo de tiempo determinado. Este lapso viene computado desde el momento de la comisión de la infracción punible, y, para su efectividad, es necesario que transcurra completamente sin que el procedimiento se dirija en ningún momento contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta; de dirigirse contra esta persona, el mismo lapso se computara por segunda vez tan pronto como el procedimiento se paralice o termine sin condena (art. 132 del CP). Los plazos de prescripción de los delitos se establecen en función de la naturaleza y duración de las penas o de la naturaleza de la infracción. Así mismo, si la pena correspondiente a dichos delitos es idéntica, tendrá también idéntico plazo de prescripción. De tal forma, si les corresponde una pena máxima señalada por la ley de pena de prisión de nueve meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de cincuenta y seis a ochenta días calculadas ya en su mitad superior, el art. 131<sup>56</sup> del CP, al tiempo de los hechos, estableció un plazo de prescripción<sup>57</sup> para este caso de tres años. Es objeto de cuestión el momento en el que se entiende interrumpida la prescripción. Es a raíz de la STC 63/2005, de 14 de marzo, cuando se inician los enfrentamientos entre el Tribunal constitucional y el Tribunal Supremo en materia de prescripción. En dicha sentencia, el TC otorgó el amparo y estimó la prescripción no dando valor interruptivo a la interposición de la querrela, criterio que difería con el del TS, que en su jurisprudencia dotaba de efectos interruptivos a la presentación de la querrela. El conflicto continuo con la STC 29/2008, de 20 de febrero, que expresaba que “*la notitia criminis no tiende a entenderse como la*

<sup>55</sup> GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M. A. / ALASTUEY DOBÓN, C., *en Consecuencias Jurídicas del Delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 176.

<sup>56</sup>Dado que estas acciones se produjeron antes de la reforma del código penal de 22 de junio de 2010, utilizaremos los plazos expuestos en el art.131 del CP a raíz de la modificación inmediatamente anterior a los hechos, que data del 26/11/2003, en vigor a partir del 01/10/2004.

<sup>57</sup>En lo referente al caso, corresponde el siguiente plazo indicado en el art.131.1º del CP. “*A los tres años, los restantes delitos menos graves*”

*iniciación de un procedimiento -es decir, como la existencia ya de un procedimiento en su etapa inicial-, sino simplemente como un acontecimiento que puede generar un procedimiento”* por lo que de esta forma confirmaba su posición respecto a la anterior STC 63/2005, de 14 de marzo. Esta doctrina del TC fue rechazada rotundamente por la Sala 2ª del TS, la cual, en un Acuerdo de su Pleno no jurisdiccional de 12 de mayo de 2005 y posteriormente en el del 26 de febrero de 2008 (a raíz de la STC 29/2008, de 20 de febrero), expuso que el TC no era competente para delimitar una materia como es la prescripción, cuestión que le correspondía al propio TS. Esta cuestión fue resuelta con la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, al establecer en el art. 132 del CP que si la denuncia se interpone contra persona concreta interrumpirá la prescripción. Sin embargo, dado que dicha reforma es posterior a los hechos aquí analizados, parece más adecuado aplicar la doctrina del Tribunal Constitucional, en virtud del art. 5.1 de la LOPJ, por el cual se debe acatar la doctrina del TC.

### **3.6 Concurso entre los actos concretos de violencia y la violencia habitual.**

Es sencillo extraer del tenor literal del art.173.2 del CP<sup>58</sup> la existencia de un concurso de delitos entre los actos concretos y la violencia habitual. Sin embargo, más complicado es el caso de determinar qué relación existe entre las agravantes que corresponden a los actos concretos y las que corresponden a la violencia habitual, puesto que son idénticas. Podría darse el caso, por tanto, de incurrir en la vulneración del principio *non bis in idem*, en virtud del cual no puede juzgarse dos veces a una persona por el mismo hecho, puesto que dichas agravantes ya asumidas en el momento de enjuiciarse un hecho concreto, podrían volver a aplicarse en el momento de enjuiciar el delito de violencia habitual. Por otra parte, podría darse el caso de un enjuiciamiento común de los actos concretos y de la violencia habitual, como puede ser el supuesto que nos ocupa, en el que habría que determinar a qué tipo penal deben aplicarse dichas agravantes o si pueden aplicarse a todos los tipos. La Circular de la Fiscalía General 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, expresa que “*no cabe aplicar el subtipo agravado más que en una de las infracciones, siendo preferible en la del art. 173.2 por aplicación de las reglas 1ª y 4ª del art. 8 CP*” por lo que entiende que el 173.2 del CP se trata del precepto especial, de aplicarse el art.8 en su apartado primero, o del precepto más grave, en virtud del apartado 4 del mismo artículo corriente que es seguida por la mayoría de la doctrina. Sin embargo, existe otra parte de la doctrina, como expone SANCHEZ DE LAS HERAS<sup>59</sup> que entiende más adecuada la aplicación de la regla del art.8.3 del CP, que dota de mayor complejidad y amplitud al art.173.2 del CP, aplicándose las agravantes a dicho artículo.

### **3.7 Conclusiones: consecuencias jurídicas definitivas.**

Una vez analizado el comportamiento de Marcial, sabemos que este es autor de varias conductas tipificadas como delito en el código Penal. De la realización de dichas conductas pueden derivarse consecuencias jurídicas, que a lo largo de este punto han sido objeto de determinación. A continuación, se indicarán las consecuencias jurídicas definitivas correspondientes al comportamiento de Marcial.

Antes de todo, se han de tener en cuenta una serie de consideraciones. Como se ha expuesto anteriormente, considerando la doctrina del Tribunal constitucional se pueden entender

---

<sup>58</sup> Cuando expresa que “*será castigado (...) El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica*” sobre alguna de las personas del ámbito familiar o sentimental, “*sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*”

<sup>59</sup> SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.O., en *Delitos de violencia en el ámbito familiar*, Civitas, Madrid, 2007, págs. 103 y ss.

prescritas la primera y la segunda acción por el transcurso de los tres años del plazo que les correspondía para la prescripción. Cabe decir, en este aspecto, que se deberá determinar por el Juez si la prescripción de la responsabilidad penal derivada de la primera y segunda acción se interrumpe, no en razón de la interposición de la denuncia, como se ha visto, sino en razón de otros actos como la interposición de una medida de seguridad como es la orden de alejamiento. En lo que respecta al delito de violencia habitual del art 173.2 del CP, en este se incluye *“la violencia física o psíquica habitual”*. Respecto a la ansiedad de María que termino provocándole el infarto, entiendo que quedaría subsumida en dicho precepto, en virtud de lo expuesto en la STS 510/2009, de 12 de mayo. Por otra parte, es necesario indicar que las agravantes, al concurrir tanto en los delitos del art. 153.1º como en el de violencia habitual del art.173.2 y ser estas idénticas, se aplicaran a este último en virtud de lo expuesto anteriormente a través de la Circular de la Fiscalía General 4/2003, de 30 de diciembre. Dicho esto, las consecuencias jurídicas derivadas de la primera, segunda, cuarta y quinta acción, calificadas idénticamente como un delito del art. 153 del CP, serán respecto a Marcial constitutivas cada una de *“pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”*. Cabe decir, respecto al delito de coacciones leves del art.172.2º del CP, que este tiene consecuencias jurídicas idénticas a las expuestas anteriormente respecto al art. 153 del CP, por lo que nos remitimos a ellas. La tercera acción, en virtud del art. 150 del CP, constituirá para Marcial la pena de prisión de tres a seis años, concurriendo la agravante de parentesco del art.23 del CP. En lo que respecta a la violencia habitual las consecuencias jurídicas que corresponden en este caso en virtud del art.173.2 serán de *“pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.”* las cuales se aplicaran, en virtud del mismo apartado, en su mitad superior por concurrir varias de las circunstancias agravantes mencionadas en el párrafo 2º, tales como perpetrar el acto en domicilio común , en presencia de menores, o como se ha visto, quebrantando una medida de protección de la víctima en alguno de los actos concretos de violencia, que se aplicaran, como se mencionó anteriormente, con preferencia a la violencia habitual. Por último, las consecuencias jurídicas derivadas del quebrantamiento de condena serán, en virtud del art. 648.2 del CP, de *“pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2”*

En lo referente a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, no concurren más agravantes que las expuestas anteriormente. Sera de aplicación respecto a la cuarta y quinta acción la eximente incompleta de intoxicación prevista en el art. 20.2 del CP.

Una vez establecidas las consecuencias jurídicas cabe decir que en este caso concurre un concurso real (art. 73 CP<sup>60</sup>) entre los cuatro delitos del art. 153.1º del CP, el delito del 172.2º

---

<sup>60</sup> Expone el art.73 del CP: *Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.*



del CP, el delito de deformidad leve del art. 150 del CP con la agravante de parentesco (art. 23 del CP), el delito de violencia habitual del art. 173.2º del CP con la agravante del su párrafo segundo y, finalmente, el delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2 del CP. Estas penas se aplicarán sin perjuicio de la responsabilidad civil correspondiente a cada una de las víctimas.

#### **4. Los efectos patrimoniales de la reaparición del declarado fallecido.**

Ha sido objeto de estudio a lo largo de este trabajo, desde las consecuencias derivadas de la declaración de fallecimiento de Manolo, con sus correspondientes efectos personales, continuando con el hallazgo casual de la presunta tentativa de homicidio por parte de María y su posible persecución por parte de la justicia, terminando, antes de llegar al punto que en este momento nos ocupa, con las consecuencias jurídicas del comportamiento violento de Marcial. Es tiempo ahora de determinar cuáles son los efectos jurídicos patrimoniales derivados de la reaparición de Manolo. Para ello, es necesario hacer alusión a la declaración de fallecimiento, cuestión ya tratada en el primer apartado en lo que respecta a los efectos personales, más concretamente sobre el matrimonio.

##### **4.1 Aspectos generales de la declaración de fallecimiento.**

La declaración de fallecimiento, como se ha explicado con anterioridad en el punto primero, se trata del auto judicial que reputa muerto a un desaparecido, ya sea por una ausencia prolongada en el tiempo o por una situación de desaparición en circunstancias de riesgo inminente de muerte<sup>61</sup>. Esta supone una presunción *iuris tantum* pues no excluye en ningún momento la reaparición del declarado fallecido, pero en tanto este hecho no ocurra se mantendrá la presunción. La desaparición se produjo en una situación de riesgo inminente de muerte, como es el caso de un naufragio. Para la determinación del plazo para poder instar la declaración de fallecimiento en estos casos, es trascendente la Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros que establece en el art 194. 2º del Cc un plazo de tres meses desde la comprobación del naufragio. Dicho esto, se entiende que, si el suceso aconteció el 30 de junio de 2007, la declaración de fallecimiento debió instarse a partir del 30 de septiembre de 2007.

Una vez efectuada la declaración de fallecimiento, esta despliega plenos efectos jurídicos. Entre estos efectos jurídicos, en este caso de la esfera familiar, se encuentra, como se expresa en el art. 85 del Cc, la disolución del matrimonio, cuestión que ya fue objeto de desarrollo en el primer punto y que será también analizada posteriormente. Por otra parte, en lo referente a la esfera patrimonial, la declaración de fallecimiento en virtud del art.196 del Cc, abre la sucesión de los bienes del declarado fallecido; procediéndose a su adjudicación por los tramites de los juicios de testamentaria o abintestato, según los casos, o extrajudicialmente. Considero adecuado analizar, en primer lugar, los efectos referidos a la esfera familiar para posteriormente, continuar con los referentes a la esfera patrimonial sucesoria.

##### **4.2 La disolución del matrimonio a raíz de la declaración de fallecimiento y sus efectos.**

Como ha sido ya objeto de análisis en el primer punto, el matrimonio se disuelve con la declaración de fallecimiento, pues así lo expresa el art.85 del Cc *“El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.”* Una vez disuelto el matrimonio, se producen una serie de efectos jurídicos, tales como la recuperación de la libertad matrimonial

---

<sup>61</sup>ALBALADEJO GARCÍA, M., en *Derecho Civil I Introducción y Parte general*, op.cit., págs. 242, 243.

por parte del cónyuge superviviente, como se ha confirmado en el primer punto, así como otros efectos de carácter patrimonial, como es la disolución del régimen económico matrimonial. Esta última será, precisamente, la cuestión que se desarrollará en este apartado.

#### **4.2.1 Régimen económico del matrimonio entre Manolo y María.**

Es necesario en este momento, analizar, que régimen económico es el existente en el matrimonio entre Manolo y María para poder determinar las consecuencias jurídicas derivadas de la disolución de dicho régimen, cuestión imprescindible al tiempo de saber cuáles son los bienes que van a formar parte de la herencia de Manolo, es decir, cual es la composición exacta de su patrimonio. Se denomina régimen económico matrimonial<sup>62</sup> al conjunto de reglas que pretenden afrontar, favoreciendo su resolución, los problemas de índole patrimonial que origine la convivencia matrimonial o la disolución del matrimonio. El Cc dedica una serie de normas de derecho imperativa recogidas en el capítulo primero del título con el mismo nombre “al régimen económico matrimonial” (arts. 1315 a 1324) de las cuales algunas han de considerarse aplicables, en cualquier caso, con independencia de cuál sea en concreto el régimen económico que corresponde al matrimonio, con el mero objetivo de garantizar el principio de igualdad conyugal sito en el art. 32.1 de la CE<sup>63</sup>. En virtud del art. 1315 del Cc “*El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código.*” Por tanto, en primer lugar, se debe analizar si existen capitulaciones en lo referente al régimen económico del matrimonio entre Manolo y María. El otorgamiento de capitulaciones puede llevarse a cabo, ya sea previamente a la celebración del matrimonio o incluso después<sup>64</sup>. En consecuencia, se entiende que el régimen económico matrimonial es mutable a lo largo de la relación conyugal. Sin embargo, dado que no se hace ninguna referencia en el supuesto de hecho sobre la existencia de dichas capitulaciones, parece más adecuado hacer mención a aquellos regímenes que actúan en defecto de estas. En este sentido se encuentra la sociedad de gananciales, aplicable de forma supletoria como régimen general de primer grado, por lo que se entiende que el matrimonio entre María y Manolo, al no otorgarse capitulaciones, se regirá por la sociedad de gananciales. Es importante mencionar al respecto el art. 1316 del Cc, siendo esta una regla fundamental en relación con los matrimonios sometidos a la regulación del Código civil, pues como se analizó anteriormente, nada se menciona del sometimiento de Manolo o María a algún derecho foral o autonómico. La sociedad de gananciales la describe el propio art.1344 del Cc “*Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella.*” A través de este artículo puede deducirse que formaran parte del patrimonio de Manolo la mitad de aquellos bienes o derechos que formen parte de dicha sociedad. Sin embargo, es necesario, antes de proceder a la disolución de la sociedad de gananciales, determinar que bienes tienen carácter ganancial y que bienes pertenecen íntegramente al patrimonio privativo de Manolo.

#### **4.2.2 La sociedad de gananciales y su posterior liquidación.**

En virtud del art.1345 “*La sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones.*” Por lo tanto, solo se considerarán gananciales aquellos bienes o ganancias que se adquieran con

---

<sup>62</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., en *Derecho De Familia Principios de Derecho Civil VI*, op.cit., págs. 136, 138.

<sup>63</sup> Así expone el art. 32.1 CE: *El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.*

<sup>64</sup> así lo expresa el art. 1326 del Cc: *Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio.*

posterioridad a dicha celebración. En este sentido es necesario mencionar el art. 1361 del Cc, por el cual *“Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges.”* Esta presunción tiene carácter iuris tantum, siendo suficiente entre los cónyuges, como expresa el art. 1324<sup>65</sup> del Cc la confesión del uno al otro del carácter privativo del bien. No se puede decir lo mismo frente a terceros, pues en ese caso será necesario apoyarse en otros medios probatorios para dotar la confesión de privatividad de eficacia *erga omnes*<sup>66</sup>. Una vez expuestos los aspectos básicos de la sociedad de gananciales, se puede sacar las siguientes conclusiones; en el caso de caso de la casa sita en la costa de Coruña se entiende su carácter privativo, mostrado ya en el supuesto, siguiendo las pautas del art. 1346 del Cc, ya sea por pertenecer a Manolo antes de la sociedad de gananciales, bien por haberse adquirido a título gratuito o en último caso, por adquirirse por derecho de retracto individual; No sucede lo mismo con el resto de los bienes, por lo que, al no indicarse su procedencia, se entienden gananciales tanto la cuenta como la casa que tenían ambos.

Conviene ahora desarrollar los aspectos referentes a la disolución de la sociedad de gananciales. Menciona el art.1392 del Cc que se producirá la disolución de la sociedad de gananciales de pleno derecho cuando se disuelva el matrimonio, por lo que hace alusión a que se produzca alguna de las causas del art. 85 del Cc entre las que se encuentra la declaración de fallecimiento, como se ha visto. Una vez disuelta la sociedad, es tiempo de proceder a la liquidación de la misma. En primer lugar, se debe llevar a cabo el inventario y avalúo de los bienes en virtud del art.1396 del Cc *“Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad.”* Se debe atender, por un lado, a aquellos bienes que sean de la sociedad y los gastos soportados por esta que sean de cargo de uno solo de los cónyuges. Por otro lado, se debe atender a las deudas de la sociedad, ya sea por deudas alimenticias, gasto de bienes privativos, deudas frente a terceros o frente a alguno de los cónyuges. Una vez realizado el inventario y satisfechas las deudas, se procederá a la división de los gananciales remanentes y a la adjudicación de los correspondientes lotes, por partes iguales, a cada uno de los cónyuges, o en su caso, sus herederos. En este sentido establece el art. 1.404 que *“Hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos.”* Es, en razón de dicho artículo, necesario determinar si María puede ser heredera universal de Manolo como se menciona en el supuesto de hecho, pues de ser así, le pertenecerían todos los bienes gananciales remanentes, cuestión que analizaremos a continuación.

### **4.3 La sucesión derivada de la declaración de fallecimiento y sus efectos.**

#### **4.3.1 Aspectos generales de la sucesión.**

Para comenzar, como se indicó anteriormente, el art. 196 del CC expresa que *“Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría o abintestato, según los casos, o extrajudicialmente”* Cabe mencionar que en este aspecto será de aplicación, respecto a dicho artículo, la modificación publicada el 19/10/1939, en vigor a partir del 08/11/1939. Sin embargo, como la declaración de fallecimiento no se identifica plenamente con la inscripción de defunción, puesto que cabe la posibilidad de que el

---

<sup>65</sup> Artículo 1324. del Cc: *Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges.*

<sup>66</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., en *Derecho De Familia, Principios de Derecho Civil VI*, op.cit., pág. 173.

declarado fallecido reaparezca, sus efectos en este orden se encuentran supeditados en función de este evento.

Acaecida la declaración de fallecimiento, en virtud de la sucesión *mortis causa*, se regula<sup>67</sup> el destino de los bienes y las relaciones jurídicas del declarado fallecido, las medidas provisionales para el tránsito patrimonial y las nuevas relaciones originadas por la declaración. A partir de ahora, en términos de sucesión, se le denominará a este causante. La herencia es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que tenía el causante en vida, que pasan a constituir un conjunto patrimonial autónomo, pendiente de asignación a un nuevo titular o titulares, los causahabientes. Sucesión, por tanto, significa subentrar una persona en el lugar de otra en una misma relación jurídica (bien universal o bien singular), que subsiste idéntica, por cuanto únicamente se produce mutación de la primera por la segunda persona, de tal forma que solo cambia el aspecto subjetivo de la relación y no el aspecto objeto, es decir, la relación misma. Existe una pluralidad de sistemas sucesorios en el ordenamiento jurídico español, por lo que para determinar cuál es el aplicable es necesario atender la vecindad civil en virtud del art. 9.8 Cc. Nada se dice al respecto en el supuesto de hecho, por lo que será de aplicación el sistema sucesorio del Código civil, que acoge en el título III de su libro tercero las disposiciones referentes a dicho sistema. Como ya se ha mencionado, nos encontramos ante una sucesión *mortis causa*, originada en este caso por la declaración de fallecimiento. Sin embargo, cabe distinguir dentro de esta, si en el caso nos encontramos ante una sucesión universal o particular, por una parte, y por otra parte si nos encontramos ante una sucesión voluntaria o, en su defecto, legal. La sucesión universal el paso en bloque, sin necesidad de las formalidades requeridas para transmitir cada bien singular, de la herencia de una persona a otra. Esta es la que corresponde al caso concreto pues como se indica “María, como heredera universal de Manolo” confirma que se trata de este tipo de sucesión. El heredero, en este caso, sucede en todo el derecho su causante, en todos sus derechos y obligaciones, bien sea en toda la herencia, en una cuota de ella, o en el resto o en una cosa determinada cuando esta se haga en función de la cuota o del resto de la herencia en virtud del art. 660 del Cc. Por otra parte, la sucesión *mortis causa*, como se ha mencionado, puede ser voluntaria, o en defecto de esta, legal. La primera tiene lugar cuando el sucesor o sucesores han sido designados libremente por el difunto, que es quien ha marcado las directrices del fenómeno sucesorio mediante negocio jurídico unilateral, siendo el caso de la sucesión testamentaria, o por otro lado a través de un convenio con otra persona, denominada sucesión contractual. La segunda tiene lugar cuando la designación del fenómeno sucesorio la hace la ley, se trata de la sucesión abintestato o intestada, que tiene lugar en defecto de la testamentaria, y es compatible con esta cuando no se dispone de toda la herencia, como se expresa en los art. 764 y 912 del Cc. Es siempre una sucesión universal, a diferencia de la testamentaria. No se debe confundir esta última con la sucesión forzosa o necesaria, que hace referencia a las llamadas *legítimas*. Son herederos forzosos, en virtud del art. 806 del Cc, los familiares que suceden por la ley en una porción de herencia sustraída necesariamente a la libre disponibilidad del testador. Esta limitación a la libre disposición se hace a favor a los familiares más próximos, para resérvalos, en virtud de la Ley, una porción de tal herencia. La legítima opera tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión abintestato. Llegados a este punto, parece adecuado determinar que, en vista al caso concreto, al no mencionarse la existencia de testamento por parte de Manolo, nos encontramos ante una sucesión intestada o abintestato. A continuación, se desarrollará el procedimiento sucesorio, analizando si existen

---

<sup>67</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (COORD.) / MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. / DE PABLO CONTRERAS, P. / CÁMARA LAPUENTE, S., en *Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Colex, Madrid, 2013, págs. 27, 28.

o no herederos forzosos y si es correcto que se haya determinado a María como heredera universal de Manolo.

#### **4.3.2 La sucesión intestada y el fenómeno sucesorio de Manolo.**

En un primer momento es necesario analizar si existen o no herederos forzosos, es decir, cuáles de los familiares pueden ser considerados herederos forzosos. En primer lugar, son legitimarios o herederos forzosos los hijos y descendientes. Como se puede extraer del caso se entiende la inexistencia de hijos entre Manolo y María, por lo se eliminaría esta posibilidad. En segundo lugar y en defecto de hijos y descendientes, los padres y ascendientes, en este caso de Manolo. Sin embargo y como en el caso anterior, nada se menciona en el supuesto de hecho acerca de los padres de Marcial, por lo que se entiende que tampoco existe esta posibilidad. Finalmente, tal y como se menciona en el art. 807, tiene la consideración de heredero forzoso el cónyuge viudo, siempre y cuando al tiempo de la declaración de fallecimiento, el causante no estuviese separado judicialmente o de hecho, ni por supuesto divorciado ni anulado su matrimonio. Su posición no es asimilada a los demás herederos, pues su derecho legal siempre es en usufructo. En el caso que nos ocupa, de no concurrir con ascendientes ni con descendientes, el usufructo será de dos tercios de la herencia. Sin embargo, en la sucesión intestada, que es la que aquí nos ocupa, establece el orden de prelación que cuando no existan ni ascendientes ni descendientes corresponderá al viudo, en propiedad, la totalidad de la herencia, como se expresa en el art. 944 del Cc.

#### **4.3.3 La capacidad para suceder: La indignidad.**

Como se menciona en el art. 744 del Cc, *“Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley.”* En virtud de este artículo se entiende que María goza de dicha capacidad, pues no se tiene constancia de que haya sido incapacitada por la ley. Además, no se encuentra está entre los supuestos referidos a la incapacidad absoluta del art.745 del Cc ni a los de las incapacidades relativas de los arts. 752, 753 y 754 del Cc. Sin embargo, la cuestión acerca de la capacidad surge a raíz de lo previsto en el art.756 del Cc que contiene otra incapacidad relativa conocida como la indignidad. El art.756 del Cc considera incapaces de suceder por causa de indignidad a determinadas personas que han observado respecto al causante, con anterioridad o posterioridad al fallecimiento, una conducta considerada como reprochable que se sanciona con la prohibición de heredar. Estas prohibiciones afectan tanto a la sucesión testada como a la intestada e incluso también a los legitimarios. Es necesario mencionar que el TS indica que estas causas de indignidad han de ser objeto de interpretación restrictiva, tal y como se expresa en la STS 278/1996, de 26 de marzo. Es la causa de indignidad siguiente, recogida en el apartado segundo de dicho artículo<sup>68</sup> *“El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes”* lo que cuestiona la capacidad de suceder de María. A este respecto cabe hacer alusión a lo expuesto en el segundo punto de este trabajo, en el que se determinó que el presunto delito cometido por María frente a Manolo se trata de un delito contra la vida del causante, pues se calificó como una tentativa de homicidio. De tal forma, de esclarecerse tal delito, y posteriormente dictarse sentencia firme, estaría María ante un supuesto de indignidad para suceder. Para calificar la capacidad del heredero dice el art.758.1 del Cc *“se atenderá al tiempo de la muerte de la persona cuya sucesión se trate”*. En este sentido indica el apartado segundo de dicho artículo que *“En los casos 2.º y 3.º del artículo 756 se esperará a que se dicte la sentencia firme.”* Sin embargo, haciendo referencia a la segunda cuestión de este trabajo en la que se determina la falta de validez de las escuchas respecto de María, no podría, por tanto, darse el caso de este supuesto de indignidad.

---

<sup>68</sup> Sera de aplicación la Modificación publicada el 19/11/2003, en vigor a partir del 20/11/2003.

Además, como reza el art. 762 del Cc “*No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado*” plazo que parece difícil que no se haya cumplido desde que Manolo desapareció.

#### **4.3.4 Las fases del fenómeno sucesorio.**

Una vez declarada la apertura de la sucesión, tiene lugar la llamada a suceder (vocación). Para reclamar la herencia, en la sucesión intestada, debe María presentar la declaración de herederos abintestato para certificar su condición de posible beneficiaria de la herencia. En la mayoría de los casos, junto con la vocación se ve acompañada la concurrencia del ofrecimiento efectivo de la herencia. De tal forma, asiste al llamado, en este caso María, el *ius delationis* por el cual puede esta tanto aceptar la herencia como repudiarla y en este último caso resultar desligada de la sucesión. En virtud del caso se entiende que María acepta la herencia, por tiene lugar la adquisición de la misma, pasando María a ocupar la posición jurídica de Manolo en los derechos, bienes y obligaciones que integran el caudal relicto como menciona expresamente el art. 659 del Cc.

Una vez se ha determinado que María es heredera universal, es necesario volver a hacer alusión al art. 1404, en virtud del cual los bienes gananciales remanentes deben ser objeto de división por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos. Cabe decir que María, en este caso, es beneficiaria de la mitad de dichos bienes por razón de la disolución de la sociedad de gananciales, por una parte, y por otra parte es también beneficiaria de la otra mitad por razón de ser heredera universal de Manolo. En consecuencia, tras la declaración de fallecimiento, María es propietaria íntegramente tanto del piso privativo de Manolo en la costa de Coruña como del piso que anteriormente les correspondía a los dos. Además, es titular única de la cuenta bancaria que antes era de ambos. Sin embargo y como será objeto de desarrollo a continuación, no puede disponer con total libertad de los bienes objeto de la herencia, puesto existen una serie de limitaciones con motivo de la posibilidad de que el declarado fallecido reaparezca.

#### **4.4 La revocación de la declaración de fallecimiento y sus efectos.**

La reaparición de Manolo en los inicios del año 2014 pone en cuestionamiento la validez de las consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de fallecimiento. Como ya fue objeto de estudio en el primer punto de este trabajo, la reaparición de Manolo, siguiendo el criterio de la doctrina, no priva en absoluto de efectos a la declaración de fallecimiento revocada en lo que respecta a la disolución del matrimonio. Por lo tanto, a pesar de su reaparición, el matrimonio entre Manolo y María, como se ha expuesto, queda disuelto en virtud del art. 85 del Cc junto con la sociedad de gananciales, que ya ha sido liquidada previamente al tiempo de la sucesión. Sin embargo, no se puede decir que ocurra lo mismo respecto a los efectos patrimoniales. El punto de partida se halla en el art. 197 del Cc, en virtud del cual “*Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto.*” Como se relata en el supuesto de hecho, Manolo tiene la intención de recuperar sus bienes y emprender acciones para conseguirlo. A continuación, partiendo de la base del art. 197 del Cc, analizaremos cuales son las acciones que puede llevar a cabo por Manolo para recuperar su patrimonio, en concreto con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por María a Eustaquio y a Miriam.

#### **4.4.1 Situación anterior a la reaparición de Manolo: bienes que puede reclamar.**

Es necesario, antes de determinar las acciones que puede emprender Manolo, establecer que derechos o cuáles eran los bienes que le pertenecían al tiempo de la declaración de fallecimiento y antes de la sucesión. En este sentido hay que mencionar que, una vez realizada la liquidación de la sociedad de gananciales, le correspondía a Manolo la mitad de los bienes gananciales remanentes, tal y como se expone en el art. 1404 del Cc. Con esto se puede deducir que, en función de lo relatado en el supuesto de hecho, le corresponde la mitad del piso que tenía en común con María, por lo que cada uno tendrá un derecho de propiedad sobre la mitad del bien, con su correspondiente contenido. Así mismo, al ser de carácter privativo, le correspondería el piso de la costa de Coruña íntegramente. En lo referente a la cuenta bancaria de la que era cotitular con María, le correspondería la mitad del montante de dicha cuenta, es decir, 32.500 euros. A María le correspondería en aquel tiempo la otra parte del inmueble común y la mitad del montante de la cuenta bancaria, es decir, los otros 32.500 euros.

#### **4.4.2 Limitaciones de la sucesión derivada de la declaración de fallecimiento.**

Una vez expuesta la situación anterior a la sucesión, conviene indicar una serie de aspectos con respecto a dicha sucesión por la particularidad del motivo por el cual se lleva a cabo, como es la declaración de fallecimiento. Esta particularidad consiste en la eventual posibilidad de que reaparezca el causante, por lo que el art. 196 del Cc ha establecido una serie de limitaciones a los sucesores, en este caso María. La primera de ellas será la obligación del sucesor único de formar notarialmente inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles y debe constar en documento público. En segundo lugar, el heredero no podrá disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento. Sin embargo, nada se dice en el supuesto de hecho de que María haya dispuesto a título gratuito del alguno de los bienes de la herencia, sino que lo hizo a título oneroso, por lo que la venta tanto del inmueble a Eustaquio como del inmueble a Miriam son negocios jurídicos válidos. Serán objeto de estudio a continuación las medidas legales que puede emprender Manolo para recuperar dichos inmuebles, íntegramente o en la parte que le correspondan, puesto que fueron enajenados por María en el transcurso del tiempo entre la sucesión y la posterior reaparición.

#### **4.4.3 Naturaleza de la acción de recobro del art. 197 del Cc.**

Para comenzar, se debe hacer alusión de nuevo al art. 197 del Cc. A través del mismo se da acceso al reaparecido a recobrar sus bienes en el estado en que se encuentren. Además, este menciona que en el caso de que estos se hubieran vendido, como ocurre en el supuesto que nos ocupa, tendrá derecho el reaparecido al precio de la venta de estos. Así mismo, menciona que tendrá derecho el reaparecido a los bienes que hayan sido adquiridos con el precio de los bienes vendidos. Sin embargo, no ocurre lo mismo, como expresamente dice el art. 197 del Cc, con los frutos, rentas o productos obtenidos con los bienes de la sucesión, que solo podrá reclamar de sus sucesores desde el día de su presencia. Es tiempo ahora de determinar cuál es la naturaleza jurídica de la acción comprendida en este artículo. Expresa GUINEA FERNANDEZ<sup>69</sup> que se trata de una acción *sui generis* que se desenvuelve a medio camino entre la *actio petitio hereditatis* y la acción reivindicatoria. La acción reivindicatoria se dirige a la recuperación de la cosa de quien la detenta o la posee para lograr la restitución al legítimo titular. Tiene carácter petitorio pues para que prospere es necesario haber acreditado por el reclamante la condición de propietario. Lleva aparejada en numerosas ocasiones una

<sup>69</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D.R., en *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, La Ley, 2011, Madrid, págs. 382, 383, 384.

acción por la que se insta declaración de titularidad dominical, la cual será fundamento para la recuperación del bien de que se trate<sup>70</sup>. En este sentido existe cierta identidad entre la acción de recobro del art.197 del Cc y la acción reivindicatoria<sup>71</sup>, dado que aquella una mínima actividad probatoria de la titularidad dominical. En todo caso, bastara con probar la existencia del declarado fallecido para que se tenga por nula la apertura de la sucesión y demás consecuencias vinculadas a la misma, con respeto siempre de los derechos adquiridos por terceros de buena fe. En esta línea, para FENANDEZ ARROYO<sup>72</sup> el art. 197 del Cc no contempla la *actio petitio hereditatis*, sino la acción reivindicatoria, puesto que, al existir la obligación de los sucesores de formar inventario de los bienes, no será necesario demostrar por el reaparecido la titularidad sobre todos los bienes que integraban su patrimonio al tiempo de la desaparición. La acción del art. 197 no se corresponde con la de petición de herencia, como expresa GUINEA FERNANDEZ, puesto que el reaparecido no puede reclamar en calidad de heredero aquello de lo que ya es propietario. Concluye GUINEA FERNANDEZ en lo que concierne a la naturaleza de la acción del art. 197 del Cc, expresando que el hecho de que el patrimonio del declarado fallecido se haya convertido en herencia no convierte en heredero de su propio patrimonio al que fuera causante de la herencia. En definitiva, si bien se entiende más próxima a la acción reivindicatoria por la mayoría de la doctrina, la acción de recobro del art. 197 del Cc tiene una naturaleza sui generis distinta tanto de aquella como de la acción de petición de herencia.

#### **4.5 La acción de recobro del reaparecido para recuperar su patrimonio.**

##### **4.5.1 Contenido de la acción de recobro.**

En primer lugar, es necesario delimitar que con la mera reaparición no es razón suficiente para recuperar la titularidad dominical, es decir, no se puede negar que haya existido sucesión. Para ello será necesario ejercitar una serie de acciones con ánimo de lograr la recuperación de los bienes. El derecho a recobrar los bienes, según entiende GUINEA FERNANDEZ<sup>73</sup> se refiere a todo el patrimonio en su conjunto. Este derecho contendrá todos aquellos bienes que hayan formado parte de la sucesión, en el estado en que se encuentren. En este sentido, el reaparecido no deberá abonar los incrementos de valor que haya experimentado su patrimonio, por lo que, de existir este, Manolo no estará obligado al reclamar sus bienes a abonar dicho incremento de valor. Por otra parte, no tendrá derecho a reclamar los perjuicios o deterioros padecidos en su patrimonio. Además, los sucesores, en este caso María, no deberán abonar, como dice expresamente el art. 197 del Cc “*rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto.*” Tampoco estos tendrán derecho a recibir indemnización del reaparecido por las mejoras efectuadas en el patrimonio del causante.

##### **4.5.2 Derechos de Manolo en relación a la cuenta bancaria.**

Una vez expuesto el contenido de la acción de recobro, es tiempo de determinar, en función de lo relatado en el supuesto de hecho, cuáles de los bienes mencionados en aquel y en qué medida va a poder recuperar Manolo. Se debe hacer alusión al momento de la liquidación de

---

<sup>70</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., en *Principios de Derecho civil, tomo IV*, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 136, 137.

<sup>71</sup> Esta tiene su base legal en el art. 348 del Cc, el cual expone que “El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.”

<sup>72</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, M., en *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, Bosch, Barcelona, 1992, págs. 90 y 91. FERNANDEZ ARROYO, niega la existencia de identidad entre ambas acciones, al considerar que el reaparecido no tiene condición de heredero real ni tampoco sus llamados tienen la de herederos aparentes.

<sup>73</sup> GUINEA FERNANDEZ, D. R. en *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, op.cit., pág. 388.



la sociedad de gananciales y al art. 1404 del Cc, por el cual se puede deducir que la cuenta bancaria, antes de la sucesión, correspondería en virtud de la liquidación a partes iguales a repartir entre Manolo y María. Esto quiere decir que en aquel tiempo a Manolo le hubiera correspondido el montante de 35.000 euros correspondientes a la mitad de la cuenta. Surge ahora la cuestión de si es esta la cantidad a la que tiene Manolo derecho a reclamar por ser la que le correspondía antes de llevarse a cabo la sucesión. Pues bien, en virtud del art. 197 del Cc se puede extraer cuando este menciona expresamente “*recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren*” que Manolo únicamente tendrá derecho al montante que sobra de la cuenta, es decir, a los 15.000 euros. Esta limitación de recibir los bienes en el estado en que se encuentren solo es aplicable para el caso de buena fe del sucesor del declarado fallecido, puesto que en caso de existir mala fe<sup>74</sup>, no es posible acudir a dicho precepto, debiendo aplicarse en ese caso el art. 457 del Cc. María, al haber sido considerada heredera universal, estaba plenamente legitimada para hacer uso de tal dinero, por lo que, como se ha visto, no deberá abonar los perjuicios o deterioros padecidos en el patrimonio del reaparecido, en este caso Manolo, siempre y cuando no se pruebe la mala fe de su actuación.

#### **4.5.3 Derechos de Manolo en relación a los inmuebles.**

Es objeto de estudio, en este momento, cual es el alcance<sup>75</sup> del derecho a reclamar su patrimonio si los bienes fueron vendidos por su sucesor, en este caso María. El art.197 del Cc ha planteado la cuestión de la eficacia de los actos de disposición del heredero aparente, como es el caso de María, respecto a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. Sobre este aspecto se manifiesta GUINEA FERNANDEZ<sup>76</sup>, expresando que “*no se pueden atacar las disposiciones patrimoniales llevadas a cabo por los herederos a título oneroso o a título gratuito cuando hayan transcurrido los cinco años que marca el art. 196 del Cc*”. Por su parte. En lo que se refiere al alcance del art. 197 del Cc, en función de la literalidad de la norma, se ha decantado por favorecer la posición jurídica del comprador en detrimento de la del declarado fallecido que reaparece porque, si se ha formalizado el contrato de compraventa, el reaparecido no tendrá derecho al bien objeto del citado negocio jurídico, sino a su precio. Los terceros adquirentes de buena fe son protegidos en la Ley hipotecaria<sup>77</sup>. Se descarta la posibilidad de Manolo de dirigirse contra los terceros adquirentes, en este caso Miriam y Eustaquio, por razón del art. 37 LH que indica “*Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley.*” Así mismo, no se encuentra la acción de recobro del art. 197 del Cc entre las excepciones contenidas en el propio art. 37 de la LH. En el mismo sentido protege a los terceros de buena fe el artículo 40 LH<sup>78</sup>. Llegados a este punto, es necesario mencionar lo expuesto en el AAP de Las Palmas 52/2009, de 23 de marzo en referencia a la acción de recobro del art. 197 del Cc, la cual “*no puede tomarse en*

---

<sup>74</sup> A esto hacer referencia el art. 457 del Cc “*El poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo. El poseedor de mala fe responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo*”

<sup>75</sup> A ello responde el art. 197 del Cc cuando expresa que el reaparecido “*tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido*”

<sup>76</sup> GUINEA FERNANDEZ, D.R. en *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, op.cit., pág. 390.

<sup>77</sup> Así indica el art. 34 LH: *El tercero que de buena fe adquiera 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, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.*

<sup>78</sup> Así indica en su último párrafo el art. 40 LH: *En ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.*

*consideración de modo aislado sino aplicando el precepto legal en su totalidad, conforme al cual si los bienes o alguno de los bienes hubiese sido enajenado a tercera persona, dada la imposibilidad de recobrarlo, tendrá derecho según el mismo art. 197 a percibir el precio del que se hubiera vendido, o los bienes que con este precio se hayan adquirido”* sin que pueda argumentarse en contra la expresión “recobrar los bienes en el estado en que se encuentren”, que se refiere al estado de los bienes y no al precio que se obtiene en caso de venta de los mismos. Por esta razón y en virtud del art. 197 del Cc, Manolo únicamente tendrá derecho al precio de venta de los bienes. En referencia al inmueble de carácter privativo, como es la casa sita en la costa de Coruña, le corresponderá el precio que recibió María por la venta de dicho bien, indiferentemente de que se haya vendido por debajo del precio de mercado, es decir, le corresponderá el total de 175.000 euros. No se puede decir lo mismo del inmueble que les correspondía a partes iguales a Manolo y María al tiempo de la desaparición. En este caso, se debe analizar el derecho que tiene Manolo sobre ese inmueble y que ocurre si este ha sido vendido por María a un tercero de buena fe, como es Eustaquio. Como se indica en la SAP de Madrid 325/2013, de 25 de abril, en un caso similar en el que el reaparecido tenía un derecho de propiedad sobre la mitad de un bien, que luego tras la sucesión fue objeto de permuta a cambio de otros, concluye la audiencia haciendo mención al art. 197 del Cc “*En este precepto se establece un derecho de recuperación claro y conciso, que aplicándolo al presente caso determina el derecho de recuperar el 50% de la finca de la que era propietario, cuando fue incorrectamente declarado muerto, pero dado que esta finca fue objeto de permuta, es decir de transmisión, se le concede la opción al ausente de obtener el precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido*”. Dicho esto, podemos deducir que, si Manolo tenía un derecho de propiedad de la mitad del inmueble, tendrá ahora el derecho de recobro de la mitad del precio que obtuvo María con la venta del bien, es decir, le corresponderá a Manolo un total de 120.000 euros.

#### **4.6 Conclusiones.**

La declaración de fallecimiento, como ha sido objeto de estudio a lo largo de este trabajo, provoca una serie de efectos jurídicos sobre la persona en cuya virtud se otorga. Entre los efectos de la declaración de fallecimiento de Manolo más destacados a lo largo del análisis del supuesto de hecho, podemos encontrar, en primer lugar, la disolución del matrimonio de Manolo en virtud del art. 85 del Cc junto con la disolución del correspondiente régimen económico-matrimonial. Así mismo, con la declaración de fallecimiento se abre la sucesión *mortis causa* de Manolo, que, al no haber otorgado testamento, se tratara de una sucesión intestada o abintestato, como ha sido objeto de análisis en este punto. Partiendo de estos aspectos, en lo referente al matrimonio, al disolverse la sociedad de gananciales, que rige en defecto de capitulaciones entre los cónyuges, le corresponderá a cada uno la mitad del remanente de los bienes gananciales tras la liquidación. Por lo tanto, determinados los bienes gananciales, le correspondería a cada uno la mitad del inmueble que tenían ambos, tal y como se menciona en el supuesto de hecho, junto con la cuenta bancaria que les correspondería a los dos en la misma medida. Sin embargo, al abrirse la sucesión, siguiendo el orden de prelación de la sucesión intestada, al no haber ni descendientes ni ascendientes, le corresponde a María el conjunto de la herencia a título de heredera universal, como se especifica en el supuesto. Esta circunstancia provoca que, si bien ya le correspondían a María la mitad de los bienes gananciales remanentes de la liquidación del régimen-económico matrimonial, tendrá derecho ahora también a la otra mitad de dichos bienes por razón de la sucesión, junto con la casa privativa de Manolo<sup>79</sup>. Al considerarse en el segundo apartado de

---

<sup>79</sup> Así lo indica el art. 1404 del Cc: *el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos.*

este trabajo un presunto delito de tentativa de homicidio frente a Manolo podría cumplirse alguna de las causas de indignidad para suceder previstas en el art.756.2 del Cc. Sin embargo, determinadas las escuchas respecto a María como ilegítimas a modo de prueba y habiendo transcurrido el plazo estipulado en el art. 762 del Cc para ejercitar la acción de incapacidad, no se debe considerar esta causa de indignidad para suceder. Una vez reaparece Manolo, este puede ejercer en virtud del art. 197 del Cc una acción encaminada a recuperar su patrimonio al tiempo de la desaparición. Esta se denomina acción de recobro, y si bien se asemeja en su naturaleza a la acción reivindicatoria o a la de petición de herencia, esta tiene, como expone GUINEA FÉRNANDEZ, naturaleza sui generis distinta tanto de aquella como de la acción de petición de herencia. En lo que respecta a la cuenta bancaria, haciendo uso de dicha acción en los términos expresados por el art. 197 del Cc, tendrá derecho a lo que haya quedado disponible de la cuenta, es decir, a los 15.000 euros restantes, salvo que se pruebe mala fe de María, en cuyo caso tendrá derecho a la mitad que le correspondía inicialmente. En lo que respecta a los inmuebles, surge el problema de delimitar si Manolo tiene derecho a recuperarlos, aunque hayan sido vendidos por María a terceros de buena fe. Expone GUINEA FÉRNANDEZ en este caso que no se pueden atacar las disposiciones onerosas hechas por un sucesor frente a terceros de buena fe. La ley Hipotecaria protege a los terceros adquirientes de buena fe en varios de sus artículos, entre los que se encuentra el art.34 LH. Dicho esto, le corresponderá el precio que haya recibido María por la venta, íntegramente en el caso del inmueble privativo sito en la costa de Coruña, como se expresa en el AAP de las Palmas 52/2009, de 23 de marzo, es decir, un total de 175.000 euros. Respecto al otro inmueble, le corresponderá el precio que haya obtenido María por la venta del bien, pero en este caso, como se menciona en la SAP de Madrid 325/2013, de 25 de abril, puesto que Manolo tiene derecho de propiedad sobre la mitad del bien, solo le corresponderá la mitad del precio, es decir, un total de 120.000 euros.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., en *Derecho Civil I Introducción y Parte general*, Edisofer, Madrid, 2013.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (COORD.), en *Manual de Derecho Civil, Derecho de Familia*, BERCAL, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ ARROYO, M., en *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, Bosch, Barcelona, 1992, págs. 90 y 91.
- GRACIA MARTÍN, L. / BOLDOVA PASAMAR, M. A. / ALASTUEY DOBÓN, C., en *Consecuencias Jurídicas del Delito*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- GIMENO SENDRA, V., en *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.
- GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., en *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, La Ley, Madrid, 2011.
- MIRAT HERNÁNDEZ, P./ ARMENDÁRIZ LEÓN, C., en *Violencia de Género Versus Violencia Doméstica: Consecuencias Jurídico-Penales*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2006.
- MUÑOZ CONDE, F., en *Derecho Penal parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., en *Principios de Derecho civil, tomo IV*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., en *Derecho De Familia Principios de Derecho Civil VI*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., en *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., en *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991.
- LUZÓN PEÑA, D. M., en *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J., en *Compendio de Derecho Penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PAZ RUBIO, J. M., en *la prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1999.
- PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL A. (COORD.) / MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. / DE PABLO CONTRERAS, P. /CÁMARA LAPUENTE, S., en *Curso de Derecho Civil V Derecho de Sucesiones*, Colex, Madrid, 2013.
- PÉREZ-CRUZ MARTIN, A. J./ FERREIRO BAAMONDE, X.. X / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.. R./ SEOANE SPIEGELBERG, J. L., en *Derecho Procesal Penal*, Civitas, 2014.
- RIVES SEVA, ANTONIO P. en *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2010.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. en *Las intervenciones Telefónicas, La Prueba en el proceso penal*, CDJ, Madrid, 1992.
- SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N. O., en *Delitos de violencia en el ámbito familiar*, Civitas, Madrid, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (DIR.) / RAGUÉS I VALLÈS, R. (COORD.), en *Lecciones De Derecho Penal parte especial*, Atelier, Barcelona, 2015.
- VIVES ANTÓN, T. / ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J. C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ MARTÍNEZ-BÚJAN PÉREZ, C., en *Derecho Penal parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- ZUGALDIA ESPINAR, J.. M / MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., en *Derecho penal Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

## **APÉNDICE JURISPRUDENCIAL**

### **- Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

STEDH 6/2003, de 18 de febrero.

### **- Tribunal Constitucional**

ATC 233/2004, de 7 de junio.

STC 181/1995, de 11 de diciembre.

STC 49/1996, de 26 de marzo

STC 49/1999, de 5 de abril.

STC 126/2000, de 16 de mayo.

STC 199/2004, de 15 de noviembre

STC 63/2005, de 14 de marzo.

STC 205/2005, de 18 de julio.

STC 69/2007, de 16 de abril.

STC 29/2008, de 20 de febrero.

STC 59/2008, de 14 de mayo.

### **- Tribunal Supremo**

ATS 3773/1992, de 18 de junio.

STS 91/1994, de 21 enero.

STS 664/1994, de 25 marzo.

STS 956/1994, de 9 de mayo.

STS 1762/1994, de 11 octubre.

STS 2249/1994, de 23 de diciembre.

STS 1225/1995, de 1 diciembre.

STS 1316/1995, de 30 de diciembre.

STS 278/1996, de 26 de marzo.

STS 489/ 1997, de 11 de abril.

STS 1540/1997, de 15 de diciembre.

STS 1539/1997, de 17 de diciembre.

STS 312/1998, de 5 de marzo.

STS 791/1998, de 13 de noviembre.

STS 719/1999, de 10 de mayo.

STS 1412/1999, de 6 de octubre.  
STS 676/2001, de 15 de abril.  
STS 2251/2001, de 29 de noviembre.  
STS 544/2003, de 25 de abril.  
STS 128/2004, de 4 de febrero.  
STS 318/2004, de 8 de marzo.  
STS 344/2004 de 12 de marzo.  
STS 1133/2005, de 7 de febrero.  
STS 169/2005, de 14 de febrero.  
STS 529/2005, de 27 de abril.  
STS 1156/2005, de 26 de septiembre.  
STS 5/2006, de 3 de febrero.  
STS 580/2006, de 23 de mayo.  
STS 770/2006, de 13 de julio.  
STS 119/2007, de 16 de febrero.  
STS 343/2007, de 20 de abril.  
STS 725/2007, de 13 de septiembre.  
STS 357/2008, de 12 de junio.  
STS 724/2008, de 4 de noviembre.  
STS 857/2008, de 17 de diciembre  
STS 277/2009, de 13 de abril.  
STS 510/2009, de 12 de mayo.  
STS 1078/2009, de 5 noviembre.  
STS 268/2012, de 12 de marzo.  
STS 423/2012, de 22 de mayo.  
STS 759/2013, de 24 de octubre.  
STS 539/2014, de 2 de julio.

- **Audiencias Provinciales**

AAP de las Palmas 52/2009, de 23 de marzo.  
SAP de Madrid 22/2005, de 3 de marzo.  
SAP de Tarragona 880/2005, de 17 de octubre.  
SAP de Madrid 325/2013, de 25 de abril.