

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**TRABAJO DE FIN DE GRADO**

***CASO Nº 2: VIOLENCIA DE GÉNERO Y  
VENTA DE COSA AJENA***

*Autor:*

*María Ruiz Manso*

*Tutor:*

*Eduardo Cebreiros Álvarez*

# ÍNDICE DE CONTENIDO

## **Cuestión 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.**

|   |    |
|---|----|
| 1.1 Hechos relevantes.....  | 4  |
| 1.2 Fundamentos jurídicos sobre la declaración de fallecimiento o muerte presunta.....  | 5  |
| 1.2.1 Conclusión.....   | 8  |
| 1.3 Fundamentos jurídicos sobre la vigencia de las primeras nupcias en caso de que uno de los cónyuges sea declarado fallecido..... | 9  |
| 1.3.1 Disolución del matrimonio por declaración de fallecimiento en el Derecho civil.....   | 9  |
| 1.3.2 Conclusión.....   | 10 |
| 1.4. Fundamentos jurídicos sobre la validez y eficacia jurídica de segundas nupcias.....  | 11 |
| 1.4.1 Conclusión.....   | 12 |

## **Cuestión 2 – Determinar las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo, y determinar la validez de las escuchas telefónicas.**

|  |    |
|--|----|
| 2.1 Hechos relevantes.....   | 13 |
| 2.2 Fundamentos jurídicos sobre la regulación de las escuchas telefónicas.....   | 14 |
| 2.2.1 Validez de las escuchas telefónicas.....   | 16 |
| 2.2.2 Descubrimiento fortuito a través de escuchas telefónicas enfocadas a la investigación de otro hecho delictivo..... | 18 |
| 2.2.3 Conclusión.....  | 20 |
| 2.3 Características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo.....  | 22 |
| 2.3.1 Conclusión.....  | 25 |

## **Cuestión 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.**

|  |    |
|--|----|
| 3.1 Hechos relevantes.....   | 27 |
| 3.2 La violencia de género como comportamiento agresivo dentro del ámbito familiar. Concepto y regulación.....             | 28 |
| 3.2.1 Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo de Marcial contra María y Elisa.....                             | 30 |
| 3.2.2 Conclusión.....  | 34 |
| 3.3 Medidas de protección en la violencia de género. La orden de alejamiento.....  | 35 |
| 3.3.1 Conclusión.....  | 37 |
| 3.4 Posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Drogodependencia y reparación del daño causado..... | 37 |
| 3.4.1 Conclusión.....  | 40 |

## **Cuestión 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.**

|  |    |
|--|----|
| 4.1 Hechos relevantes.....   | 41 |
| 4.2 Consideraciones procesales.....  | 42 |
| 4.3 Validez jurídica y acciones a llevar a cabo sobre los bienes inmuebles y cuenta bancaria por Manolo..... | 44 |
| 4.3.1 Conclusión.....  | 46 |

## ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

|         |   |
|---------|---|
| Art./s: | Artículo/s  |
| ATS:    | Auto del Tribunal Supremo   |
| CC:     | Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil                                 |
| CDC:    | Código de Derecho Canónico  |
| CE:     | Constitución Española   |
| CEDH:   | Convenio Europea de Derechos Humanos  |
| CP:     | Ley Orgánica 10/195, de 23 de noviembre, del Código Penal   |
| LEC:    | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil  |
| LECrim: | Real Decreto de 14 de septiembre de 1880, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal                |
| LH:     | Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la Ley Hipotecaria                                  |
| LJV:    | Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria   |
| LO:     | Ley Orgánica  |
| LOPIVG: | Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. |
| LRC:    | Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil   |
| MF:     | Ministerio Fiscal   |
| Núm.:   | Número  |
| RRC:    | Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil       |
| SAP:    | Sentencia Audiencia Provincial  |
| STC:    | Sentencia Tribunal Constitucional   |
| Stc.:   | Sentencia   |
| STS:    | Sentencia Tribunal Supremo  |
| TC:     | Tribunal Constitucional   |
| TE:     | Tribunal Eclesiástico   |
| TEDH:   | Tribunal Europeo de Derechos Humanos  |
| TS:     | Tribunal Supremo  |

# **CUESTIÓN 1**

## **DICTAMEN SOBRE LA 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.**

### **1.1 Hechos relevantes:**

Manolo y María contraen matrimonio el 26 de marzo de 1996. Con el paso del tiempo, concretamente el 30 de junio de 2007, ambos deciden emprender un viaje en barco.

En dicho viaje se produce un accidente que tiene como consecuencia la desaparición de Manolo. Se desconocen tanto los motivos por los que se produjo el accidente del barco como las causas que conllevan a la desaparición de Manolo.

Tiempo después de la desaparición de Manolo, en el 30 de junio de 2007, tiene lugar la consecuente declaración de fallecimiento de Manolo.

El 17 de agosto de 2009, se celebra el matrimonio entre María y Marcial, contrayendo ésta segundas nupcias a pesar de que su marido continúa desaparecido.

El 3 de enero de 2014, Manolo reaparece.

## 1.2 Fundamentos jurídicos sobre la declaración de fallecimiento o muerte presunta

La declaración de fallecimiento es reconocida como una de las fases que afectan a la situación de un sujeto que, por la concurrencia de unas determinadas circunstancias, es reputado como “ausente”. El art. 181 CC establece que se identificará como “ausente” a la persona que se encuentre *en todo caso, desaparecida de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido de ella más noticias*. Por ello, coloquialmente podemos entender que la ausencia conforma una institución jurídica que alude a la falta de presencia en el lugar en que se encuentra el domicilio o lugar de residencia, siendo ignorado el paradero y desconociéndose si el ausente vive o ha muerto<sup>1</sup>. Es decir, una persona está ausente cuando se encuentra fuera del lugar en el que habitualmente reside o trabaja y, por lo tanto, que no desempeña las actividades normales llevadas a cabo en su vida cotidiana. Sin embargo, existe una parte de la doctrina que advierte que la presunción de ausencia no se relaciona con la falta del lugar de domicilio, sino con la incertidumbre sobre la vida del no presente y la imposibilidad de comunicarse con dicho sujeto<sup>2</sup>. Al respecto, DIEZ-PICAZO Y GULLÓN razonan que el ausente, jurídicamente expresado, es una persona que no sabemos si existe ni donde existe<sup>3</sup>.

Cabe señalar que aunque se identifique al sujeto que se encuentra desaparecido como persona “ausente” esto no quiere decir que sobre él tengan que concurrir todas las fases relacionadas con la ausencia o que, como consiguiente, las medidas provisionales o la declaración de ausencia conlleven posteriormente a que concurra una declaración de fallecimiento. La SAP de Barcelona de 23 de mayo del 2000 (JUR\2000\213615) aclara que *“la referencia que hace la Ley al “ausente”, no es en el sentido técnico o de persona afectada por declaración judicial de ausencia, sino que se refiere a persona que no está presente”*. En consecuencia, la última fase que atañe a la ausencia, y que es reconocida como “declaración de fallecimiento”, no implica que se declare a dicha persona como ausente legal o que se le dé rotundamente por muerto, sino que a partir de ese momento se le reconoce de manera legal y presunta como tal. El Profesor DE CASTRO afirma que la declaración de fallecimiento significa que oficialmente se desconoce o niega la existencia de la persona desaparecida<sup>4</sup>. Por ello, es posible afirmar que su base se sustenta en una desaparición prolongada durante un periodo de tiempo o que se haya producido un suceso que implique cierto riesgo para la vida de la persona. CALVO CASTILLO crea un concepto minucioso de la declaración de fallecimiento, definiendo a ésta como *una situación especial de la persona, a quien se reputa fallecida, en virtud de una resolución judicial en la que se precisa la fecha, sin que constituya una prueba de la muerte, ni una cesación absoluta de la incertidumbre legal de la existencia del declarado fallecido, pero sí la última fase de dicha incertidumbre y con unos efectos similares a los de la muerte*<sup>5</sup>. En definitiva, se puede definir la declaración de fallecimiento como una situación jurídica que implica la muerte presunta de quien se encuentra desaparecido, formalizada mediante declaración jurisdiccional en forma de Auto una vez que se ha seguido un procedimiento de jurisdicción voluntaria con la debida intervención del Ministerio Fiscal. Su regulación aparece plasmada en el Libro I Título VIII Capítulo II del CC (arts. del 193 a 197).

---

<sup>1</sup>GUINEA FERNÁNDEZ, D. A., *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Primera edición, Editorial La Ley, Madrid, 2011, p. 63.

<sup>2</sup>MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C./ DE PABLO CONTRERAS, P./ PÉREZ ÁLVAREZ, M-A./ PARRA LUCÁN, M-A., *Derecho Privado Derecho de la Persona*. Curso de Derecho Civil I, Segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 2001, p.495.

<sup>3</sup>DIEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, Duodécima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, p. 302.

<sup>4</sup>LASARTE, C., *Parte general y Derecho de la Persona*, Principios del Derecho Civil I, Vigésima edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 217.

<sup>5</sup>CALVO CASTILLO, T., *Efectos de la declaración de fallecimiento en el Derecho de familia*, RGLJ, 1978, p. 36.

Aunque la regulación general que afecta a la declaración de fallecimiento aparece en el articulado del CC anteriormente citado, con la LO 4/2000, de 7 de enero, se establece un giro al contenido de determinados preceptos y se consiguen acortar los plazos establecidos en el CC en casos de naufragios o inmersiones. Y es que desde su entrada en vigor el 11 de enero del 2000, se ha modificado la regulación que afecta a la declaración de fallecimiento en lo concerniente a los desaparecidos en ocasiones de naufragio o siniestros. Específicamente, nos referimos a las siguientes modificaciones:

Art. 193.3 CC:

*“Cumplido un año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses”.*

Art. 194.2 CC:

*“De los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubiesen transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquéllos”.*

El contenido del art. 193.3 CC se encarga de tratar el supuesto contra la vida. Respecto a este tema, parece distinta la situación reflejada entorno a la violencia contra la vida y el siniestro. Algunos autores argumentan que la intención del legislador en este aspecto era dar a entender que una situación de violencia contra la vida en sí misma es aquella que se produce por la influencia de otros aspectos externos ajenos a determinados sujetos, no a la violencia que es ejercida por otra persona<sup>6</sup>. Además, se entiende por “siniestro” un acontecimiento de peculiar gravedad que depende de agentes externos, como pueden ser los fenómenos meteorológicos, subversiones políticas o sociales, campañas bélicas o naufragios y accidentes aéreos<sup>7</sup>. Sin embargo, CORRAL TALCIANI cree que la expresión “violencia contra la vida” se refiere a los supuestos en que la vida de una persona corre peligro por la acción deliberada en su contra de otras personas y que los siniestros son accidentes provocados por la acción de la naturaleza o por actos del hombre que no tienen como objetivo atacar la vida del otro<sup>8</sup>.

Por otra parte, el art. 194.2 CC es una muestra clara de los cambios que se han establecido tras la modificación en lo referente a los plazos a respetar para que comience a tener efecto la declaración de fallecimiento. En diversas ocasiones, se ha manifestado la necesidad de buscar una solución en cuanto se desconoce el paradero del desaparecido. Esto se debe a que la desaparición de un sujeto afecta a numerosas relaciones jurídicas que se tienen con terceros y que no deberían mantenerse inmutables con el transcurso del tiempo. Razona CARLOS LASARTE que en la práctica la suerte del desaparecido no puede ser una incógnita permanente porque las relaciones jurídicas con terceros no pueden quedar en suspenso. Es por eso por lo que se permite que se inste una declaración de fallecimiento y cree que las relaciones sociales establecidas con su persona deberán de darse por extinguidas<sup>9</sup>. Independientemente de las causas, parece que al considerar que se pueden producir supuestos de inmersiones en el mar sin necesidad de que tenga lugar un naufragio, lleva a que muchos casos que antes entrarían en la tipificación del art. 193 CC ahora se encuadren en el art. 194.2 CC. Ejemplo de ello es la SAP de Guipúzcoa de 16 de enero de 1995 que manifiesta que lo que actualmente sería considerado

---

<sup>6</sup> DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 307.

<sup>7</sup> LASARTE, C., *op. cit.*, p. 218.

<sup>8</sup> CORRAL TALCIANI, H. F., “La declaración de muerte presunta en el Derecho Matrimonial Canónico”, *Revista Ius Canonicum*. Volumen XL, Núm. 80. 2000, p.154.

<sup>9</sup> LASARTE, C., *op. cit.*, p. 147.

como una situación de inmersión antes se declaraba como fallecido al desaparecido en un plazo de dos años por un riesgo inminente de muerte.

Al entenderse que la declaración de fallecimiento supone que se acepte la presunta muerte de la persona que se encuentra ausente, es necesario plantearse si al aceptar la muerte presunta del mismo éste sigue manteniendo la personalidad jurídica o, en contraposición, desaparece. Se entiende que la personalidad jurídica implica poseer capacidad para ser titular de un conjunto de derechos y obligaciones atribuidos a un mismo sujeto y que implican la posibilidad de generar relaciones jurídicas con otros. El art. 32 CC explicita que dicha personalidad civil se extingue por la muerte de las personas y el art. 34 CC nos remite directamente al contenido dispuesto en el Título VIII. Por lo tanto, resulta difícil afirmar que con la declaración de fallecimiento se crea una ficción de muerte que genere los mismos efectos que la muerte probada, ya que si con la declaración de fallecimiento se extinguiese la personalidad jurídica el legislador podría haberlo plasmado sin dificultad reconociendo analógicos los efectos de la muerte real con los de la muerte presunta y tampoco tendría ningún sentido la inscripción al margen de la de nacimiento<sup>10</sup>. Por esta razón, el contenido del art. 32 CC no puede ser aplicado de manera analógica por la gravedad de su contenido. Eso conlleva a que se afirme que la declaración de fallecimiento no se puede equiparar ni con la muerte ni con su prueba y, por ello, no extingue la personalidad del declarado fallecido aunque un sector minoritario considere que, tras la reforma de 1939, se avocó a que el párrafo segundo del art. 195 CC apunte a que la declaración de fallecimiento marca una fecha por la que se entiende sucedida la muerte y que conlleva a la extinción de la personalidad<sup>11</sup>.

Otra cuestión a tratar es fijar a partir de qué momento puede tener lugar la declaración de fallecimiento. Dependiendo de las circunstancias de la desaparición dependerán de unos plazos u otros, pero de modo general el art. 193 CC nos muestra que el cómputo de plazos siempre se contabilizará desde la expiración del año natural en que se tuvieron las últimas noticias o del año en que ocurrió la desaparición. En cambio, hay excepciones como la del artículo 194.2 CC que permiten que se pueda declarar fallecido a la persona desaparecida en caso de inmersión en el mar y una vez que hayan transcurrido tres meses del suceso, lo que implica que pueda concurrir una declaración de fallecimiento por una desaparición en el medio acuático sin necesidad de que sea como consecuencia de un naufragio. El art. 195 CC aclara este aspecto marcando que la declaración de fallecimiento se guiará por la fecha en la que se entienda sucedida la muerte. Respecto a lo anterior, es pertinente aquí citar la SAP de Madrid de 13 de mayo de 2004 (AC\2004\1203), que en su FJ 2º expresa que *“debe entenderse como fecha del fallecimiento, en base a tales circunstancias concurrentes, y, desde un punto de vista racional y lógico, la del momento en el que se produjo la desaparición y el concreto y preciso riesgo para la vida, puesto que otra interpretación llevaría a desplazar en el tiempo la fecha de fallecimiento”*. Sin embargo, DE CASTRO opina que aunque se sigan los plazos establecidos en el CC a veces resulta más acertado señalar la fecha según los datos que conforman una prueba para el Juez. Esto implica que no se atiende al día de la desaparición, sino cuando expira el tiempo en el que se considera que la presunción de vida se convierte en inexistente.

El art. 2.042 LEC de 1881 estipula que la declaración de fallecimiento no requiere la declaración de ausencia legal de forma propia y, que a su vez, la petición para que se lleve a cabo no constituye una obligación sino que *“podrá instarse por partes interesadas o por el Ministerio Fiscal”*. Así mismo lo hace constar la SAP de Barcelona de 23 de mayo del 2000 (JUR\2000\213615) que defiende que la declaración de fallecimiento puede ser instada por cualquier parte interesada y sin que se requiera previa declaración de ausencia. Después de que

---

<sup>10</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *op. cit.*, p. 89.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 242.

se realicen las pruebas y publicaciones pertinentes, el Juez dictará auto declarando el fallecimiento.

Toda declaración de fallecimiento deberá de ser inscrita en el Registro Civil, así lo indica el art. 198 CC. Concretamente, tendrá que ser inscrita al margen de la inscripción de nacimiento, ya que no goza de una sección específica en el Registro Civil tal y como estipula el propio art. 46 sobre las *inscripciones marginales a la de nacimiento* de la LRC de 1957. En el caso concreto de inscripción en el Registro de una persona desaparecida, su inscripción se podrá realizar siempre que concurra previamente una Stc. del Juez que se encarga de establecer que, efectivamente, se ha generado una gran probabilidad de muerte de esa persona. Por lo tanto, este tipo de asiento según el Registro Civil tendrá que cumplir los siguientes requisitos<sup>12</sup>:

- Inscripción de la declaración de fallecimiento extendida al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento.
- Existencia de un Auto firme de declaración de fallecimiento recaído en el procedimiento oportuno de jurisdicción voluntaria.
- Desaparición de una persona viva en situación o no de peligro.
- Trascuro de los plazos legalmente establecidos.

En conclusión, la inscripción de la declaración de fallecimiento expresará *la fecha a partir de la cual se entiende sucedida la muerte, salvo prueba en contrario*<sup>13</sup>. Dicha inscripción incidirá como si se tratase de la muerte misma teniendo en cuenta una serie de matices que se entienden como diferentes a la defunción por inscribirse de una manera distinta en el Registro Civil.

### **1.2.1 Conclusión**

En este supuesto nos hallamos ante un caso que se puede enmarcar en lo recogido por el art. 194.2 CC, en la que se establece que aquellos que se encuentren desaparecidos debido a una inmersión en el mar (lo que se conoce también como “hombre al agua”) podrán ser declarados fallecidos una vez que hayan transcurrido tres meses desde que se haya comprobado la desaparición sin haber tenido noticias. Por lo datos que nos proporciona el supuesto, sólo conocemos con certeza que tras sufrir un “accidente” a bordo de un barco el 30 de junio de 2007 Manolo desaparece. Esta información no especifica que el accidente haya implicado un naufragio propiamente dicho. Por ello, y como en ese periodo temporal se desconocen los motivos que produjeron el accidente o las causas de la desaparición de Manolo, se entiende que la declaración de fallecimiento podría generar efectos tres meses después de que sucedió la desaparición.

Respecto al modo de llevar a cabo el cómputo de plazos, parece más acertado atender al día exacto en el tuvo lugar la desaparición y no una vez que ha expirado el año natural en el que se produjeron los hechos. Como ya se ha mencionado anteriormente en base a la SAP de Madrid de 13 de mayo de 2004, se debe reconocer como fecha de fallecimiento el momento concreto en el que se conoce que ocurrió la desaparición y que se originó el riesgo para la vida.

El art. 195 CC dice que *“mientras la declaración de fallecimiento no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido salvo investigaciones en contrario. Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte”*. Esto implica, por un lado, que la declaración de fallecimiento no actúa de manera preceptiva respecto a las demás fases que puede experimentar el ausente y, por otro lado, que la declaración de fallecimiento depende de la existencia de un

---

<sup>12</sup> Cfr. arts. 86 LRC y 277 a 279 RRC.

<sup>13</sup> Vid. el art. 179, párr. 1º RRC.



auto judicial favorable<sup>14</sup>. En este caso no podemos afirmar que la declaración de fallecimiento haya puesto fin a la ausencia legal debido a que no consta que ésta existiese y también porque su presencia no resulta necesaria. Resultaría lógico, que el auto que declarase el fallecimiento contendría la fecha indicada una vez que el plazo de tres meses hubiese finalizado. Por consiguiente, se puede interpretar que Manolo sería declarado judicialmente fallecido el 30 de septiembre de 2007 presumiéndose que había vivido hasta tal día.

No se identifica a la persona que insta la declaración de fallecimiento. De todas formas, no presenta una gran controversia ya que según el art. 2.042 de la LEC de 1881 podrá dar expediente tanto persona interesada como el Ministerio Fiscal. Tenemos que tener en cuenta que cuando se producen los hechos relacionados con la desaparición de Manolo la Ley de 2 de junio todavía no había entrado en vigor. Por tanto, nos tenemos que seguir remitiendo a la regulación presente en el año 2007, ya que la nueva regulación no se encontrará vigente hasta que se ponga en funcionamiento la nueva LJV, tal y como manifiesta la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000 de 7 de enero.

En definitiva, se entiende que la declaración de fallecimiento de Manolo surte plenos efectos. Las causas de su desaparición concuerdan dentro del precepto 194.2 CC a razón de que al otorgarse declaración de fallecimiento el 30 de septiembre de 2007 se está respetando el transcurso del plazo establecido que correspondiente a los tres meses y, siempre y cuando, exista la resolución judicial necesaria que la acredite.

### **1.3.1 Fundamentos jurídicos sobre la vigencia de las primeras nupcias en caso de que uno de los cónyuges sea declarado fallecido.**

#### **1.3.1 Disolución del matrimonio por declaración de fallecimiento en el Derecho civil**

Tras la Ley 30/1981, de 7 de julio, la visión ofrecida en relación a la disolución del matrimonio cambia completamente al contener una redacción más concreta del art. 85 CC. Dicho art. expresa claramente que *el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio*. Esto da a entender de modo directo que con la declaración de fallecimiento se está extinguiendo al completo el vínculo matrimonial. Así se anula cualquier posibilidad de que dicho matrimonio recobre su efecto si reaparece el declarado fallecido. Por lo tanto, si uno de los cónyuges se declara civilmente fallecido la disolución es irrevocable. La legislación se pronuncia respecto a la recuperación de ciertas relaciones jurídicas en caso de que se revocase la declaración de fallecimiento o se probase su existencia. El art. 197 CC indica que éste recobrará sus bienes en el estado en el que se encuentren. Por ello, el declarado fallecido en caso de reaparición recuperará sus relaciones jurídicas concernientes al ámbito patrimonial. En cambio, nada se dice sobre la recuperación del vínculo matrimonial.

El Profesor SÁNCHEZ CALERO se pronuncia diciendo que la declaración de fallecimiento es una causa de disolución del matrimonio que se equipara a la muerte<sup>15</sup>. Y además, con la acreditación de la declaración de fallecimiento que se produce mediante auto, debería bastar por sí sola para entender que la disolución matrimonial tiene lugar efectivamente y no como una mera presunción.

Debido a la parquedad expresada por la legislación y la opinión mayoritaria por parte de la doctrina, todo parece indicar que lo correcto es afirmar que la disolución matrimonial es eficaz

<sup>14</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, p. 321.

<sup>15</sup> SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Curso de Derecho civil IV, Derecho de familia y sucesiones*, Séptima edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 122.

cuando uno de los cónyuges se encuentra presuntamente muerto. Además, el art. 3.1 CC refuerza esta postura al indicar que las normas deberán de ser interpretadas según el sentido propio que la misma le dé y atendiendo en todo momento a la realidad social vigente en el momento de su aplicación<sup>16</sup>.

En contraposición, la doctrina minoritaria considera que en caso de declaración de fallecimiento del cónyuge contrayente de primeras nupcias y reaparición del mismo, su matrimonio debería de considerarse como válido y eficaz<sup>17</sup>. En este sentido no parece que nos podamos encontrar con un art. análogo al 197 CC, pero sí puede servir como guía el art. 2.043 LEC<sup>18</sup> que dice que *si la persona declarada ausente o fallecida se presentare, una vez plenamente identificada, y practicadas las pruebas si fueren propuestas por el Ministerio Fiscal y las partes, previa declaración de su pertenencia en el Juzgado, se dejará sin efecto el auto de declaración de ausencia o fallecimiento*. Al decirse que la declaración de fallecimiento quedará sin efecto se entiende que la consecuencia es que la situación anterior a la imposición del auto se recupere. Esta posición se refuerza mencionando el art. 169 CC que hace que se recobre la patria potestad. Para la doctrina minoritaria esto demuestra que el matrimonio debería de recuperarse de igual manera que la patria potestad por pertenecer amabas relaciones jurídicas al ámbito extra-matrimonial. En definitiva, la minoría entiende que al no haber un art. similar al 197 CC, el mentado precepto 2.043 CC cobra más peso y consigue restaurar todas las titularidades personales.

En el Derecho comparado se muestra la misma situación en países como Alemania o Austria, donde la declaración de fallecimiento por sí sola no disuelve el matrimonio y faculta de igual forma la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio<sup>19</sup>.

### **1.3.3 Conclusión**

Según lo establecido en el ámbito civil, y después de realizar la exposición doctrinal, se considera correcta la postura mayoritaria que entiende que tras una declaración de fallecimiento la disolución conyugal dentro de la esfera personal es completamente válida y despliega una total eficacia jurídica al respecto. La claridad manifestada por el contenido del art. 85 CC parece más apropiada que interpretar que la aplicación analógica del art. 169 CC sobre la patria potestad indica de manera velada que al restaurarse ésta deberían de ocurrir unos efectos similares en relación al matrimonio. Para fundamentar esta opinión, nos remitimos a la opinión de GUINEA FERNÁNDEZ que señala que la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges extingue el matrimonio sin que quepa ningún tipo de posibilidad a que el matrimonio vuelva a cobrar vida, con independencia de que dicho desaparecido retorne por originar un efecto disolutorio irrevocable. Concreta que la extinción del matrimonio no se puede equiparar con la extinción de la patria potestad porque su origen constituye un hecho completamente natural y se trata de una institución encaminada a la protección de los hijos, mientras que la declaración de fallecimiento es tratada con una causa autónoma e independiente que disuelve el matrimonio como una eficacia erga omnes<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Art. 3.1 CC: *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*

<sup>17</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.J., *op. cit.*, p. 123.

<sup>18</sup> Art. 2.043 del Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, derogado actualmente pero en vigor en el momento de los hechos.

<sup>19</sup> DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho Internacional Privado”, en *Revista española de Derecho internacional*, vol. XLVII, núm. 2, 1995, pp. 41-70.

<sup>20</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *op. cit.*, pp. 420-423.

En la práctica, personalmente parece más sencillo contraer nuevas nupcias cuando así lo deseen los cónyuges en caso de que la persona desaparecida reaparezca y se revoque la declaración de fallecimiento que someter la voluntad de uno de los cónyuges a la vigencia o no de relación conyugal que contrajo en su día. G. GARCÍA VALDECASAS afirma que reanudar la convivencia conyugal parece más razonable que considerar definitivamente disuelto el matrimonio, en cuyo caso, habrían de celebrar un nuevo matrimonio los antiguos cónyuges<sup>21</sup>. Por todo ello, entendemos que las primeras nupcias no se deberán de considerar vigentes aunque el cónyuge declarado fallecido reaparezca y dicha declaración sea revocada mediante auto judicial.

#### **1.4 Fundamentos jurídicos sobre la validez y eficacia jurídica de segundas nupcias.**

En relación a la regulación que proporciona el ámbito civil sobre las segundas nupcias, la exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio ya se encarga de indicar el cambio que experimenta la disolución matrimonial con el paso del tiempo. Y es que, a pesar de que con anterioridad la declaración de fallecimiento no era causa suficiente para disolver el matrimonio, las modificaciones legislativas cooperaron en gran medida a que se produjera una evolución reveladora al respecto. Dicha exposición de motivos manifiesta que el gran objetivo de la reforma no es otro que mostrar la libertad como un valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico contribuyendo en todo momento al desarrollo de la personalidad de los contrayentes. En concreto, no tiene otra intención que abrir las fronteras y ampliar las posibilidades de aquellos cónyuges que desean disolver las relaciones matrimoniales y así tener la posibilidad de contraer nuevas nupcias.

Debido a que la declaración de fallecimiento produce una serie de efectos en la esfera familiar, parece correcto ir más allá en el contenido para aclarar si en verdad las nupcias se disuelven o si, por analogía de otros arts., el matrimonio podría seguir vigente aunque concurriese la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges.

La normativa de la Ley de 7 de julio de 1981, por la que se modifica la regulación del CC y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, fue la encargada de decretar la supresión del párrafo tercero del art. 195 CC, que había sido redactado con anterioridad por la Ley 8 de septiembre de 1939. Dicho art. disponía que *la declaración de fallecimiento no bastaría por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio*. Si bien es cierto que este art. se encuentra derogado, hacer hincapié en él nos sirve para interpretar que tras la modificación se genera la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio. Esta misma opinión es que la argumenta el Profesor CARLOS LASARTE que dice que atendiendo al contenido del art. 85 CC, una vez que se declara el fallecimiento sobre una persona, el “cónyuge presente” podrá volver a contraer matrimonio si así lo desea<sup>22</sup>.

La STS de 13 de mayo de 1983 (RJ\1983\2819) se encarga de mostrar la posición inversa de todas aquellas argumentaciones que intentan fundamentar la validez y eficacia de las segundas nupcias cuando un cónyuge del matrimonio anterior es declarado fallecido. Esta Stc. anula un matrimonio por aparecer el marido del matrimonio anterior que había sido declarado presuntamente muerto. Dicho cónyuge que había contraído matrimonio canónico con la recurrente de esta sentencia, fue declarado fallecido por parte del TE correspondiente por entender éste que había motivos suficientes. Años después, tras la reaparición de éste, se da por nulo el segundo matrimonio independientemente de que se considere que no existía mala fe alguna por parte de los nuevos contrayentes. La base de dicha resolución se sustenta en la prohibición específica de aquel momento que marca un “*impedimento dirimente para contraer*

---

<sup>21</sup> LASARTE, C., *op. cit.*, p. 220.

<sup>22</sup> LASARTE, C. *op. cit.*, p. 219.

*matrimonio respecto de aquellos que se hallen ligados por un vínculo precedente”. Es por ello que serán sancionados todos aquellos matrimonios que se entiendan como una controversia a dicha regla, aunque por haberse contraído en la base de la buena fe genere efectos civiles. La STS de 13 de mayo de 1983 (RJ\1983\281) expresa de manera rotunda que “el matrimonio nulo contraído de buena fe por ambos cónyuges producirá todos sus efectos civiles mientras subsista, y la legitimidad de los hijos [...] poniendo claramente de manifiesto que tanto en los antecedentes históricos y legislativos, como en la realidad actual, se da eficacia civil al matrimonio nulo por causa de persistencia de vínculo anterior, siempre y cuando los contrayentes de aquél hubiesen actuado de buena fe al contraerlo [...] pues lo contrario supondría el absurdo de reconocer una situación fáctica sin aceptar consecuencias jurídicas inherentes”.*

#### **1.4.1 Conclusión**

La validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial dependerá de los efectos que genere la declaración de fallecimiento de Manolo sobre el matrimonio que había contraído María anteriormente con el presunto fallecido.

Si la relación conyugal se tratase de un matrimonio civil hace que la situación jurídica cambie. En ese caso el matrimonio entre María y Marcial sería válido y eficaz por la rotundidad que manifiesta el art. 85 CC sobre la disolución del matrimonio en caso de declaración de fallecimiento, con independencia de que dicha declaración sea revocada con posterioridad, ya que no se trata de una relación natural que se pueda restaurar con el paso del tiempo como ocurre con la patria potestad. En este caso Manolo no podría emprender ningún tipo de acción para poner fin al matrimonio con María, ya que éste ya se encontraría disuelto al constar una declaración de fallecimiento válida.

## **CUESTIÓN 2**

### **DICTAMEN SOBRE ESCUCHAS TELEFÓNICAS Y EL DELITO SEÑALADO**

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

#### **2.1 Hechos relevantes**

Debido a la investigación de tráfico de drogas que se le realiza a Marcial, se llevan a cabo escuchas telefónicas a María.

En dichas escuchas telefónicas, se descubre como María confiesa que, bajo la ira y la obcecación, había golpeado fuertemente a Manolo en la cabeza tirándolo por la borda.

Como consecuencia de las escuchas telefónicas, María es acusada de asesinato.

## **2.2 Fundamentos jurídicos sobre la regulación de las escuchas telefónicas**

Llevar a cabo escuchas telefónicas, así como otras injerencias en la vida privada de las personas, supone una limitación de los derechos como el de secreto de las comunicaciones o la intimidad de la persona.

Concretamente, el derecho al secreto de las comunicaciones se consagra en el art. 18.3 CE estableciendo que *“se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”*. Pero no sólo nos tenemos que limitar a la regulación nacional, ya que hay que tener en cuenta los Convenios Europeos de los cuales España forma parte. En este aspecto, el art. 8 CEDH, de 4 de noviembre de 1950, regula el derecho al respeto a la vida privada y familiar fijando que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada en los diferentes términos establecidos, con la salvedad de las injerencias que pueda hacer la autoridad pública siempre y cuando se intente proteger un bien mayor como puede ser la *“defensa del orden y la prevención del delito”*<sup>23</sup>. Además, el art. 579.1 LECrim dice *“el juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita y reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante por la causa”*. Todo ello siempre y cuando la investigación gire en torno a determinados delitos marcados por la propia LECrim.

Pero la regulación anteriormente expuesta no da un significado concreto de lo que se debe entender por *“escuchas telefónicas”*. Por esta razón, se ha desarrollado una gran labor doctrinal y jurisprudencial que ayuda a crear un concepto que sea acorde con la legislación.

En la doctrina, el Profesor LÓPEZ-FRAGOSO definió las intervenciones telefónicas como *“aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructora de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado - u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse -, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar el delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios”*<sup>24</sup>.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el concepto de intervenciones telefónicas en numerosas ocasiones. Una de ellas es la STS de 26 de mayo de 1997 (RJ/1997/4133) sigue el criterio interpretativo de lo que se consideran intervenciones telefónicas por el TS estableciendo que *“las intervenciones telefónicas (vulgarmente denominadas escuchas telefónicas) implican una actividad de control de las comunicaciones entre los particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de comunicaciones y que aparecen por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su caso, de elementos probatorios”*.

Al observar que tanto la doctrina como la jurisprudencia hacen referencia exclusiva al concepto *“intervención”*, cabe preguntarse si hay alguna diferencia terminológica entre *“intervención”* o *“escuchas”*. Sobre ello, el TS se ha encargado de aclarar en STS 1954/2000, de 1 de marzo de

---

<sup>23</sup>Art. 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos, de 4 de noviembre de 1950.

<sup>24</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1991, p. 12.

2000, que son equiparables los términos “intervención”, “observación” o “escuchas” estipulando que la única intención es emplear un término más vulgar o coloquial sin que haya ninguna diferencia jurídica relevante. Dicha Stc. dice: “*Ya desde ahora debe declararse que la diferente terminología empleada en relación a la intervención telefónica y observación telefónica [...] carece de relevancia procesal. A todos los efectos, deben estimarse como términos equivalentes a pesar de su aparente diversidad*”.

Debido a la parca y escueta regulación normativa sobre las intervenciones telefónicas, ha tenido que cobrar protagonismo la jurisprudencia para solventar los vacíos de contenido que tanto la CE como la LECrim nos dejan. Las resoluciones que emanan del TEDH, TC y TS dejan bien claro la importancia que tiene la protección de ciertos derechos como es el del secreto de las comunicaciones. La STS de 288/1998, de 26 de febrero, reconoce que el art. 18.3 CE tiene como finalidad principal el respeto al ámbito personal y familiar, sin que se pueda producir ninguna injerencia ajena a no ser que se cuente con el consentimiento del interesado. Sin embargo, no parece que éste pueda ser un derecho absoluto e infranqueable, sino que deben de contemplarse ciertas salvedades cuando la justicia tenga como objetivo realizar una investigación con la finalidad de evitar daños mayores que perjudiquen de algún modo a la sociedad. Por ello, numerosos autores entienden que es una reacción lógica que no vulnera el art. 24.2 CE<sup>25</sup>, porque el derecho al secreto de las comunicaciones no se reconoce como absoluto cuando haya una resolución judicial que lo permita.

Por lo tanto, la intervención de comunicaciones telefónicas estará permitida cuando éstas sean realizadas con la debida diligencia. Es decir, cuando sean acordadas por la autoridad judicial en fase de instrucción, ejecutada bajo el control del órgano jurisdiccional competente y acordada con el objetivo de captar cierta información con el fin de investigar un delito u obtener materiales probatorios “*bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique*”<sup>26</sup>. Pero dichas intervenciones no podrán ser exclusivamente permitidas por el simple hecho de que el órgano judicial entienda que hay indicios para que se lleven a cabo, sino que se tendrán que cumplir una serie de requisitos para que al final las intervenciones telefónicas sean consideradas como válidas [STC 102/1998 del 3 de febrero de 1998 y STS 467/1998 del 3 de abril de 1998]. En relación con este tema, el cuerpo jurisprudencial se ha encargado de establecer los principios generales a los que ha de ajustarse cualquier intervención telefónica. Dichos principios son los siguientes<sup>27</sup>:

- Principio de legalidad: exige que cuando se restringe un derecho personal básico se haga de un modo adecuado y pormenorizado. CLIMENT DURÁN indica que la regulación de las intervenciones telefónicas en ningún momento se manifiesta acorde con el principio de legalidad pero que, al no haber la regulación necesaria, la jurisprudencia suple esta deficiencia. Por lo tanto, parece que existe un gran necesidad de que el art. 579 LECrim sea redactado de una forma más detallada para que no queden este tipo de vacíos sobre las intervenciones telefónicas. Por esta razón la STS 1558/1999, de 2 de noviembre de 1999, señala que *han de ser los Tribunales los que, partiendo de los principios y exigencias constitucionales y sirviéndose de criterios de analogía, marquen las pautas que han de ajustarse a ese tipo de medidas*<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Considerando el art. 24.2 CE como marcador de las garantías dentro de un proceso penal.

<sup>26</sup> Vid. STS 246/1995, de 20 de febrero de 1995.

<sup>27</sup> CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, Tomo II, Segunda edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 1575.

<sup>28</sup> *Ibid.* p. 1580.

- Principio de jurisdiccionalidad: que tenga que haber jurisdiccionalidad marca la necesidad de que sea el órgano judicial el que ejerza la autorización y control de las escuchas telefónicas. Esta será la regla general aplicada aunque el art. 579.4 LECrim, tras la redacción que introduce la LO 4/1988 de 25 de mayo, indica que en caso de que los delitos se relacionen con bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes se podrá obviar la autorización judicial previa cuando éstas se remitan en un periodo de tiempo de 72 horas.
- Principio de proporcionalidad: se consagra como el principio rector que marca que los medios empleados para desvelar un hecho delictivo deben de ser equitativos a la gravedad de los mismos. Es decir, la medida que se desempeña por parte del órgano judicial sólo se podrá adoptar cuando se esté ante delitos graves que impliquen una transcendencia social suficiente para que así su uso sea proporcional a la finalidad legítima perseguida [SSTC 86/1995 de 6 de junio de 1995 y 49/1996 de 26 de marzo de 1996]<sup>29</sup>. Es decir, realizar un juicio de proporcionalidad exige ponderar todos aquellos intereses o valores que se confrontan a la hora de autorizar una intervención telefónica. Esto se debe al enfrentamiento que se produce entre el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones del que es legítimo titular la persona cuyo teléfono se pretende intervenir y el interés general en investigar, descubrir y perseguir delitos<sup>30</sup>.

Por todo ello, debemos interpretar que lo que se está produciendo con las escuchas o intervenciones telefónicas es un acto de investigación perteneciente al ámbito de las comunicaciones electrónicas, por lo que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, que por la Policía Nacional se proceda a dicha intervención, observación, grabación y escucha de las comunicaciones del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor<sup>31</sup>. Esto conlleva a que las intervenciones telefónicas tengan que producirse bajo unos términos determinados y velando siempre por los derechos fundamentales del investigado o investigados. En caso de que éstos no sean respetados se tendrá que cuestionar la validez de las mismas.

### **2.2.1 Validez de las escuchas telefónicas**

Se entiende que la injerencia en determinados derechos sólo se justifica, por lo tanto, cuando se cumpla la premisa fundamental de que sean casos que se encuentran regulados por la ley y con la finalidad de garantizar la seguridad nacional, el bienestar económico y la prevención delictiva.

Todo ello viene marcado por el cumplimiento del contenido de los arts. mencionados con anterioridad, los cuales son considerados como el pilar básico que sustenta el derecho fundamental de todos los ciudadanos al secreto de las comunicaciones telefónicas. Atendiendo a lo fijado por el art. 18 CE y el art. 579.2 LECrim, así como lo regulado por los CEDH, se extrae que una intervención será considerada como válida cuando así lo prevea una resolución judicial y existan indicios de obtener hechos relevantes para la causa.

La incidencia jurisprudencial encaminada a respetar el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones es tan exhaustiva, que dicha medida también ha sido analizada con detenimiento en el ámbito internacional. Ejemplo de ello es la exigencia que hace el TEDH para

<sup>29</sup>*Ibid.* p. 1587.

<sup>30</sup>*Ibid.* p. 1736.

<sup>31</sup> LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Editorial La Ley, Primera edición, Madrid, 2011, pp. 235-236.



que se determinen de manera pormenorizada una serie de circunstancias, las cuales deberían de concurrir en la normativa interna. En este aspecto, sentencias como la de 30 de julio de 1998 (coloquialmente conocida como “caso Valenzuela”) determinan que para que las intervenciones telefónicas sean válidas los países miembro deben de encargarse de fijar una legislación que marque qué tipo de personas pueden someterse a dicha medida, así como las infracciones que pueden motivarla. Pero la realidad es que aunque exista jurisprudencia española que genera una serie de requisitos y principios que se tienen que cumplir nos encontramos con el problema de cómo se puede justificar una interceptación telefónica, ya que la LECrim no hace mención alguna a ello. La STS 565/1992, de 18 de junio de 1992 (conocida como “caso Naseiro”) abordó este tema concluyendo que sólo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica. GARCÍA ARÁN se encarga de sostener este criterio, defendiendo que como la LECrim no regula los delitos sobre los que puede concurrir una intervención telefónica se tiene que atender a la necesaria proporcionalidad de la medida, que sólo se producirá en casos de delitos graves<sup>32</sup>. La STS de 9 de marzo de 2007 (RJ 2007/1929) dispone en atención a lo expuesto que *“frente a otras legislaciones que establecen un catálogo de delitos para cuya investigación está previsto este modelo excepcional, la legislación española guarda un silencio que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir la investigación de hechos delictivos graves, y desde luego, aquellos que revisten la forma de delincuencia organizada, de alguna manera, puede decirse que en un riguroso juicio la ponderación concretada en cada caso, y la derogación del principio de intangibilidad de los derechos fundamentales, debe ser proporcionada a la legítima finalidad perseguida”*. Esto lleva a interpretar que entre los delitos que se reconocen como graves se encuadrarán aquellos que supongan un atentado contra la salud pública<sup>33</sup>, entre los que se encuentra el delito de tráfico de drogas organizado. Sobre las intervenciones en caso de delito de tráfico de drogas, la STS 2029/2002, de 4 de diciembre, afirma: *“en relación a la quiebra del principio de proporcionalidad, es doctrina consolidada que este medio excepcional de investigación – excepcionalidad que deviene del sacrificio de un derecho constitucional – aparece proporcionado cuando se investigan delitos de tráfico de drogas sobre cuya gravedad no es preciso insistir. Al respecto basta con citar el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 – BOE de 10 de noviembre de 1990 – que califica el tráfico de drogas como [...] una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad [...]”*. Esto implica, en definitiva, que las intervenciones telefónicas no vulnerarán el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y serán estipuladas como válidas cuando se esté investigando un delito de tráfico de drogas.

Sin embargo, resulta más complejo determinar si dichas intervenciones se pueden extender a otras personas que se encuentren relacionadas con el círculo cercano del imputado, o si éstas sólo se pueden limitar a investigar al sujeto en concreto. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA se remite a que el art. 579.2 LECrim está encaminado a permitir sólo las intervenciones de las comunicaciones telefónicas “del procesado” por lo que sólo se podrá entrar a cuestionar las comunicaciones en las que está implicado el procesado y no las de otras personas que no se encuentren en esa situación<sup>34</sup>. Esto nos lleva a afirmar que se podrán valorar las intervenciones en las que participe el sujeto procesado u otras personas sobre las que concurren indicios de criminalidad, ya que es lo único que le aporta al Juez un motivo de peso para profundizar en la investigación, sin que valgan meras sospechas policiales. Esto sólo llevaría a que se incumpliese la tutela judicial efectiva contenida en el art. 24 CE y a alimentar la inestabilidad ciudadana.

---

<sup>32</sup> GARCÍA ARÁN, M./ CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, Primera edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2.494.

<sup>33</sup> Vid. SSTS de 28 de noviembre de 1994 (RJ 1994/9997) y de 11 de octubre de 1996 (RJ 1996/7147).

<sup>34</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Editorial Akal/Iure, Madrid, 1989, p. 184.

GONZÁLEZ GUNTIÁN opina al respecto que desde hace ya muchos años la experiencia de otros países demuestra con claridad que la falta de control en estas prácticas tiene el efecto inmediato de crear un clima propicio, no ya a la inseguridad de los ciudadanos, sino también a la corrupción de los funcionarios públicos encargados precisamente de velar por el respeto a los derechos individuales<sup>35</sup>.

Existe un caso similar al tratado en este supuesto concreto por parte de los Tribunales estadounidenses en el asunto conocido como “United States v. Jahn (415 U.S. 143) de 1974. Y es que en él se plantea el problema de si se deben suprimir del proceso las conversaciones del investigado con personas conocidas o, incluso, las conversaciones de su esposa con terceras personas. Aunque en EE.UU. se rechazasen de plano las conversaciones en las que no aparece el investigado en concreto, nosotros debemos de afirmar que serían válidas siempre y cuando el Juez tuviese indicios de criminalidad. Esto se debe a que la ley no recoge de modo explícito que las escuchas telefónicas se puedan llevar a cabo frente a cualquier persona. Por lo tanto, para obtener la mayor efectividad de un derecho fundamental, éste deberá ser interpretado de la manera más estricta posible.

La STC de 29 de noviembre de 1984 ha mantenido que el derecho al secreto de las comunicaciones como derecho recogido en la CE no se puede oponer de ningún modo sin que quiebre su propio sentido constitucional, implicando así un enfrentamiento entre quien tomó parte en la comunicación que ha sido protegida. Ello cabe indicar que dicha norma está encaminada a garantizar de forma completa la impenetrabilidad por terceros que sean ajenos a la comunicación en sí misma. De todas formas, finalmente esta Stc. acaba añadiendo que “*no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE por la retención mediante cualquier medio del contenido del mensaje*”.

### **2.2.2 Descubrimiento fortuito a través de escuchas telefónicas enfocadas a la investigación de otro hecho delictivo**

Los descubrimientos fortuitos o casuales se conjuran como un problema dentro del marco de las investigaciones penales. Y es que a veces bajo las diligencias enfocadas a la investigación de un determinado delito se desvelan evidencias probatorias no buscadas y relativas a la comisión de ilícitos penales ajenos a aquellos que fundamentaron la prueba a la que se destina, o que fueron cometidas por terceros distintos a los inicialmente investigados.

Se define el “hallazgo o descubrimiento casual” como la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un ilícito penal, no incluidos en la resolución judicial que habilita una medida restrictiva de derechos (ya sea una intervención telefónica, una entrada y registro u otras diligencias de intervención similares), o de sujetos inicialmente no investigados, y que surgen a la luz cuando tal medida se está ejecutando<sup>36</sup>. ECHARRI CASI sostiene al respecto que esta situación se produce cuando por motivo de persecución de unas conductas delictivas, que son concretas y determinadas, aparecen fuentes de prueba relativas a otro u otros delitos distintos, de los cuales no se tenían noticias con anterioridad por los agentes intervinientes en aquella<sup>37</sup>.

La doctrina pone en entredicho si es válido incorporar unas evidencias probatorias fortuitas a un proceso destinado a desvelar un delito distinto o si, en cambio, ha de ser rechazado por no cumplir de manera rigurosa los principios sobre los que versa la legalidad (como ocurre con el

---

<sup>35</sup>Ibid. p. 186.

<sup>36</sup>Vid. circular de la Fiscalía nº 1/1999, de 29 de diciembre, sobre intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales.

<sup>37</sup>ECHARRI CASI, F. J., “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, *Revista del Poder Judicial*, nº 69, 2003, p. 286.

principio de proporcionalidad) aunque los hechos constituyan de modo completo un ilícito penal. El párrafo 2º del art. 17.1 LECrim hace constar que *“los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso”*. Por lo tanto, este art. afirma indirectamente que los hechos descubiertos fortuitamente serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando guarden relación con el delito principal por el que se concede la autorización judicial para que se realice una intervención telefónica u otra intromisión similar. En consecuencia, el problema principal se sitúa sobre los hechos delictivos que son de manera absoluta inconexos porque incumplirían las exigencias que suponen el principio de proporcionalidad, el cual obliga a cumplir con la ponderación del conflicto tratado y, el principio de especialidad, que justifica la intervención en caso de que sólo se profundice en el delito investigado [STS de 3 de octubre de 1996].

De todas formas, aunque una parte de la doctrina actúe de manera restrictiva cuando se descubren delitos que no tengan relación alguna con el hecho ilícito principalmente investigado, parece obvio que no corresponde con el sentido de la justicia que quedase impune un delito grave, como puede ser un homicidio o asesinato, cuando la intervención telefónica mediante la cual se descubre haya sido acordada para desenmascarar un delito de tráfico de drogas. Y es que la CE no exige que el funcionario que investiga unos hechos aparentemente delictivos cierre los ojos a otros hechos [SSTC 49/1996 de 26 de marzo de 1996 y 41/1998 de 31 de marzo de 1998].

Ello lleva a reconocer que un hecho ilícito desconectado del fundamento de una investigación no puede generar efectos probatorios para el mismo, pero sí producir una serie de efectos investigadores. Es así como la jurisprudencia ha tenido que solucionar dicha controversia entendiendo que los descubrimientos casuales podrían dar lugar a lo que se conoce como *notitia criminis*, es decir, el conocimiento de manera espontánea por parte de la autoridad policial de un hecho que resulta aparentemente delictivo y que puede implicar una gravedad penal aunque no exista conexión. Un ejemplo es lo manifestado por la STS de 7 de junio de 1993 sobre la inoportunidad de que tal diligencia tuviera que detenerse al encontrarse de forma inesperada con pruebas o indicios de la comisión de un delito diferente, ya que no puede renunciar a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello precise una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquélla sea mero punto de arranque. Consecuentemente, si se trata de delitos que no son conexos respecto a los investigados, el juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la medida o de la diligencia<sup>38</sup>.

Como base de esta materia se ha tomado como modelo lo sucedido en el Auto del TS de 18 de junio de 1992. En dicho auto las intervenciones telefónicas terminaron siendo consideradas como incorrectas, pero no porque dichos delitos no debieran de ser debidamente investigados, sino porque no se dictó en su momento una nueva y expresa autorización judicial que permitiese una valoración individualizada en torno a la proporcionalidad de la medida. En este sentido cabe destacar la STS de 4 de mayo de 1994 que sostenía que *“una cosa es que se cierren todas las puertas a la más mínima vulneración de un derecho fundamental y que se elimine cualquier manifestación de indefensión, y otra que se haga imposible la investigación que conduzca al descubrimiento y posterior enjuiciamiento de los delitos que en cada caso corresponden. Cuando en la diligencia se descubre algo que nada tiene que ver con la autorización judicial, lo*

---

<sup>38</sup> ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2011, p. 7.

*procedente es ponerlo de manera inmediata en conocimiento del Juez y esperar a su decisión, salvo que la urgencia de las medidas a tomar, con carácter cautelar, aconsejen otra cosa”<sup>39</sup>.*

Otra postura que sostiene la posibilidad de que este tipo de delitos descubiertos de manera inesperada sean igualmente investigados, es la expuesta también por ECHARRI CASI<sup>40</sup>. Este autor defiende que el principio de proporcionalidad en ningún momento debe de perder su importancia, pero opina que debe de ser lógico que cuando el ilícito investigado es de mayor gravedad que el que se halla en un principio de manera casual, se debe interpretar que la autorización judicial correspondiente queda ampliada de forma implícita. Esto se fundamenta sobre la base de que si se concede una autorización para investigar un delito grave, servirá también para investigar lo menos por ser más proporcionada si cabe. En todo caso, dependerá del Juez determinar si existen indicios suficientes para que la investigación siga su curso de modo justificado.

Es cierto que se genera un conflicto en relación a la validez de las escuchas telefónicas cuando se descubren de manera inesperada hechos delictivos nuevos, pero dicho conflicto no se limita a ese aspecto, sino que la controversia aumenta cuando dichos delitos son presuntamente cometidos por persona distinta sobre la que recae la autorización. A este respecto, la doctrina jurisprudencial del TS ha reiterado en numerosas ocasiones que la ampliación subjetiva del objeto de la investigación que se obtengan a raíz de una investigación inicial serán válidas cuando se haya expresado así mediante autorización judicial. Como ejemplo, la STS de 18 de julio del 2000 (RJ 2000/7113) estimó lícita la ampliación a otras personas cuando investigando a las que se encuentran autorizadas por resolución judicial se desvelaron otras posibles implicadas.

Para finalizar, todo apunta a que la adquisición de un conocimiento delictivo relevante tiene que producir las consecuencias jurídicas oportunas aunque su hallazgo no se encuentre vinculado directamente con el delito principal. Esto implica que se puedan abrir unas diligencias previas independientes a las ya iniciadas cuando el Juez correspondiente entienda que dicha intromisión es proporcionada y necesaria, y que tanto los objetos delictivos como las personas aparentemente implicadas guardan algún tipo de relación con el hecho investigado desde un primer momento. Si no existiese la autorización judicial pertinente que permitiese la ampliación o la investigación separada sobre otros delitos o personas, o no hubiese un mandamiento judicial que obligue a la policía judicial a actuar y a poner en conocimiento los elementos probatorios relacionados con el delito hasta entonces investigado y todo lo que guarde relación con el descubrimiento de un nuevo delito, se estarían vulnerando los derechos fundamentales pertenecientes a los sujetos investigados, así como también se estarían obstruyendo los principios y requisitos que deben ser respetados en esta materia.

### **2.2.3 Conclusión**

Antes de determinar la validez de las escuchas telefónicas que se realizan sobre Marcial y María, cabe llevar a cabo una serie de aclaraciones sobre los hechos que se nos plantean en el supuesto objeto de análisis:

- Se desconoce la fecha concreta en la que se llevan a cabo las escuchas o intervenciones telefónicas. Dado que se presupone que la narración de los hechos sigue un orden cronológico y que María y Marcial contraen matrimonio en el año 2009, se da por supuesto que la intervención se lleva a cabo en ese mismo año o en un momento posterior.

---

<sup>39</sup> GARCÍA SAN MARTÍN, J., “El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal”, en *Revista la Ley Penal*, núm. 109, Editorial La Ley, 2014, p. 3.

<sup>40</sup> ECHARRI CASI, F.J., *op. cit.*, p. 287.

- No se especifica si en las escuchas mediante intervenciones telefónicas por la investigación de tráfico de drogas presuntamente cometido por Marcial concurre autorización judicial que permita que las escuchas sean realizadas también sobre María.
- Se presupone que las escuchas telefónicas que se hacen para investigar el delito de tráfico de drogas se han desempeñado conforme a la buena fe y cumpliendo todos los principios y requisitos exigidos, presuponiendo que concurre la oportuna autorización judicial que permite dicha investigación. Es decir, que se desarrollan bajo la debida diligencia.

Una vez mencionadas las respectivas aclaraciones, se procede a analizar la validez de las escuchas telefónicas:

- Intervenciones telefónicas realizadas a Marcial: por ser imputado de un supuesto delito de tráfico de drogas se interpreta que las escuchas telefónicas a Marcial deben de ser consideradas como válidas. Esto se debe a que el derecho al secreto de las comunicaciones recogido en el art. 18 CE no se vulnera cuando las intervenciones se hacen por razón de este tipo de delitos y la gravedad que acarrear. Aunque la LECrim no regula los delitos que pueden ser investigados mediante escuchas telefónicas, nos remitimos al contenido tratado en la STS 2029/2002, de 4 de diciembre, entre otras, que defiende que este tipo de investigación no rompe la proporcionalidad por suponer este tipo de delitos una gran amenaza para la salud que menoscaba la sociedad.
- Intervenciones telefónicas realizadas a María: en primer lugar, corresponde tratar si son válidas las escuchas telefónicas realizadas sobre María por el delito de tráfico de drogas presuntamente cometido por Marcial (su marido). La STS 246/1995, de 20 de febrero de 1995, indica que se podrá acordar una autorización judicial con el fin de captar información para investigar un delito u obtener materiales probatorios frente al imputado o frente a las personas con las que éste se comunique. Se supone que María no es la imputada sobre la que se realiza la investigación, pero sí una persona que se encuentra relacionada con el círculo cercano del imputado. Consecuentemente, María sólo podrá ser investigada mediante escuchas telefónicas cuando la autoridad judicial entienda que hay indicios de criminalidad relacionados con el tráfico de drogas y no meras sospechas. Pero que dichas escuchas se realicen sobre María no parece ser una idea descabellada, ya que en ocasiones el delito de tráfico de drogas se encuentra vinculado a la comisión de otros hechos delictivos como resultan ser los delitos contra el orden económico (como los delitos de receptación y blanqueo de capitales tipificados en el CP). Por lo tanto, para que las escuchas telefónicas realizadas a María por el presunto delito de tráfico de drogas sean válidas será necesaria la debida autorización judicial que estipule que existen indicios de criminalidad suficientes sobre su persona y que procede la ampliación de la investigación. En los demás supuestos, las escuchas en las cuales intervenga María deberán de ser suprimidas por no ser ésta la persona procesada, debido a que sino se estarían menoscabando sus derechos fundamentales inherentes a su persona.

Clasificar si se pueden tomar como válidas las escuchas telefónicas a María por delito de tráfico de drogas en este caso resulta esencial debido a que éste recae como un requisito indispensable para que se pueda entrar a tratar la validez de un hallazgo fortuito de carácter delictivo cometido por María. Sobrentendiendo que dichas escuchas son válidas por tener indicios suficientes de carácter criminal sobre María, se procede en segundo lugar a tratar la validez del hallazgo fortuito del ataque que María le había propinado a Manolo en el barco y que es descubierto mediante las escuchas telefónicas destinadas a destapar un delito de tráfico de drogas.

El delito cometido por María en el barco no guarda conexidad alguna con el delito de tráfico de drogas principalmente investigado (no resulta acorde con lo establecido por parte del art. 17.1 LECrim). En el supuesto de que medie autorización judicial que estime lícita la ampliación de la investigación a otras personas por poder resultar como posibles implicados [STS de 18 de julio del 2000], se podrá proceder a la consideración del delito. Dicha consideración no podrá generar efectos probatorios por la falta de conexidad, pero sí efectos investigadores al constituirse ésta como *notitia criminis*. Por lo tanto, sobre María tendría que dirigirse una investigación distinta tomando como guía la investigación en la que se halló este otro posible delito. Entonces, si el juez volviese a examinar las pertinentes cuestiones de proporcionalidad y competencia, tendrá la posibilidad de dictar una autorización judicial expresa enfocada a la continuación de la medida o la diligencia. Es así como se interpreta que dichas escuchas telefónicas por tráfico de drogas puedan ser útiles para que María termine siendo “acusada de asesinato” si se ha seguido el curso de las acciones de manera debida por parte del órgano judicial.

### **2.3 Características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo**

El Libro II del CP de 1995 regula en su art. 139 el asesinato reconocido como delito. Dicho art. establece lo siguiente: “*será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1) Con alevosía, 2) Por precio, recompensa o promesa, 3) Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*”. Remitiéndonos directamente a este contenido se entiende que cualquier acto que pueda formar de manera efectiva la concurrencia de un hecho delictivo, no podrá calificarse como “asesinato” cuando no cumpla alguno de los requisitos mencionados por el CP plasmado en la LO 10/1995. Esto lleva a interpretar que cuando se produzca la muerte de un sujeto sin una causa de intención superior que concluya la muerte tendrá que entenderse como homicidio y no como asesinato. El art. 138 de esta misma norma dice que “*el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años*”.

En consecuencia, el homicidio puede clasificarse como un término que se emplea por parte del CP en un sentido amplio que equivale a la muerte de un hombre por otro<sup>41</sup>. Esto diverge del concepto de “asesinato” en el modo en que se lleva a cabo la acción, ya que en el asesinato se causa la muerte de un modo distinto, por realizarse mediante acciones que revelan una especial malevolencia del actor o empleando medios que resultan de un especial peligro<sup>42</sup>.

El delito de homicidio en sí cumple con una serie de elementos que se encargan de construir su tipo objetivo. Al respecto podemos decir que el objeto material y el sujeto pasivo es el hombre vivo físicamente considerado, teniendo en cuenta que tanto el sujeto activo como el pasivo puede ser cualquier persona. Dicho sujeto activo cumple en este caso con la acción del delito, que consiste en matar a otra persona. Esto lleva a que el bien jurídico protegido sea la vida humana como valor ideal, y el resultado la muerte efectiva de otra persona. Por lo tanto, entre la acción de matar y el resultado de muerte debe mediar una relación de causalidad<sup>43</sup>. En relación al dolo, cabe definirlo como el conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito a través de la concurrencia de un elemento intelectual o cognoscitivo y un elemento volitivo. En consecuencia, se identifica que el tipo de dolo que cumple de manera más absoluta con estos dos elementos es el reconocido como dolo directo o de primer grado, ya que se interpreta que la

---

<sup>41</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte especial*, Decimoséptima edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 34.

<sup>42</sup> GONZENMULLER, C./ESCUADERO, J. F./FRIGOLA, J., *Homicidio y asesinato*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, p. 185.

<sup>43</sup> MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 35-37.

conducta se lleva a cabo teniendo una intención de realizarla a propósito y la intención del sujeto coincide con la producción del resultado<sup>44</sup>.

Tratar cual es el contenido de la circunstancia de alevosía dentro del asesinato es en este caso más necesario que entrar a cuestionar si el resto de requisitos pueden tener lugar cuando ya se interpreta por el relato del supuesto que es difícil su concurrencia. Ejecutar un hecho bajo alevosía resulta una circunstancia agravante según el art. 22 CP y se puede definir como la inexistencia de la posibilidad de defensa que influye en la manera en la que se realiza la agresión según la STC de 15 de diciembre de 1992. De aquí se extrae que se genera una influencia sobre el “modus operandi” que desempeña el agente, ya que su objetivo es suprimir de manera completa toda posibilidad que tenga el ofendido de defenderse y éste, a su vez, actúa de modo consecutivo<sup>45</sup>. Este mismo artículo del CP también recoge la posibilidad de agravar la pena cuando hay abuso de superioridad, ya que dicha cualidad aparece íntimamente relacionada con la de alevosía como una agravante menor de la misma. La STS de 15 de febrero de 2015 establece la configuración legal de alevosía diciendo que *“el concepto de alevosía a todos aquellos supuestos en que, por el modo de practicarse la agresión, queda de manifiesto la intención del agresor o agresores de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir, la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito del asesinato (art. 139.1<sup>o</sup>) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1<sup>o</sup>), radica en la inexistencia de posibilidades de defensa por parte de la persona atacada”*. Además, la jurisprudencia se ha esmerado en crear un amplio análisis distinguiendo tres tipos diferentes de alevosía. Dicha clasificación es la siguiente [STS de 31 de diciembre de 2001]:

- 1.- Alevosía proditoria: se caracteriza por la traición equiparable a la insidia, asechanza, emboscada, celada o lazo, esto es a través de una actuación preparada para que la víctima no pueda percibirse de la presencia del atacante.
- 2.- Alevosía súbita e inopinada: consiste en un ataque imprevisto, fulgurante y repentino que se produce por sorpresa cuando el agredido no espera el comportamiento del agresor.
- 3.- Alevosía mediante un aprovechamiento especial de desvalimiento: la víctima es una persona indefensa de su propia condición (niños, ciegos, ancianos, o personas inválidas) o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

Profundizando en la agravante de abuso de superioridad cabe remarcar la STS 1172/2006, de 28 de noviembre de 2006 que señala que *“requiere para su apreciación, en primer lugar, la existencia de una desproporción efectiva y real entre la parte agredida y la agresora que determine un desequilibrio a favor de esta última; en segundo lugar, que ese desequilibrio se traduzca en una disminución de las posibilidades de defensa ante el ataque concreto que se ha sufrido; y en tercer lugar que el sujeto activo conozca y se aproveche de ese desequilibrio y de sus efectos para la ejecución del concreto hecho delictivo”*. La situación de superioridad puede verse alimentada por una superioridad de carácter medial o instrumental, es decir, referida a los medios empleados para agredir, o por una superioridad de carácter personal marcada por el número de atacantes. A mayores, dicho ataque tiene que disminuir la capacidad de defensa sin coartarla porque sino se entraría en el campo de la alevosía, y la superioridad de la que se abusa no puede ser inherente al delito. Por ello se entiende que el abuso de superioridad es una especie

---

<sup>44</sup> HAVA GARCÍA, E., *El dolo: concepto, elementos y clases*, 2012, <http://www.infoderechopenal.es> [Consulta: domingo, 15 de mayo de 2016].

<sup>45</sup> *Ibid* p. 188.

de alevosía menor debido a que su aplicación se ha limitado generalmente a los delitos realizados contra las personas.

Pero en los casos en los cuales se cometa el delito de homicidio bajo “una inmensa sensación de ira y obcecación” se tiene que tener en cuenta la circunstancia atenuante recogida en el art. 21.3 CP que fija que será circunstancia atenuante “*la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*”. De alguna forma, se está intentando justificar la circunstancia ilícita, ya que ésta se comete bajo un estado de ánimo o bajo ciertas circunstancias que resultan comprensibles en un determinado contexto social y que producen una serie de efectos paliativos en relación a la responsabilidad que tiene el autor que lo comete<sup>46</sup>. La jurisprudencia se encarga de conceptualizar el estado de ira u obcecación como “*una reacción momentánea que los seres humanos experimentan ante estímulos poderosos que producen una honda perturbación del espíritu, que ofusca la inteligencia y determinan la voluntad a obrar irreflexivamente y es elemento objetivo insoslayable para la apreciación de estas circunstancias el que el estímulo que desencadena la reacción rápida e instantánea – arrebatos –, debe tener cierta entidad de tal manera que justifique o explique la reacción del acto y merezcan una disminución de la imputabilidad con los efectos consiguientes sobre la pena*”<sup>47</sup>. Por lo tanto, esto lleva a que exija una incitación personal que casualmente influya mínimamente en las facultades anímicas del agente, intelectivas y volitivas.

Es relevante destacar el término “poderoso” marcado en la normativa, ya que éste nos indica la importancia que desprende la propia causa realizada. Esto se debe a que se entiende que entre el arrebatos y la causa que lo genera tiene que haber un cierto índice de proporcionalidad. Es decir, tiene que haber una razonable conexión temporal entre los motivos y el hecho realizado para que se reconozca como un hecho atenuado. Y es que este tipo de atenuante, según BORJA JIMÉNEZ, sólo será reconocible en los casos que la sociedad lo entienda como comprensible y explicable aunque no se pueda justificar. Resulta interesante también marcar la diferencia que se puede apreciar entre el arrebatos y la obcecación. Al respecto el TS ha señalado que “*el arrebatos es la emoción súbita y de corta duración, en tanto que obcecación es la pasión duradera y permanente, siendo así que el estado pasional responde a la posible existencia de otra situación anímicamente intensa como la rabia o la indignación*” [STS de 26 de enero de 1996 (RJ 1996/6753)].

Cabe preguntarse si cabría en el marco del art. 21.3 CP otro tipo de sensaciones que inciden en el estado pasional de las personas, y es que el propio artículo menciona los *estados pasionales de entidad semejante*. Sobre ello el legislador ha defendido que se cumple de igual forma con el carácter que marca la atenuante por producir unos efectos idénticos aunque no se cumplan con los requisitos del arrebatos y la obcecación. Simplemente porque es la consecuencia de la alteración psíquica, anímica o afectiva del ofensor<sup>48</sup>.

Pero este asunto no tiene porqué generar únicamente una situación atenuada. Esto se debe a que el art. 23 CP recoge la circunstancia mixta de parentesco, haciendo constar que ser o haber sido el agraviado cónyuge puede atenuar o agravar la responsabilidad. En este caso en concreto, dicha circunstancia debe de tipificarse como un motivo agravante, ya que con carácter general actúa de

---

<sup>46</sup> BORJA JIMÉNEZ, E., *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 141.

<sup>47</sup> STS 703/2008, de 24 de julio de 2008.

<sup>48</sup> BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, p. 149.



esta forma cuando se trata de delitos que tienen un contenido eminentemente personal, como son los delitos contra la vida o la integridad física [ATS de 21 de junio de 2006]<sup>49</sup>.

### **2.3.1 Conclusión**

El delito cometido por María en el barco hacia Manolo se tipifica como delito de homicidio, ya que según el relato de los hechos no se interpreta que concurra ninguno de los requisitos marcados por el art. 139 CP para que se reconozca como asesinato. En concreto, resulta más relevante tratar si se puede encuadrar en alguno de los tipos de alevosía anteriormente enumerados [recogidos en la STS de 31 de diciembre de 2001 y la mencionada alevosía tanto en el art. 22.1 CP como en uno de los requisitos del art. 139 CP]. Cabe decir que dicha actitud no la entiendo como proditoria, por no haber preparado de manera premeditada su actuación, ni tampoco como un aprovechamiento especial de desvalimiento, ya que Manolo no se encontraba indefenso por su propia condición o por encontrarse privado de sus actitudes propias como persona. Aunque pueda entenderse como más lógico o apropiado, tampoco entiendo que se trate de una alevosía súbita e inopinada. Esto se debe a que Manolo ya tenía conocimiento de que la reacción de María ante tal comunicado no sería buena y, por lo tanto, tenía previo conocimiento de la tensión de la conversación. Por eso Manolo podría llegar a suponer la reacción de María y no tendría motivo para encontrarse en una situación sorpresiva y no esperar así el comportamiento agresivo manifestado por María.

Respecto a las agravantes que se han cuestionado se puede entender que no tiene lugar la agravante por abuso de superioridad recogida en el art. 22.2 CP, ya que no consta que la situación que tiene lugar en el barco sea generada de manera intencionada por María con el objetivo de prevalerse de una posición de superioridad sobre Manolo y así producir el ataque. Y es que no parece que entre María y Manolo haya una desproporción efectiva y real en relación a la fuerza. Entre ambos no hay superioridad instrumental ni personal, y se interpreta que Manolo tendría la posibilidad de ejercer un contraataque que le librase del golpe en la cabeza de María, ya que dicho golpe no disminuye su capacidad sino que la elimina y por el contenido de la conversación se puede interpretar que la reacción de María iba a ser negativa en todo momento aunque no pudiese presuponer con total rotundidad que reaccionaría bajo semejante ira. Tampoco la agravante por parentesco del art. 23 CP, dado que aunque se debe tener en cuenta el fundamento cualificado que se puede añadir en caso de que concurriese una agravante de parentesco por motivo del matrimonio vigente entre María y Manolo, interpreto que al ser la existencia del propio matrimonio la esencia del problema entre ellos y el desencadenante de la ira y obcecación que alimenta la acción delictiva de María encuentro que ésta se encuentra incardinada a la misma y que, por lo tanto, no resulta apropiado tenerla en consideración.

En relación a la circunstancia atenuante del art. 21.3 CP que regula el estado pasional que produce arrebató, obcecación u otro estado pasional como una justificación de la conducta típica, resulta necesario señalar que se hace constar explícitamente que María había actuado en el barco hacia Manolo bajo una inmensa sensación de ira y obcecación. Dicha actitud se puede encuadrar dentro del contenido del artículo mencionado, ya que se identifica como un tipo de incitación personal que influye de manera casual en la manera de actuar de María, sin que sea necesario que se cumplan de manera exacta todos los requisitos del arrebató y obcecación según ha marcado el legislador. Y es que aunque la conducta de María hacia Manolo no sea del todo aceptada, parece parcialmente comprensible que María haya reaccionado de tal forma.

---

<sup>49</sup>*Circunstancia mixta de parentesco*, <http://www.guiasjuridicas.wolterskluwer.es> [Consulta: jueves, 12 de mayo de 2016].

En definitiva, cabe calificar la conducta desempeñada por María como un delito de homicidio doloso junto con la atenuante del art. 21.3 CP de arrebató, ira u obcecación. La pena que procedería imponer resultaría de la aplicación concordante del art. 138 CP (pena de prisión de 10 a 15 años) y el 66.1.1ª CP (pena en la mitad inferior del delito).

En conclusión, la pena a imponer a María oscilaría entre los 10 años y los 12 años y 6 meses de prisión como límite máximo.

### **Cuestión 3**

## **DICTAMEN SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO Y CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES**

**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.**

#### **3.1 Hechos relevantes**

Enero de 2010: María recibe un puñetazo en la cara ocasionándole un derrame ocular mientras ambos se encontraban en el domicilio común.

Marzo de 2010: recibe tres llamadas telefónicas donde Marcial la increpa de manera violenta, y al regresar ésta a casa, le propina 2 puñetazos en la barriga. María estaba embarazada.

Abril de 2010: los comportamientos violentos de Marcial hacia María continúan.

29 de septiembre de 2012: María permanece ingresada en el hospital hasta el 12 de diciembre de 2012, siendo intervenida en dos ocasiones del hígado y bazo y presentando cicatrices en la cara debido a la paliza que Marcial le propina. Con motivo de lo sucedido, María denuncia a Marcial y solicita una orden de alejamiento.

Diciembre de 2012: quebrantamiento de la orden de alejamiento retomando ambos la convivencia conyugal.

12 de octubre de 2013: Marcial le propina tres golpes en el estómago a María y un puñetazo en la cara a Elisa produciéndole un derrame ocular. Madre e hija son ingresadas en el hospital y, fruto de la ansiedad, María es sometida a sedación. Finalmente, María sufre un infarto al corazón. En este momento, la policía le realiza a Marcial una prueba de alcohol y drogas en la que da positivo en cocaína y 0,75 ml en aire expirado. Marcial es drogodependiente e ingresa de manera voluntaria en un centro de desintoxicación con la intención de reparar el daño causado.

### **3.2 La violencia de género como comportamiento agresivo dentro del ámbito familiar.** **Concepto y regulación**

El art. 1 Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004, de 28 de diciembre<sup>50</sup> (LOMPIVG), se encarga de marcar el criterio rector del problema de la desigualdad existente en nuestra sociedad entre hombres y mujeres. Dicha legislación se entiende como un instrumento mediante el cual se intenta erradicar este tipo de violencia. Dicho art. establece que la LOMPIVG “*tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación a 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, aún sin convivencia*”. De dicho contenido se puede extraer un concepto general de lo que se puede interpretar como “violencia de género”. Se puede identificar como la violencia que se lleva a cabo sobre la mujer que está o estuvo casada o unida sentimentalmente, con o sin convivencia, a su agresor por parte de quien es o ha sido su cónyuge o compañero sentimental<sup>51</sup>. Pero ésta no es una definición que se encargue de establecer de modo genérico lo que es la violencia de género, sino que la doctrina se ocupa de diferenciar diferentes tipos que atañen a este tipo de violencia.

Una parte del sector doctrinal destaca que es importante que la violencia de género sea diferenciada de otras clases de violencia, aunque ésta tenga lugar en el ámbito familiar. La violencia doméstica es aquella que puede hacer referencia a cualquier tipo de violencia producida en el hogar y contra cualquier persona que viva en él, como pueden ser niños o personas discapacitadas o especialmente vulnerables, mientras que la violencia de género es una violencia especial y particular que atañe de manera concreta a la mujer<sup>52</sup>. MAQUEDA ABREU argumenta que la propia evolución legislativa determina que la violencia de género y la doméstica no son lo mismo. No sólo porque una apunta sólo a la mujer y la otra a la familia, sino porque son situaciones de riesgo diferenciadas por la complejidad de la relación afectiva y sexual y porque constituyen un espacio privilegiado dentro del desarrollo de los roles de género<sup>53</sup>. Es decir, la diferencia esencial radica en que en la violencia de género se produce cualquier acto de violencia sobre una mujer por pertenecer ésta al género femenino y siempre que sufra un daño físico, sexual o psicológico, mientras que la violencia doméstica tiene lugar el mismo tipo de violencia pero dentro del ámbito familiar con el objetivo de que se genere una discriminación estructural sobre la mujer como consecuencia de los roles sociales<sup>54</sup>. Además, jurisprudencialmente (SAP de Valladolid 291/2013, 11 de noviembre de 2013) se marca que la

---

50 Texto íntegro de la ley: [http://www.boe.es/boe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex2004/21760](http://www.boe.es/boe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex2004/21760) [Consulta: viernes, 27 de mayo de 2016].

51 ACALE SÁNCHEZ M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, colección de Derecho Penal, primera edición, editorial Reus, Madrid, 2006, p. 75.

52 GIMENO REINOSO B., VIOLETA BARRIENTOS, S., “Violencia de género versus violencia doméstica: la importancia de la especificidad”, *Revista venezolana de estudios de la mujer*, enero/junio 2009, vol. 14, nº 32, pp. 36-42.

53 MAQUEDA ABREU M. L., “La violencia de género: concepto y ámbito”, *Ponencia presentada en el instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, Congreso Internacional de Derecho de Familia <http://www.juridicas.unam.mx>, México D.F., 2006, pp. 1-15 [Consulta: viernes, 27 de mayo de 2016].

54 MIRAT HERNÁNDEZ P., ARMENDÁRIZ LEÓN C., *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2006, p. 12.

violencia contra la mujer “*constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación, proclamados en la Constitución. [...] Por lo tanto, la Ley 1/2004 pretende incluir un tipo penal específico que incremente la sanción penal cuando la sanción se cometa contra quien sea o haya sido esposa o relación análoga del autor, así como cuando se cometan coacciones y amenazas leves contra dichos sujetos pasivos*”.

Pero su regulación no sólo cobra importancia en el ámbito de la regulación nacional. Naciones Unidas se ocupó en el año 1995 de crear una definición de violencia contra la mujer entendiendo ésta como “*actos de violencia sexista que tienen como resultado posible o real un daño de naturaleza física, sexual, psicológica, incluyendo las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad para las mujeres*”. Además, internacionalmente la violencia de género ha sido identificada como una de las formas más comunes de violencia experimentada por la mujer en el ámbito familiar o doméstico, sufriendo actos sexuales, físicos y psíquicos coercitivos propinados por una pareja actual o anterior sin su consentimiento<sup>55</sup>.

Tras la aparición de la LOMPIVG 1/2004 se ha reconocido de un modo diferenciado los actos violentos de los hombres hacia las mujeres por entender que la violencia de género es una manifestación de discriminación, de desigualdad y que marca la relación de poder masculina. Alimentado por el revuelo mediático y los innumerables casos de maltrato, se decidió que la legislación española fuese regulada de un modo más estricto. Esto tiene como consecuencia la agravación de determinadas conductas recogidas en el CP, como puede ser el maltrato ocasional (art. 153 CP), amenazas (art. 171.4 CP) y coacciones (art. 172.2 CP)<sup>56</sup>. Pero no todo fueron apoyos enfocados a erradicar la violencia contra la mujer, sino que dicha agravación sufrió detracciones tal y como manifiesta, entre otros, el Auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia, de 29 de julio de 2005, defiende que dicha argumentación resulta inconstitucional porque suponer que sancionar de modo más grave que el autor sea un hombre y quien lo sufre una mujer supone una lesión del principio de igualdad recogido en el art. 14 CE y una discriminación por el dato objetivo del sexo. Como parece lógico, el TC se pronunció explicando que dicha discriminación por razón de sexo es inexistente debido a que “*las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia [...] siendo muestra de una estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier otra persona merece*”. Por lo tanto, el TC apoya la raíz estructural sobre la violencia de género que se pretende implementar con la intención de justificar así un tratamiento más estricto y severo de las agresiones de los hombres hacia las mujeres. A modo de crítica, FARALDO CABANA defiende que no resulta extraño que la legislación reaccione con penas superiores respecto a otras que se prevén de manera general, por el simple hecho de que no se habla de cualquier tipo de violencia, sino de una violencia que ejercen algunos hombres contra las mujeres que se encuentran en una situación de desvalimiento en su relación sentimental. Por este motivo cree que aunque la LO 1/2004 no sea la mejor, colabora en gran medida a luchar con el tratamiento desigual de las víctimas mediante mecanismos basados en la educación y en la protección integral y así conseguir la igualdad y erradicar este modelo de criminalidad<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> “Poner fin a la violencia contra la mujer. De las palabras a los hechos”, *Estudio del Secretario General de Naciones Unidas*, Naciones Unidas, 2006, p. 43.

<sup>56</sup> LAURENZO COPELLO P., *La violencia de género en la ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, p. 20.

<sup>57</sup> FARALDO CABANA P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, núm. 17, 2006, pp. 90-94.

De todos modos, la violencia de género como concepto no es empleado actualmente como un término aislado, sino que debido a su importancia, se ha fijado una diferenciación entre los distintos tipos de violencia de género. Ya en 1993, mediante la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, se fijó la necesidad de que se aplicasen de manera universal los derechos fundamentales que atañen a la mujer como ser humano. El art. 1 de dicha Declaración ya establece la diferenciación entre los tipos de violencia versando que *“la violencia contra la mujer es todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer [...]”*. El sector doctrinal se ha encargado de clasificar la violencia de género en los siguientes tipos: 1) Violencia física: actos de violencia o fuerza física que engloban un acto individual de maltrato (art. 153 CP) hasta la provocación de la muerte. Se incluyen a su vez los delitos de lesiones, aborto, agresiones sexuales y coacciones (art. 172 CP), entre otras. La habitualidad en el maltrato también se identifica como una variante de la violencia física (art. 173.2 CP). 2) Violencia psíquica: actos que lleven a la compulsión sobre la víctima para que ésta realice un comportamiento determinado, entre los que se encuentran las amenazas (art. 169 y ss. CP) y el maltrato psicológico de carácter habitual (art. 173.2 CP). El FJ 3º SJP de Palma de Mallorca 457/2003, de 9 de diciembre de 2003, define la “violencia psíquica” como *“la creación de una situación estresante y destructiva cargada de inestabilidad que no permite a la persona sometida a la misma el libre desarrollo de su personalidad [...] acoso, tensión, humillación, vejación y el temor creados deliberadamente por un miembro del entorno familiar o afectivo sobre aquél que percibe más débil”*. Por lo tanto, la violencia psíquica incluye todas aquellas conductas que producen desvaloración o sufrimiento en las mujeres y en todos aquellos comportamientos que suponen la imposición de actos o conductas sexuales contra la voluntad de la mujer, como pueden ser las amenazas, la presión psicológica o la intimidación. De manera generalizada, se reconoce que entre los tipos de conductas que pueden menoscabar la mente están la realización de llamadas telefónicas [SAP de Zaragoza, de 29 de junio de 1995 y SAP de Coruña, 29 de mayo de 2012] por parte del agresor cuando la finalidad es atemorizar a la víctima. También la insistencia de que la mujer permanezca en la vivienda o proferirle insultos o amenazas<sup>58</sup>.

Además, se discute si la violencia sexual debe reconocerse como un tipo de violencia de género o si se trata de una conducta que no se encuentra enmarcada de la misma pero cabe interpretar que sólo quedará fuera en aquellos casos que tenga lugar un acto de contenido sexual y se cometa sin violencia o intimidación. Esto implica que en otras circunstancias que diverjan de dicha situación se estará violentando a la mujer de todos modos<sup>59</sup>.

### **3.2.1 Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo de Marcial contra María y Elisa**

Para poder analizar con la mayor exhaustividad posible todas aquellas consecuencias jurídicas que tienen lugar por la conducta agresiva que Marcial manifiesta contra María y Elisa, esposa e hija del mismo, conviene aclarar con anterioridad que en la narración de los hechos se menciona que desde un primer momento María recibe “varias palizas y un continuo maltrato psicológico” a partir del año 2010, indicando además que a lo largo de ese mismo año los comportamientos violentos continúan. Para tipificar dicho acto penalmente resulta idóneo remitirse a la regulación legislativa vigente en el momento de los hechos. La redacción de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, reguladora del CP estipula en su art. 173.2 que *“el que habitualmente ejerza*

---

<sup>58</sup>PERELA LARROSA M., “Violencia de género: violencia psicológica”, *Revista Nueva época*, núm. 11-12/2010, p. 367.

<sup>59</sup>ACALE SÁNCHEZ M., *op. cit.*, p. 84.

*violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes [...] será castigado con la 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”.* Además, este mismo precepto atiende a que se impondrá la pena en su mitad superior cuando dichos actos violentos sean cometidos en presencia de menores, entre otras circunstancias. Dado que en el ámbito penal hay que tener en cuenta la situación más favorable al reo, es adecuado aclarar que se emplea esta regulación porque no se aprecian cambios significativos en los temas que nos interesa tratar.

Es el propio art. 173 CP el que se encarga de castigar el maltrato habitual en el ámbito familiar proferido por ataques tanto de carácter físico como psicológico. Pero para afirmar si efectivamente existe el maltrato habitual en el supuesto concreto, conviene tratar lo que se reconoce como “habitualidad”. Y es que el nacimiento del concepto de iba enfocado a que se considerase como habitual aquellos actos de idéntico contenido y de carácter repetido. Tendrá que cumplir unos requisitos de cuantificación cronológica y proximidad numérica que quedarán en manos del juzgador, con independencia de que los actos violentos hayan sido denunciados o sentenciados<sup>60</sup>. La jurisprudencia se encarga en la actualidad de eliminar la imposición de que los actos que pueden ser tipificados como habituales tengan que haber sido enjuiciados de manera previa. A este respecto, la STS 580/2006, de 23 de mayo de 2006, se pronuncia sobre ello afirmando que *“se excluye la necesidad de enjuiciamiento previo de los actos de violencia individuales, con independencia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”*. Este contenido no puede confundirse con el art. 94 CP, que establece el trato de sustitución de la pena privativa de libertad cuando se cometan tres o más delitos en el periodo temporal de 5 años. En conclusión, es posible decir que la habitualidad en el caso de la violencia en el ámbito familiar es un concepto criminológico-social y no jurídico-formal, ya que nuestro Derecho no cuenta con una definición concreta. Nos quedamos con la idea de que es conducta habitual la del que actúa repentinamente en la misma dirección con o sin condenas previas, ya que éstas actuarían como prueba de habitualidad sin que sea necesario un resultado material y debido a que basta un peligro abstracto para la seguridad y la salud personal de la víctima [STS 716/2009, de 2 de julio de 2009].

En enero de 2010 tiene lugar la primera agresión de Marcial hacia María ocasionándole a ésta un derrame ocular. Aplicando la regulación del CP vigente en ese mismo año, se interpreta que la agresión mencionada puede encuadrarse en el contenido recogido por el art. 153.1 CP que *“el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, [...] será castigado con la 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”*. Para interpretar dicho precepto resulta apropiado relacionarlo con el contenido del art. 1 LOMPIVG, ya que ésta sanciona o debe sancionar aquellos comportamientos que manifiestan la violencia de género contra las mujeres. Se entiende que su aplicación no es

---

<sup>60</sup> ACALE SÁNCHEZ M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 104-120.

sistemática en cuanto el sujeto pasivo es la mujer y el activo el hombre, sino que su aplicación tiene que manifestar la subordinación social y cultural que sufren éstas como consecuencia de estructuras patriarcales. Esto se debe a que las agresiones en las mujeres en el marco de las relaciones de pareja tienen riesgos peculiares que no tienen lugar en otros tipos de violencia<sup>61</sup>. Por ello, parece razonable que el Derecho Penal sancione de forma desigual lo diferente y agrave las conductas negativas desempeñadas por las parejas agresoras a sus mujeres<sup>62</sup>. Y es que aunque exista un sector doctrinal detractor de este tipo de afirmaciones porque entiende que se vulnera el principio de proporcionalidad, parece razonable que el legislador actúa protegiendo derechos fundamentales como la dignidad de la persona. La STS de 14 de mayo de 2008 se pronuncia al respecto diciendo que *“no es el sexo en sí de los sujetos lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad”*. Cabe apuntar que la agresión cometida no se entiende como delito de lesiones, ya que no requiere de una primera asistencia facultativa ni de tratamiento médico o quirúrgico tal y como apunta el art. 147 CP. Además, podrá aplicarse el art. 153.3 CP que dice que *“las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, [...] o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima [...]”*, ya que en el narración de los hechos se nos indica que la agresión tiene lugar una vez que Marcial llega a casa.

En marzo de 2010 Marcial realiza 3 llamadas telefónicas violentas a María y, posteriormente, le propina dos puñetazos en la barriga estando ésta embarazada. Las consecuencias jurídicas estarían marcadas igualmente por el art. 153 CP en sus apartados primero y tercero. De todas formas, es necesario tener en cuenta que las llamadas telefónicas violentas son un instrumento de maltrato encuadrado dentro de la violencia psíquica, ya que las increpaciones con el fin de producir sensaciones negativas constituyen un tipo de agresión [Tal y como ya se ha tratado SAP de Zaragoza, de 29 de junio de 1995 y SAP de Coruña, 29 de mayo de 2012]. Su calificación penal se sitúa dentro del art. 172.2 CP que *“el que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer [...] será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a 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 especial para el ejercicio de la patria potestad [...]”*. El hecho de que esté embarazada y que el agresor le propine dos puñetazos en la barriga es una circunstancia que no se encuentra prevista en el tipo penal, pero personalmente entiendo que será un hecho que deberá de ser tenido en cuenta a la hora de calcular la agravación de la pena.

Transcurridos dos años, en septiembre de 2012, María es dirigida al hospital permaneciendo ingresada durante tres meses siendo intervenida en dos ocasiones en el hígado y bazo por razón de los golpes que Marcial le continúa propinando. María también tiene cicatrices en la cara y, tras estos últimos sucesos, decide denunciar a Marcial solicitando una orden de alejamiento. El art. 147.1 CP establece que *“el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. [...]”* añadiendo el art. 148.1.4º CP que *“las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a*

---

<sup>61</sup>PÉREZ MACHÍO A., “La perspectiva de género en el Código Penal: especial consideración del artículo 153 del Código Penal”, *Revista de estudios penales y criminológicos*, vol. XXX, 2010, pp. 323-340.

<sup>62</sup>LARRAURI PIJOAN E., *Criminología crítica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 110.



*cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia*". La jurisprudencia se encarga de indicar que la aplicación del precepto 147 CP será correcta cuando la víctima tenga la necesidad de recibir sanación mediante calmantes o intervenciones para producir la misma sin que baste una primera asistencia facultativa o se requiera de sedación para el mismo [STS 34/2014, de 6 de febrero, STS 821/2015, de 23 de diciembre y STS 651/2016, de 10 de marzo de 2016]. Además, la SAP de Pontevedra 59/2016, de 31 de marzo de 2016 sigue apreciando, a pesar de las modificaciones, la cuantificación de la pena. Por ello se reconocerá como intervención quirúrgica aquellos tratamientos que priven a la persona perjudicada de sus ocupaciones habituales, teniendo que recibir tratamientos farmacológicos, así como aquellos actos que causen perjuicios estéticos como las cicatrices. Además, no tiene que ser materialmente necesaria la realización de intervenciones quirúrgicas, ya que los tribunales entienden de manera generalizada que no es necesario que el sujeto pasivo haya sido sometido a un tratamiento de tal calibre, sino que basta con que dicho tratamiento haya sido necesario. En definitiva, se puede decir que la noción legal de intervención quirúrgica comprende *"cualquier operación que necesite de cirugía reparadora para restablecer o corregir, por medio de operaciones naturales e instrumentales, cualquier alteración funcional u orgánica causada por una lesión"* [SAP de Madrid 196/2012, de 18 de abril de 2012]. Hay que considerar también la aplicación de los arts. 149.1 y 150 CP dependiendo de las lesiones que María haya sufrido en hígado y bazo ya que en el supuesto no constan la gravedad de las mismas. De todos modos, según la regulación con la que contamos, si se pierde o inutiliza un órgano o miembro considerado como principal quien comete dicho delito será castigado con la pena de prisión de seis a doce años, mientras si el órgano o miembro no se entiende como principal será castigado con la pena de prisión de tres a seis años. Finalmente cabe señalar que tal y como marca el art. 116.1 CP *"toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. [...]"*.

El 12 de octubre de 2013, Marcial agrede tanto a su mujer como a su hija. María, esposa de Marcial, recibe tres golpes en el estómago y tiene que ser sedada debido a la ansiedad que éste le produce además de padecer un infarto al corazón. Igualmente que en la situación anteriormente analizada, se interpreta que el infarto al corazón puede entenderse como una lesión física que además se produce a consecuencia de una dolencia psíquica como es la ansiedad. El art. 147 CP indica que será lesión aquellos actos que menoscaben la salud mental de la persona perjudicada. Se tendrá que añadir también la agravante establecida en el art. 148.4º CP por ser la víctima la esposa del agresor. Los tres golpes propinados en el estómago a María se castigarán según el art. 153.2 CP junto con la agravante del art. 153.3 CP por perpetrarse los hechos en presencia de la hija menor de ambos. Situación distinta es la que experimenta Elisa, hija menor de María y Marcial, que recibe por parte de su padre un puñetazo generándole éste un derrame ocular. En relación al acto violento que Marcial acomete contra su hija menor de edad, éste estará cometiendo el delito recogido en el art. 153.2 CP contando con la agravante del 153.3 CP. Por lo tanto, será castigado por causar por cualquier medio o procedimiento un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión siendo la víctima una de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP (es decir, descendiente del agresor cometiendo éste un acto de violencia doméstica) *"será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad [...]"*. La cuestión de la pena accesoria de la prohibición de patria potestad suscita un tema interesante de tratar, y es que el ordenamiento jurídico debe encargarse de proteger en todos los casos el interés superior del menor por ser un sujeto que se encuentra especialmente desprotegido ante situaciones de violencia familiar, con

independencia de que sea una víctima directa o indirecta<sup>63</sup>. Por este motivo, la LOMPIVG 1/2004, de 28 de diciembre, no protege únicamente a la figura victimológica de la mujer, sino también de los menores que se encuentran desprotegidos. El art. 65 de dicha regulación permite la posibilidad de que la autoridad judicial suspenda a la persona que está inculpada en delito de violencia de género de la patria potestad o la custodia del menor y el art. 66 dice que “*el Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él*”. También se recoge la posibilidad de que los menores que sean víctimas de dichas situaciones gocen de un derecho a asistencia social integral durante el tiempo en el que menor necesite de una prestación de servicios, así como la posibilidad de recibir una compensación en caso de que se produzca un impago de la pensión de alimentos.

### **3.2.2 Conclusión**

Las consecuencias jurídicas producidas por Marcial a María y a Elisa por razón de su comportamiento agresivo podrán ser tipificadas penalmente de la siguiente forma:

- El continuo maltrato tanto físico como psicológico que Marcial ocasiona a María desde el año 2010 al 2013 será constitutivo de un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, el cual se encuentra recogido en el art. 173.2 CP. A Marcial se le impondrá una pena de prisión de 6 meses a 3 años, privación a la tenencia y porte de armas de 2 a 5 años. Si el Juez o tribunales lo estiman adecuado, podrán inhabilitarlo de la patria potestad o situaciones análogas.
- Enero de 2010: tiene lugar un delito de maltrato físico recogido en el art. 153.1 CP por el derrame ocular que María sufre por razón del puñetazo que Marcial le propina. Se le impondrá, por lo tanto, una pena de prisión de 6 meses a 1 año o, en su caso, trabajos en beneficios a la comunidad equivalente a un periodo temporal de 31 a 80 días. En todo caso se le privará a la tenencia y porte de armas durante un tiempo de 1 año y 1 día a 3 años. Dicha pena deberá ser aplicada en su mitad superior según lo indicado en el art. 153.3 CP, por tener lugar el acontecimiento violento en el domicilio común de María y Marcial.
- Marzo de 2010: la calificación penal resultará igual que la del hecho cometido en el mes de enero de 2010. Además, las tres llamadas violentas de Marcial a María serán castigadas como un delito de coacciones regulado en el art. 172.2 CP. Esto tendrá como consecuencia la imposición de una pena de prisión de 6 meses a 1 año o, en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad durante un periodo temporal de 31 a 80 días. De todos modos se le privará de la tenencia y porte de armas durante 1 año y 1 día a 3 años.
- Aunque el hecho de que María esté embarazada en el momento en que Marcial le propina dos puñetazos en el estómago, se interpreta que debería de ser tenido en cuenta a la hora de calcular la agravación de la pena aunque no se encuentre previsto de este modo en el tipo penal.
- 29 de septiembre de 2012: los sucesos que llevan a que María sea intervenida dos veces en el hígado y bazo, y que además tenga cicatrices en la cara debido al maltrato recibido, serán constitutivos de un delito de lesiones recogido en el art. 147.1 CP junto con la agravante del

---

<sup>63</sup>RAMÓN FERNÁNDEZ F., “Medidas de protección del menor en los casos de violencia de género”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 4, 2013, pp. 58-61.

art. 148.4º CP por ser María esposa de Marcial. Se le impondrá a éste una pena de prisión de 2 a 5 años en concurso con lo establecido por los arts. 149 y 150 CP, dependiendo de las lesiones que haya experimentado María en los órganos señalados, ya que en el caso no consta la gravedad de los mismos. Si el órgano se pierde o inutiliza, se le impondrá una pena de prisión de 6 a 12 años cuando se trate de un órgano principal. Sin embargo, si el órgano perdido o inutilizado no es reconocido como principal la pena de prisión será de 3 a 6 años.

- 12 de octubre de 2013: 1) Agresiones a María (esposa de Marcial): el infarto al corazón sufrido por María podrá tipificarse como un delito de lesiones del art. 147.1 CP siempre y cuando se interprete que María sufre el infarto a causa de las agresiones y fruto de la tensión que experimenta con Marcial. Se entiende que su aplicación es apropiada porque el precepto mencionado reconoce que serán lesiones los actos que menoscaben la salud mental. Los tres golpes se tratarán de un delito de maltrato del art. 153.2 CP con la agravante del art. 153.3 CP por perpetrarse los hechos en presencia de la hija menor de ambos. Se impondrá la pena en la mitad superior de lo marcado por el apartado segundo del art. 153 CP.2) Agresiones a Elisa (hija de María y Marcial): delito de maltrato recogido en el art. 153.2 CP con la agravante del art. 153.3 por ser la víctima descendiente del agresor, tal y como estipula el art. 173 CP. Se le podrá imponer a su vez una pena accesoria de prohibición de la patria potestad o retirada de la custodia, art. 66 LOMPIVG 1/2004.

### **3.3 Medidas de protección en la violencia de género. La orden de alejamiento**

El 29 de diciembre de 2012, Marcial incumple la orden de alejamiento que había sido solicitada por María. La circunstancia modificativa de la pena conocida como “orden de alejamiento” aparece regulada en el art. 48.2 CP como una de las penas privativas de derechos de la siguiente manera: *“la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”*. El párrafo segundo del art. 544 bis LECrim también establece que respecto a determinados delitos, entre los que se encuentra el delito de lesiones y el delito contra la integridad moral, *“podrá imponerse cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincial u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas”*. Por ello, se puede definir la orden de alejamiento como *“medida cautelar que persigue el distanciamiento físico del agresor y la víctima con la finalidad de reducir el riesgo de reiteración delictiva”*<sup>64</sup>. La orden de alejamiento se aplica con mayor frecuencia en supuestos de violencia de género siempre que haya indicios de criminalidad que no se basen en una mera sospecha o por el mero motivo de que se solicite la denuncia. DE LA ROSA CORTINA entiende que tiene que existir un pronóstico de riesgo que, en el caso de la violencia de género, estará suficientemente acreditado en caso de que conste una habitualidad en los malos tratos aunque hayan sido denunciados por primera vez, reiteración de amenazas o concurrencia de trastornos psiquiátricos<sup>65</sup>. A mayores de darse esa situación objetiva de riesgo, tendrá que haberse cometido una infracción penal que requiera la adopción de tal medida de protección, siempre y cuando el sujeto pasivo sea una de las personas que aparecen señaladas en

<sup>64</sup>MONTALBÁN HUERTAS I., “Órdenes de alejamiento”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 4, 2001, p. 487.

<sup>65</sup>DE LA ROSA CORTINA J. M., *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, primera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2015, pp. 314-318.

el art. 173.2 CP. Si se dan las mencionadas circunstancias, la medida deberá ser considerada como proporcional, ya que el cercenamiento del derecho fundamental resulta útil para conseguir un beneficio personal y social [SAP de Madrid 193/2006, de 21 de febrero de 2006 y SAP de Guipúzcoa 2075/2006, de 21 de marzo de 2006]. Al respecto, La SAP de Lleida 688/2002, de 11 de octubre de 2002, señala que *“el carácter habitual de la violencia ejercida fundamenta un pronóstico de alto riesgo de reiteración delictiva, no sólo mientras persistan las circunstancias que la generaron, sino también durante los primeros momentos del procedimiento, ante el difícil paso dado por la víctima [...]”*.

Cabe tener en cuenta que, en el caso concreto, María solicita y obtiene una medida de orden de alejamiento, es decir, una medida de protección que actúa como tutela procesal ante los hechos de violencia de género. La orden de protección también puede ser definida como una resolución judicial que reconoce una situación de riesgo para una víctima de la violencia de género, por la que se ordena esta protección durante la tramitación de un proceso penal como un tipo de medida cautelar de carácter penal<sup>66</sup>. Dicha orden se acordará por el juez de oficio, a instancia de la víctima o persona con la que guarde alguna relación o por parte del Ministerio Fiscal. Dicha medida se solicitará ante la autoridad judicial, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctimas o los servicios sociales de las Administraciones Públicas. Todo ello sin entrar a considerar lo que fije la correspondiente resolución judicial una vez que tenga lugar la comparecencia.

En ocasiones, se produce la renuncia a seguir manteniendo la medida cautelar por parte de la víctima o la reanudación voluntaria de la convivencia entre ambos cónyuges. Como consecuencia, se genera un incumplimiento de la medida cautelar. El Juez o Tribunal tendrá potestad para llevar a cabo la modificación de la orden de alejamiento siempre y cuando sean puestos a su disposición todos los elementos necesarios para valorar dicha modificación. Será requisito indispensable que le conste la libre voluntad de la víctima de reanudar la convivencia y que éste entienda que al momento de su petición ya no existe un riesgo objetivo<sup>67</sup>. De todos modos, la simple voluntad de la víctima aunque ella misma decida reanudar la convivencia sin ningún tipo de manipulación no será circunstancia suficiente para que la medida cese en sus efectos. La jurisprudencia recalca que *“[...] la medida cautelar violada por el acusado está destinada [...], a proteger esenciales bienes jurídicos, no disponibles, de las personas mencionadas en dicha norma, de forma que éstas no pueden en principio renunciar a dicha protección admitiendo la aproximación de quienes ya han demostrado su peligrosidad, en la vida común, atentando contra dichos bienes jurídicos, aunque cabe que, tratándose de medidas cautelares siempre reformables, soliciten su cese del Juzgado de Instrucción que será quien decida, ponderando prudentemente las circunstancias en cada caso concurrentes, si la medida debe continuar o finalizar”* [STS 701/2003, de 26 de mayo de 2003] y que *“las medidas cautelares pueden ser objeto de modificación en todo momento durante su vigencia, pero la comparecencia de la denunciante ante el órgano que las ha adoptado no conlleva, necesariamente, su inmediata modificación”* [SAP de Vizcaya 359/2006, de 8 de mayo de 2006].

Cabe cuestionarse si es adecuado reconocer como un incumplimiento de la medida cautelar cuando se reanuda la convivencia contando con el consentimiento de la víctima de violencia de género. En este sentido la jurisprudencia del TS ha sido contundente después de las diversas controversias planteadas sobre si el consentimiento de dicha víctima exime de responsabilidad,

---

<sup>66</sup>GÓMEZ COLOMER J. L., *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Primera edición, Editorial Universitat Jaume I, Valencia, 2007, p. 367.

<sup>67</sup>DE LA ROSA CORTINA J. M., *op. cit.*, p. 331.

ya que ha afirmado que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP [SSTS 14/2010 de 28 de enero de 2010, 474/2010 de 17 de mayo de 2010, 192/2011 de 18 de marzo de 2011, entre otras]. El quebrantamiento de condena regulado en el art. 468 CP estipula que aquellos que quebranten su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar o análogas serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y en los demás casos una pena de multa de doce a veinticuatro meses. De todas formas, el mismo precepto señala que se impondrá en todo caso la pena privativa de libertad anteriormente señalada si el ofendido es alguna de las personas marcadas por el art. 173.2 CP.

### **3.3.1 Conclusión**

En el supuesto de violencia de género que tratamos se interpreta como justa la validez de la orden de alejamiento de Marcial hacia María como medida cautelar. Esto es porque se interpreta que los malos tratos constan suficientemente acreditados y por ser María uno de los sujetos pasivos señalados en el art. 173.2 CP.

Marcial tendrá que ser castigado con una pena privativa de libertad de 6 meses a 1 año tal, y como recoge el art. 468 CP, por ser una de las personas marcadas por el delito de maltrato habitual.

Para que Marcial no sea condenado por quebrantar la orden de alejamiento fijada en su contra, María tendría que haber solicitado el cese de la misma al Juzgado de Instrucción correspondiente. El cese de la orden de alejamiento será válida siempre y cuando el Tribunal decida que dicha orden se dé por finalizada.

### **3.4 Posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Drogodependencia y reparación del daño causado**

Respecto a la drogodependencia del agresor y la intencionalidad de ingresar en un centro de desintoxicación por encontrarse arrepentido y con el objetivo de conseguir la reparación del daño causado, cabe un análisis detallado de tales circunstancias. Los Capítulos II y III del Libro I del CP tratan las causas que eximen o atenúan de algún modo la responsabilidad criminal. Concretamente, el art. 20.2 CP estipula que estarán exentos de dicha responsabilidad los que *“al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”*. Serán circunstancias atenuantes relacionadas con el caso las marcadas por el art. 21.1 CP *“las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios ...”* y según el art. 21.2 CP cuando el culpable actúe *“a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2 del artículo anterior”*. En caso de que no se dé el art. 21.7 CP recoge la atenuante analógica. La OMS se ha encargado de crear un término general de lo que es la drogodependencia, definiéndola como un estado originado por la administración o el consumo repetido de la sustancia en cuestión en forma periódica o continuada, variando sus características según la naturaleza de la droga que se consume<sup>68</sup>. En concreto, la cocaína se define como un alcaloide que modula las funciones cerebrales de la esfera cognitivo-afectiva y que genera un cuadro de intoxicación en el que se pueden producir graves trastornos y euforia desmesurada. El alcohol también es reconocido como una sustancia que provoca una personalidad

---

<sup>68</sup>SÁNCHEZ TURET M., “Drogodependencias: aspectos terminológicos y taxonómicos” *Anuario de Psicología*, núm, 49, 1991, p. 7.

eufórica con actitudes excesivamente amistosas o agresivas y pérdida de memoria<sup>69</sup>. Quizá esta sea una de las razones por las cuales de manera generalizada en la sociedad se relaciona el consumo de alcohol con el desempeño de actos de violencia doméstica o de género por parte del agresor, reconociéndolo como una fórmula de desinhibición que afecta al funcionamiento cognitivo y que puede desencadenar algunas reacciones violentas<sup>70</sup>.

Pero que el consumo de ciertas sustancias se reconozca como un factor de riesgo objetivo para la comisión de determinados actos que comportan cierto grado de agresividad no implica que deban identificarse como causas de exención de responsabilidad penal. El CGPJ se ha pronunciado sobre el tema afirmando que *“el CP a la hora de prever las causas de exención de responsabilidad criminal basadas en la inimputabilidad ha omitido cualquier referencia a los efectos de consumo de drogas y sólo ha entrado en cierto modo en consideración el alcohol siendo reconocido más bien como una circunstancia atenuante de la responsabilidad”*<sup>71</sup>. Y es que por regla general los Tribunales tienden a excluir los efectos de inimputabilidad cuando se interpreta que el autor del delito ha previsto o debido prever las consecuencias de sus acciones delictivas, por lo que dicha inimputabilidad se presenta como una excepción que sólo será reconocida cuando se demuestre verdaderamente que no se ha podido actuar de manera comprensiva en el momento de la comisión de los hechos. En relación a ese tema, la jurisprudencia ha venido asentando en sus fundamentaciones que el consumo habitual de sustancias que puedan llegar a producir una intoxicación plena, como son las bebidas alcohólicas o las drogas tóxicas, no se apreciarán como circunstancia atenuante (art. 21.2 CP), ya que ésta sólo se aplicará cuando el acusado ha actuado a causa de su grave adicción *“condicionado o acuciado por ella para obtener la sustancia que necesita imperativamente”*. El TS razona que para que la drogadicción sea considerada como atenuante *“debe incidir como elemento desencadenante del delito, [...] bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión [...] o bien trafique con drogas a pequeña escala con objeto de alcanzar posibilidades de consumo”* [STS 936/2013, de 9 de diciembre de 2013, STS 863/2015, de 30 de diciembre de 2015]. Es decir, para que se aplique la atenuación el actor tendrá que llevar a cabo una delincuencia de carácter funcional, lo que significa que tendrá que realizar una conducta manifestada con el objetivo de conseguir la sustancia que el individuo necesita<sup>72</sup>.

Otra importante consideración a tener en cuenta para la aplicación de circunstancias modificativas relacionadas con el consumo de sustancias estupefacientes es que resulta muy complejo conocer cuál era el estado concreto del sujeto en el momento de la comisión delictiva. Y es que se reconoce como *“imprescindible que conste la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la duración de la acción a las drogas tóxicas como la singularizada alteración de las facultades intelectivas y volitivas cuando se ejecutó la acción punible”* [ STS 577/2008, de 1 de diciembre de 2008, STS 315/2011, de 6 de abril de 2011 y STS 867/2014, de 11 de diciembre de 2014]. El FJ 4º de la STS 867/2014 de 11 de diciembre de 2014, aclara que acreditar que el autor de un delito es consumidor de cocaína no demuestra que cuando lo había cometido lo hiciera por estar afectadas sus facultades psicofísicas afectadas debido a su grave adicción. De ahí que la doctrina jurisprudencial reitera de modo sistemático que no es posible solicitar una modificación de la responsabilidad criminal

---

<sup>69</sup> IBÁÑEZ SOLAZ M.F., “Drogodependencia y derecho”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Centro de documentación del Consejo General del Poder Judicial, núm. VIII, 2003, pp. 75-82.

<sup>70</sup>PASCUAL PASTOR F./ REIG RUANO M./ FONTOBA FERRÁNDIZ J/ GARCÍA DEL CASTILLO-LÓPEZ A., “Alcohol y violencia”, *Revista Health and Addictions*, vol. 11, núm. 1, 2011, pp. 74-77.

<sup>71</sup>IBÁÑEZ SOLAZ M.F., *op. cit.*, p. 177.

<sup>72</sup>RODRÍGUEZ DÍAZ F.J/ PAÍNO QUESADA S.G/ HERRERO DÍAZ F.J/ GONZÁLEZ CUEVAS L.M., “Drogodependencia y delito. Una muestra penitenciaria” *Revista Psicothema*, vol. 9, núm. 3, 1997, p. 588.

por el simple hecho de consumir drogas con habitualidad o reconocerse como drogodependiente “*en una u otra escala, de uno u otro orden, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos ha de resolverse en función de su imputabilidad*”, es decir, del grado de influencia de la droga para cometer el delito [STS 713/2008, de 13 de noviembre de 2008]. En conclusión, la atenuante recogida en el art. 21.2 CP se podrá aplicar en caso de drogadicción únicamente cuando exista una relación entre el momento en el que se comete el delito y la carencia de drogas que el sujeto padece.

Si ya resulta complejo que se modifique la responsabilidad criminal mediante una atenuación por drogadicción, más extraño parece que tenga lugar una exclusión total o parcial de la pena tal y como recogen los arts. 20.2 y 21.1 CP. El FJ 9º STS 713/2008 de 13 de noviembre de 2008 (sentencia dictada sobre hechos cometidos en 2008, esto es, antes de la entrada en vigor de LO 5/2010 de reforma del CP), analiza los efectos exculpatorios que ha realizado la jurisprudencia sobre la drogadicción. Dicha sentencia argumenta que los hechos se encuadrarán en la eximente completa del art. 20.1 CP cuando la capacidad de culpabilidad del sujeto se anula de manera total o éste padece una anomalía o alteración psíquica tal que le impide comprender la ilicitud de su conducta. Sin embargo, para que se pueda dar la eximente incompleta bastará con que se produzca una profunda perturbación que disminuya, sin que anule, dicha capacidad de culpa. El FJ 11º de la misma sentencia se encarga a su vez de regular los diferentes grados de intoxicaciones que puede generar la ingesta de alcohol y su influencia en el ámbito penal. Cuando la embriaguez sea plena y fortuita se contemplará una eximente completa, mientras que cuando la intoxicación no sea plena sólo cabrá entenderla como eximente incompleta. Si la embriaguez se ha obtenido sin el propósito de delinquir se reconocerá como atenuante, siendo el tipo analógico del art. 20.6 CP si la disminución de la capacidad de comprensión ha sido leve. Finalmente, estipula que la dependencia del sujeto a las bebidas alcohólicas sólo será relevante si “*existen anomalías o alteraciones psíquicas causadas por la adicción o afectación del entendimiento o la voluntad*” para el caso de las eximentes del art. 20 CP, o que se constate “*una relación causal o motivacional entre dependencia y perpetración*” para la atenuante del art. 21.2 CP.

El art. 21.5 CP recoge como circunstancia atenuante “*la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral*”. La reparación implica una restauración total de la situación antijurídica creada en el momento anterior a la ejecución del delito<sup>73</sup> y la disminución de los efectos supone reducir al máximo las consecuencias gravosas que sufre el sujeto. Aquí el problema subyace por la escasa posibilidad que existe de reparar el daño o reducir sus efectos cuando los bienes jurídicos que se lesionan tienen carácter personalísimo, ya que el daño constituye un hecho irrevocable que hace que la situación anterior sea imposible de recuperar. Parece que una de las únicas vías que se pueden presentar como alternativa a reparar el daño causado mediante una compensación económica. Aún así, pensar que los delitos de violencia de género o doméstica pueden ser reparados mediante una compensación económica resulta un poco inapropiado. Esto se debe a la imposibilidad de reducir los efectos del delito y a la irreprochabilidad social que supone esta comisión delictiva. Otra posible vía de solución, es la conocida como reparación simbólica. Y es que doctrinalmente se fija que en algunos casos será suficiente con mostrar un esfuerzo real y serio por reparar aunque finalmente dicha reparación resulte infructuosa<sup>74</sup>. La STS 626/2009, de

---

<sup>73</sup>ORTS BERENGUER E./ VIVES ANTÓN T.S./ BOIX REIG J., *Comentarios al Código Penal de 1995*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 211.

<sup>74</sup>FARALDO CABANA P., “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, núm. 1, 1997, p. 253.

9 de junio de 2009, señala en su FJ 2º que *“esta previsión resulta eficaz para disminuir la pena con algunos actos posteriores al delito, pero no puede influir ni en la cantidad del injusto ni en la imputación personal del autor”*. Por ello, los tribunales admiten la aplicación de la reparación simbólica en casos excepcionales y siempre y cuando la reparación sea lo suficientemente relevante, y es que *“la reparación simbólica no sólo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, sino que tiene que considerarse significativo respecto a los hechos cometidos”* [STS 794/2002, de 30 de abril de 2002 y STS 601/2008, de 10 de octubre de 2008].

### **3.4.1 Conclusión**

El simple hecho de que Marcial sea drogodependiente no es razón suficiente para eximir o atenuar su responsabilidad criminal. El consumo de ciertas sustancias como la cocaína y el alcohol (aunque dicho consumo sea habitual) no significa que imperativamente se merme de manera absoluta la capacidad de comprensión.

No se aprecia la atenuante del art. 21.2 CP debido a que Marcial no desempeña una delincuencia funcional con el objetivo de suplir sus necesidades como de drogadicción. Tampoco la eximente total o parcial recogida en los arts. 20.2 y 21.1 CP por no constar en el caso que Marcial sufra una anomalía o alteración psíquica de tal calibre que impida al sujeto conocer la ilicitud de su conducta.

En relación al delito habitual de malos tratos recogido en el art. 173 CP, se aparenta como inviable que se produzca una modificación atenuatoria de la pena sobre Marcial. No se conoce ni existen pruebas fehacientes que demuestren de forma rigurosa que el agresor se encontrase inmerso en los efectos nocivos de las drogas y el alcohol en la comisión de todos los actos violentos que tienen lugar desde el año 2010 hasta 2013.

Sin embargo, sí que cabe apreciar la atenuante analógica del art. 20.7 CP en los delitos que se cometen contra María y Elisa el 12 de octubre de 2013 por dar Marcial positivo en alcohol 0,75 ml en aire espirado después de las pruebas que le realiza a éste la Policía en un momento inmediatamente posterior a los sucesos.

No cabe la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño estipulada en el art. 21.5 CP. El comportamiento antijurídico que Marcial genera contra los bienes jurídicos personales no puede ser reparado en su totalidad ni disminuir sus efectos mediante otras alternativas ofrecidas por el Derecho. No se aprecia relación alguna entre los delitos de violencia de género y doméstica con la desintoxicación, ya que la ausencia de drogadicción no implica necesariamente que los hechos violentos cesen.



## Cuestión 4

### **DICTAMEN SOBRE LA RECLAMACIÓN DE LOS BIENES**

**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.**

#### **4.1. Hechos relevantes**

El 3 de enero de 2014 Manolo reaparece.

En la mencionada fecha María había dispuesto como heredera universal de los siguientes bienes:

- Venta de la casa común al 50% a Eustaquio por el precio de 240.000 €.
- Venta del piso privativo que pertenecía a Manolo valorado en 250.000 € a Miriam por el precio de 175.000 €.
- Cuenta bancaria común que en el año 2007 contaba con 65.000 €, y en el año 2014 sólo con 15.000 €.

## 4.2 Consideraciones procesales

La declaración de fallecimiento se reconoce como regla general como una situación jurídica identificada como una presunción iuris tantum de la muerte que debería quedar sin efectos en caso de que se presente el declarado fallecido o se pruebe su existencia. Es decir, que se acomode así la realidad jurídica a la realidad material correspondiente, ya que sino ambas serían discordantes<sup>75</sup>.

Resulta relevante que la mera presencia o comprobación de la existencia del sujeto que en un momento fue declarado fallecido no basta para que dicha declaración quede sin efectos. El art. 2.043 LEC de 1881 señala que será necesaria la revocación del auto en el cual se declaró fallecido. En concreto dice que en caso de que la persona declarada fallecida se presentase “*una vez plenamente identificada, y practicadas las pruebas si fueren propuestas por el Ministerio Fiscal y las partes, previa declaración de su pertinencia por el Juzgado, se dejará sin efecto el auto de declaración de fallecimiento*”. Por lo tanto, se produce la terminación de la declaración de fallecimiento como revocación de la presunción de muerte por la certidumbre de la vida, acudiéndose a una nueva resolución judicial para que cesen los efectos que esta había producido.

Respecto a las actuaciones judiciales que prevé el art. 2.043 LEC, éstas entrarán en juego una vez que la resolución judicial sea firme. De todos modos, consta que no es suficiente con presentar un expediente registral para obtener la cancelación de la inscripción marginal en la que constaba dicha declaración [Resolución de 18 de septiembre de 1993 DGRN]. Y es que el art. 179.2 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el RRC, señala que “*serán inscribibles las resoluciones judiciales que dejan sin efectos las declaraciones de ausencia o fallecimiento*”. La declaración de fallecimiento se dejará sin efectos y se inscribirá de manera registral cuando el declarado fallecido se persone y el procedimiento se suspenderá para que se tramite según la jurisdicción voluntaria, ya que nada indica que tal pronunciamiento pueda efectuarse mediante el juicio ordinario [SAP de Barcelona de 10 de julio de 2002 y SAP de Asturias de 6 de junio de 2003].

Con carácter general, la revocación de la declaración de fallecimiento no tendrá que tramitarse necesariamente mediante expediente de jurisdicción voluntaria debido a que ésta puede tratarse en otro procedimiento en el que se pueda tener interés en dicha acreditación<sup>76</sup>. De todas formas, el expediente de jurisdicción voluntaria como medio de revocación, tendrá que ser tramitado según el art. 63 LEC 1881 por el “*juez de Primera Instancia del último lugar donde haya residido el ausente durante un año en el territorio español, y en su defecto, el del último domicilio*”, coincidiendo éste con el juez que había resuelto en su momento la declaración de fallecimiento en el mismo expediente. En lo referente a la legitimación, le corresponderá a los mismos sujetos que pueden instarla según el art. 2.042 LEC, es decir, por partes interesadas o por Ministerio Fiscal, entendiendo que como parte interesada se incluye al propio ausente-desaparecido. Dicho expediente se tramitará siguiendo un procedimiento especial adecuado al supuesto aunque de modo teórico se siga por juicio verbal<sup>77</sup>. En cuanto a la prueba, no existirán ni plazos ni limitaciones y será suficiente en caso de que el declarado fallecido reaparezca con que presente el Documento Nacional de Identidad, o el Pasaporte, o mediante declaraciones testificales que acrediten conocer sin duda a quien afirma ser el interesado, e incluso a través de las pruebas de ADN<sup>78</sup>.

Reconocer la revocación de la declaración de fallecimiento genera una serie de consecuencias que afectan al sujeto en relación al ámbito patrimonial. Dichas consecuencias le permiten tomar

<sup>75</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *op. cit.*, p. 359.

<sup>76</sup> *Ibid.* p. 372.

<sup>77</sup> GONZÁLEZ POVEDA, P., *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y Formularios*, Aranzadi, Madrid, 2008, p. 323.

<sup>78</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *op. cit.*, p. 376.

una serie de medidas que sirven para dejar constancia de los bienes en los que constaba como propietario y cuál fue el destino de los mismos en el momento que le correspondían a los herederos mientras la declaración de fallecimiento continuaba vigente. El objetivo del reaparecido será principalmente recuperar sus bienes. Esto se produce debido a que existe un patrimonio sobre el que se abrió sucesión tal y como marca el art. 196 CC que dice que *“firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación conforme a lo dispuesto legalmente”* estipulando a su vez en el último párrafo del mismo precepto que *“será obligación ineludible de los sucesores, aunque por tratarse de uno solo no fuese necesaria partición, la de formar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles”*. Esto lleva a entender que se generaría un derecho a recuperar lo que le pertenecería una vez que se constate su existencia. En relación a lo mencionado, cabe plantearse si el derecho de recobro de los bienes se experimentaría de modo automático por su mera reaparición. Lo cierto es que la recuperación automática sólo tendrá lugar cuando los sucesores decidan devolver de manera voluntaria los bienes adquiridos a causa de la sucesión, el precio adquirido tras su venta o los bienes adquiridos con el precio de aquellos<sup>79</sup>. Si no se da esta situación, todo parece indicar que el ausente reaparecido tendrán que ejercitar una serie de acciones encaminadas a la recuperación de los bienes mediante la presentación de la correspondiente demanda.

En el ámbito procesal, y en caso de que se tenga que proceder a la demanda, ésta podría prepararse ejercitando lo que se conocen como diligencias preliminares para que se lleve a cabo la exhibición documental necesaria. Dichas diligencias son definidas por la STS, de 20 de junio de 1986 como el *“conjunto de actuaciones dirigidas a aclarar las cuestiones que pudieran surgir antes del nacimiento de un proceso principal, por lo que se trata de un proceso aclaratorio que carece de ejecutividad [...]”* o *“[...] como el conjunto de actuaciones de carácter jurisdiccional por las que se pide al Juzgado de Primera Instancia competente la práctica de concretas actuaciones para resolver los datos indispensables para que el futuro juicio pueda tener eficacia [...]”*. Además, el art. 256.1.2º LEC estipula que *“todo juicio podrá prepararse mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio”*. Por lo tanto, las diligencias preliminares parecen ser unas medidas esenciales para conocer el destino de los bienes si dichos datos no son proporcionados por la otra parte voluntariamente, teniendo en cuenta que para conocer los datos de los que sean bienes inmuebles bastará con el certificado literal del bien inmueble en concreto que conste en el Registro de la Propiedad, ya que la certificación es un documento público que va firmado por el Registrador, que da fe del contenido del registro y que tiene eficacia frente a todos y que acredita el contenido relativo al bien que conste en el registro, tanto de titularidades actuales como antiguas, y tanto a derechos vigentes como extinguidos<sup>80</sup>.

Finalmente, y en concordancia con los datos aportados, se procederá a realizar la demanda que proceda según las diligencias con la intención de recuperar los bienes o el precio que le corresponda a los mismos. Por regla general, el juez se encargará de dejar sin efecto la declaración de fallecimiento, a declarar la ineficacia de la apertura de la sucesión y a condenar al poseedor de la cosa a devolverla al propietario legítimo.

### **4.3 Validez jurídica y acciones a llevar a cabo sobre los bienes inmuebles y cuenta bancaria por Manolo**

A colación de lo tratado en el ámbito procesal, el art. 2.043 LEC remarca que *“el auto dejando sin efecto el de declaración de ausencia legal o de fallecimiento lleva implícita la aplicación inmediata de lo dispuesto en el art. 197 CC”*. Con lo cual, siempre que se cumpla una de las

<sup>79</sup>Ibid. p. 387.

<sup>80</sup><http://www.registradores.org/tramites-en-el-registro/> [Consulta: jueves, 20 de mayo de 2016]

causas que materializarían la revocación (como resulta ser la presentación del ausente o desaparecido) se efectuará la resolución revocatoria siguiendo lo que dice el art. 197 CC: “*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 la declaración de no haber muerto*”.

De la mención al CC se extrae que el art. 197 constituye el pilar fundamental sobre esta materia, y es que este artículo se preocupa de manera exhaustiva de los aspectos patrimoniales que afectan a la persona que resultó declarada fallecida y que, a consecuencia de dicha declaración, el mencionado patrimonio fue constituido como una herencia<sup>81</sup>.

Tal y como expresa el art. 196 CC, una vez que se constituye como firme la declaración de fallecimiento, se procede a la correspondiente apertura de la sucesión sobre los bienes del ausente. Su adjudicación dependerá de trámites de testamentaria o abintestato según como se encuentre estipulado, con la salvedad de que cuando el declarado fallecido reaparezca, dicha situación quedará sin efecto cuando conste una resolución judicial que fije la fecha de la revocación y se anote en el Registro Civil<sup>82</sup>. Esta es la razón por la que CARLOS LASARTE afirma que la relación entre el reaparecido y sus sucesores es reconocida como una subrogación real<sup>83</sup>, ya que los bienes le corresponden al reaparecido desde el día que conste su presencia o la declaración de no haber muerto. Esto produce que la sucesión quede sin efecto alguno. Es decir, se llama subrogación real a la sustitución jurídica de un bien por otro en el patrimonio de una misma persona, de tal modo que el bien nuevo ocupe el lugar del bien antiguo para ser sometido a su mismo régimen<sup>84</sup>.

Se afirma de manera generalizada que durante el tiempo que permanece vigente una declaración de fallecimiento, los sucesores de una herencia son reconocidos como titulares de los bienes y como legítimos propietarios. Por ese motivo, el objetivo del reaparecido debe ser únicamente el de recuperar sus bienes en el estado en que se encuentren, siendo ésta una clase de petición para reclamar frente a los propios sucesores el patrimonio sobre el que en su día se abrió la sucesión; esto se debe a que aunque éste se haya convertido en herencia no obliga al reaparecido a convertirse en heredero de su propio patrimonio, sino que le da derecho a recuperar lo que le pertenece una vez que se constata su existencia<sup>85</sup>.

A la hora de plantearse las acciones que se podrán llevar a cabo en relación a los bienes, cabe tratar lo concerniente a la acción de reclamación de cantidad. Ésta se puede definir como un tipo de pretensión de condena dirigida a reclamar al demandado el cumplimiento de una obligación de dar consistente en la entrega de una determinada cantidad de dinero<sup>86</sup>. Resulta relevante referirse a dicha acción en aquellos casos que sea imposible ejercitar la acción de recobro de los

---

<sup>81</sup>DIEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 305.

<sup>82</sup>LLEDÓ YAGÜE, F./SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A./MONJE BALMASEDA, O., *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Primera edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, p. 486.

<sup>83</sup>LASARTE, C., *op. cit.*, p. 233.

<sup>84</sup>

*Subrogación*

*real,*

[http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTIzMDtbLUOuLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoANOOt7zUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTIzMDtbLUOuLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoANOOt7zUAAAA=WKE) [Consulta: viernes, 21 de mayo de 2016]

<sup>85</sup>GUINEA FERNÁNDEZ, D.A., *op. cit.*, p. 385.

<sup>86</sup>

*Acción*

*de*

*reclamación*

*de*

*cantidad,*

[http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDE0MzIbLUOuLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAU2hh7TUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNDE0MzIbLUOuLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAU2hh7TUAAAA=WKE) [Consulta: sábado, 22 de mayo de 2016].

bienes en el estado en que se encuentren de manera eficaz. Siempre que el legítimo propietario haya vendido los bienes en el periodo temporal que continua vigente la declaración de fallecimiento a un tercero adquirente de buena fe, la recuperación de los bienes no podrá materializarse. En cambio, el reaparecido sí que podrá exigir la recepción del precio obtenido por la venta o los bienes que se hayan adquirido con su importe.

En consecuencia, resulta importante recalcar que el tercero adquirente sea reconocido de buena fe, ya que el art. 34 LH versa sobre que *“el tercero de buena fe que 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. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. [...]”*. Es adecuado especificar que la remisión al art. 34 LH se realiza presumiendo que los bienes inmuebles hayan sido inscritos en escritura pública. En ese caso, la buena fe de la adquisición por parte de tercero sería reconocida de manera automática. Independientemente de que no se haya realizado la inscripción en escritura pública, el CC se encarga de plasmar de manera general que la buena fe se presumirá siempre y que se reputará como poseedor de buena fe a aquel que ignora que en el título o modo que adquiere exista un vicio que sirva para invalidarlo<sup>87</sup>. Esto lleva a interpretar que aunque la adquisición de bienes inmuebles no haya sido reconocida como tal en el Registro de la Propiedad, no constituye motivo suficiente para reconocer que la adquisición por parte del tercero no es válida, ya que mientras la buena fe es una presunción absoluta, para que existiese la mala fe tendría que probarse. Al respecto la STS de 22 de octubre de 1993 señala que *“[...] según la clásica doctrina en dicha materia consagrada por los arts. 434 y concordantes del CC, mientras la buena fe se presume, la mala es preciso probarla, o existe la primera o surge la segunda, lo que se traduce en que la mala fe no está acreditada y aparece ineludiblemente la buena fe”*. El conflicto surgiría cuando el sucesor tenía conocimiento de que la declaración de fallecimiento y la apertura de la sucesión están afectadas por un vicio invalidante<sup>88</sup>, en cambio esto no supone que los terceros que adquieran determinados bienes por buena fe se tengan que encontrar perjudicados cuando ellos no tienen conocimiento de la existencia de tal vicio. En definitiva, la presunción de buena fe en lo concerniente a la posesión es identificada como una presunción de naturaleza *“iuris tantum”*, y permanecerá como tal mientras que no se pruebe lo contrario [STS 27 de junio de 1992].

Situación distinta sería que constase mediante sucesión testada o intestada en la que se cumpliera la voluntad del hombre<sup>89</sup> que había sido declarado fallecido. Esto proporciona la posibilidad de que la persona que resultase heredera sea identificada como indigna por haber tenido conocimiento de un hecho constitutivo de indignidad. En este caso habría que remitirse al contenido del art. 756.2 CC (redacción vigente del 22 de julio de 2011 hasta la misma fecha del año 2015) que estipula que serán incapaces de suceder por causa de indignidad el que fuera condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de cónyuge, descendientes o ascendientes. Esto lleva a decir que se entenderá por indigno *“al que, teniendo capacidad para ser heredero, no puede, sin embargo, percibir la herencia por actos propios y personales, que no le hacen merecedor para suceder al causante”*<sup>90</sup>. De todas formas, para que el contenido de dicho artículo operase en este supuesto sería necesario cumplir con determinados requisitos que no se plantean. En primer lugar, sería imprescindible que existiese una condena en juicio, es decir, tendría que constar una declaración judicial. Sin embargo, un determinado sector de la

---

<sup>87</sup>Vid. arts. 433 y 434 CC.

<sup>88</sup> GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *op. cit.*, p. 400.

<sup>89</sup>Vid. art. 658 CC.

<sup>90</sup>HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “La causa séptima de indignidad sucesora: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, p. 174.

doctrina opina que resulta ilógico que la indignidad no actúe de manera automática sin necesidad de que haya una declaración judicial. Al respecto, ALGABA ROS argumenta que la indignidad no podrá operar de manera directa, ya que los preceptos civiles manifiestan que mientras la acción de indignidad no sea viable, ésta no producirá efectos<sup>91</sup>. Además, para que se pudiese hacer valer la causa de indignidad que fijase la imposibilidad del sucesor indigno a heredar, no sólo debería de constar una condena firme que constituya una causa de indignidad, sino que tendría que haber un procedimiento mediante el cual se impugnase el testamento o la declaración de herederos por parte de otros llamados a la herencia con motivo de que dicha causa de indignidad se hubiese reconocido. En definitiva, la mera concurrencia de la causa de indignidad no provoca por sí misma la pérdida de la condición de heredera universal por parte de María sino que sería preciso que dicha causa de indignidad fuese declarada judicialmente en un procedimiento ad hoc.

Un ejemplo que manifiesta las acciones que se pueden llevar a cabo para que se produzca el recobro de los bienes una vez que es dictada una resolución que deja sin efecto una declaración de fallecimiento es la SAP de Madrid de 25 de abril de 2013 (RJ 325/2013). En dicha Stc. se hace una mención expresa al art. 197 CC aclarando que el mismo establece un derecho de recuperación claro y conciso que determina la recuperación de los bienes del que era propietario y que fue incorrectamente declarado fallecido, concediéndole 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”*. Es decir, tendrá que producirse una nulidad del proceso hereditario ejercitando las acciones de reclamación correspondientes que tengan como efecto la recuperación de los bienes que correspondían a la propiedad del declarado fallecido intentado siempre *“devolverle al estado previo a la declaración errónea y ajena a su voluntad”*.

Finalmente, el art. 197 CC indica que sólo podrán ser reclamadas las rentas, frutos o productos que se obtengan con los bienes de la sucesión que se hubieran producido desde el día de la presencia del ausente. La jurisprudencia tratada marca que es de lógica jurídica que se compensen los beneficios con los costes generados por los bienes porque sino se estaría produciendo un enriquecimiento injusto y sin causa que no debería ser permitido.

#### **4.3.1 Conclusión**

Por motivo de la desaparición de Manolo y la consecuente declaración de fallecimiento del mismo, se entiende que en el periodo temporal que permaneció vigente la declaración de fallecimiento de Manolo (es decir, desde el 30 de septiembre de 2007 hasta la revocación mediante auto que deje sin efecto dicha declaración a partir del 3 de enero de 2014), María había sido heredera universal, y por lo tanto, propietaria legítima de los bienes inmuebles y de la cuenta bancaria, con independencia de que éstos sean gananciales o privativos. Consecuentemente, la disposición de los bienes por parte de María habrá sido legítima.

La situación cambia en el momento que la declaración de fallecimiento de Manolo es revocada. Una vez que tiene lugar dicha revocación, Manolo tendrá que solicitar, en su caso, las diligencias preliminares para conocer el destino de los bienes según lo recogido por el art. 256.2.1º LEC para que, posteriormente, Manolo pueda interponer la demanda contra María y así ejercitar las acciones de recobro de los bienes, y en su defecto, las acciones de reclamación de cantidad concernientes a dichos bienes.

---

<sup>91</sup>ALGABA ROS, S., *Efectos de la desheredación*, Primera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2002, p. 238.

Dichas reclamaciones dependerán de si su naturaleza es ganancial o privativa, ya que en caso de que el bien vendido sea privativo de la persona que ha sido erróneamente declarada fallecida, éste tendrá que recobrar la totalidad de su precio; mientras que si se trata de un bien ganancial únicamente le corresponderá el 50% del precio. Esta dinámica entrará en funcionamiento siempre que el bien hubiese sido vendido, tal y como fija el art. 197 CC diciendo que *“si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente [...] tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido [...]”*.

Se interpreta que tanto Eustaquio como Miriam son terceros adquirentes de buena fe. Esto se debe a que el caso no manifiesta ningún indicio claro que dé a entender que ambos actuasen bajo la mala fe, ya que cuando los poseedores ignoren la existencia de algún vicio serán reconocidos de tal forma y, además, ésta se presumirá siempre. Si se quiere demostrar lo contrario, la mala fe tendrá que ser probada (arts. 433-434 CC y art. 34 LH). Aunque María haya actuado bajo la mala fe por haberse beneficiado de la declaración de fallecimiento a sabiendas de que es probable que Manolo esté vivo pueda incurrir en la venta de cosa ajena, ni Eustaquio ni Miriam tenían constancia del enfrentamiento producido entre ambos en el barco que ha podido producir la muerte de Manolo tal y como María cree. Por lo tanto, una vez que Manolo reaparece, éste no podrá recuperar los bienes que han sido objeto de venta porque éstos han sido adquiridos por terceros de buena fe. Esto implica que Manolo no tendrá derecho a recobrar sus bienes pero sí que podrá ejercitar la acción de reclamación de cantidad correspondiente al precio que María obtuvo al vender los bienes que también eran propiedad de Manolo antes de ser declarado fallecido.

Por lo tanto, Manolo tendrá derecho a reclamar las siguientes cantidades:

- 120.000 € por la venta de la casa común por ser constitutivo de un bien ganancial.
- 175.000 € del piso privativo perteneciente a Manolo.
- 32.500 € de la cuenta bancaria que ambos tenían en común.

## BIBLIOGRAFÍA

**1ª CUESTIÓN:** BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001; CALVO CASTILLO, T., *Efectos de la declaración de fallecimiento en el Derecho de familia*, RGLJ, 1978; CORRAL TALCIANI, H. F., “La declaración de muerte presunta en el Derecho Matrimonial Canónico”, *Revista IusCanonicum*. Volumen XL, Núm. 80. 2000; CORRAL TALCIANI, H., “La disolución del matrimonio por muerte presunta de uno de los cónyuges”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX*, 1989; DIEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, Duodécima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989; GUINEA FERNÁNDEZ, D. A., *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Primera edición, Editorial La Ley, Madrid, 2011; *Impedimento de ligamen en el Derecho Canónico Matrimonial*, <http://www.derecho-canónico>; LASARTE, C., *Parte general y Derecho de la Persona*, Principios del Derecho Civil I, Vigésima edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2014; LÓPEZ ALARCÓN, M./NAVARRO VALLS, R. *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, Editorial Tecnos, Segunda edición, Madrid, 1987; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C./ DE PABLO CONTRERAS, P./ PÉREZ ÁLVAREZ, M-A./ PARRA LUCÁN, M-A., *Derecho Privado Derecho de la Persona*. Curso de Derecho Civil I, Segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 2001; PÉREZ TORTOSA, F., “Proceso y nulidad matrimonial canónica”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 6, 2010; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Curso de Derecho civil IV, Derecho de familia y sucesiones*, Séptima edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

**2ª CUESTIÓN:** ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 2, 2011; BORJA JIMÉNEZ, E., *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; *Circunstancia mixta de parentesco*, <http://www.guiasjuridicas.wolterskluwer.es>; CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, Tomo II, Segunda edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; ECHARRI CASI, F. J., “Prueba ilícita: conexión de antijuridicidad y hallazgos casuales”, *Revista del Poder Judicial*, nº 69, 2003; GARCÍA ARÁN, M./ CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, Primera edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004; GARCÍA SAN MARTÍN, J., “El hallazgo casual o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal”, en *Revista la Ley Penal*, núm. 109, Editorial La Ley, 2014; GONZENZMULLER, C./ESCUADERO, J. F./FRIGOLA, J., *Homicidio y asesinato*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996; HAVA GARCÍA, E., *El dolo: concepto, elementos y clases*, 2012, <http://www.infoderechopenal.es>; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Editorial Akal/Iure, Madrid, 1989; LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Editorial La Ley, Primera edición, Madrid, 2011; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Editorial Colex, Madrid, 1991; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte especial*, Decimoséptima edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

**3ª CUESTIÓN:** ACALE SÁNCHEZ M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; ACALE SÁNCHEZ M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, colección de Derecho Penal, primera edición, editorial Reus, Madrid, 2006; DE LA ROSA CORTINA J. M., *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, primera edición, Editorial Bosch, 2015; FARALDO CABANA P., “La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento post delictivo positivo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, núm. 1, 1997; FARALDO CABANA P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista Penal*, núm. 17, 2006; GIMENO REINOSO B., VIOLETA BARRIENTOS, S., “Violencia de género versus violencia doméstica: la importancia de la especificidad”, *Revista venezolana de estudios de la mujer*, vol. 14, nº 32, enero/junio 2009; GÓMEZ COLOMER J. L., *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Primera edición, Editorial Universitat Jaume I, Valencia, 2007; IBÁÑEZ SOLAZ M.F., “Drogodependencia y derecho”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Centro de documentación del Consejo General del Poder Judicial, núm. VIII, 2003; LARRAURI PIJOAN E., *Criminología crítica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007; LAURENZO COPELLO P., *La violencia de género en la ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010; MAQUEDA ABREU M. L., “La violencia de género: concepto y ámbito”, *Ponencia presentada en el instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, Congreso Internacional de Derecho de Familia, México D. F., 2006, <http://www.juridicas.unam.mx>; MIRAT HERNÁNDEZ P., ARMENDÁRIZ LEÓN C., *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales*. Estudio del Título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2006; MONTALBÁN HUERTAS I., “Órdenes de alejamiento”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 4, 2001; ORTS BERENGUER E./ VIVES ANTÓN T.S./ BOIX REIG J., *Comentarios al Código Penal de 1995*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; PASCUAL



PASTOR F./ REIG RUANO M./ FONTOBA FERRÁNDIZ J/ GARCÍA DEL CASTILLO-LÓPEZ A., “Alcohol y violencia”, *Revista Health and Addictions*, vol. 11, núm. 1, 2011; PERELA LARROSA M., “Violencia de género: violencia psicológica”, *Revista Nueva época*, núm. 11-12/2010; PÉREZ MACHÍO A., “La perspectiva de género en el Código Penal: especial consideración del artículo 153 del Código Penal”, *Revista de estudios penales y criminológicos*, vol. XXX, 2010; “Poner fin a la violencia contra la mujer. De las palabras a los hechos”, *Estudio del Secretario General de Naciones Unidas*, Naciones Unidas, 2006; RAMÓN FERNÁNDEZ F., “Medidas de protección del menor en los casos de violencia de género”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 4, 2013; RODRÍGUEZ DÍAZ F.J/ PAÍNO QUESADA S.G/ HERRERO DÍAZ F.J/ GONZÁLEZ CUEVAS L.M, “Drogodependencia y delito. Una muestra penitenciaria” *Revista Psicothema*, vol. 9, núm. 3, 1997; SÁNCHEZ TURET M., “Drogodependencias: aspectos terminológicos y taxonómicos” *Anuario de Psicología*, núm, 49, 1991; Texto íntegro de la ley: [http://www.boe.es/boe/consultas/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex2004/21760](http://www.boe.es/boe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex2004/21760).

**4ª CUESTIÓN:** *Acción de reclamación de cantidad*, [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmDE0MztbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAU2hh7TUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmDE0MztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAU2hh7TUAAAA=WKE); ALGABAROS, S., *Efectos de la desheredación*, Primera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2002; DIEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, Duodécima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989; GONZÁLEZ POVEDA, P., *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y Formularios*, Aranzadi, Madrid, 2008; GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Primera edición, Editorial La Ley, Madrid, 2011; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “La causa séptima de indignidad sucesora: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006; <http://www.registradores.org/tramites-en-el-registro/>; LASARTE, C., *Parte general y Derecho de la Persona*, Principios del Derecho Civil I, Vigésima edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2014; LLEDÓ YAGÜE, F./SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A./MONJE BALMASEDA, O., *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Primera edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2011; *Subrogación real*, [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmTIzMDtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoANOot7zUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmTIzMDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoANOot7zUAAAA=WKE).

## NORMATIVA CITADA

**Leyes y reglamentos:** Constitución Española de 1978; Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil; Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la Ley Hipotecaria; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio; Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio; Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros; Ley 8 de septiembre de 1939 modificando el título octavo, libro primero, del Código Civil; Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil; Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativa a las escuchas telefónicas; Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil; Real Decreto de 3 de febrero de 181, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil; Resolución sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa de 18 de septiembre de 1993

**Normativa comunitaria:** Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer: Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2000/45.

**Circulares de la Fiscalía General del Estado:** Circular de la Fiscalía nº 1/1999, de 29 de diciembre, sobre intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales.

## REPERTORIO JURISPRUDENCIAL

**Audiencia Provincial:** SAP de Asturias de 6 de junio de 2003; SAP de Barcelona de 10 de julio de 2002; SAP de Barcelona de 23 de mayo del 2000; SAP de Coruña de 29 de mayo de 2012; SAP de Guipúzcoa 2075/2006 de 21 de marzo de 2006; SAP de Guipúzcoa de 16 de enero de 1995; SAP de Lleida 688/2002 de 11 de octubre de 2002; SAP de Madrid 193/2006 de 21 de febrero de 2006; SAP de Madrid 196/2012 de 18 de abril de 2012; SAP de Madrid de

13 de mayo de 2004; SAP de Madrid de 25 de abril de 2013; SAP de Pontevedra 59/2016 de 31 de marzo de 2016; SAP de Valladolid 291/2013 11 de noviembre de 2013; SAP de Vizcaya 359/2006 de 8 de mayo de 2006; SAP de Zaragoza de 29 de junio de 1995.

**Tribunal Constitucional:** STC 102/1998 del 3 de febrero; STC 41/1998 de 31 de marzo de 1998; STC 49/1996 de 26 de marzo de 1996; STC 86/1995 de 6 de junio; STC de 15 de diciembre de 1992; STC de 29 de noviembre de 1984.

**Tribunal Supremo:** STS de 28 de noviembre de 1994; STS de 11 de octubre de 1996; STS 1172/2006 de 28 de noviembre de 2006; STS 14/2010 de 28 de enero de 2010; STS 1558/1999 de 2 de noviembre 1999; STS 192/2011 de 18 de marzo de 2011; STS 1954/2000, de 1 de marzo de 2000; STS 2029/2002 de 4 de diciembre 2002; STS 246/1995 de 20 de febrero 1995; STS 246/1995 de 20 de febrero de 1995; STS 27 de junio de 1992; STS 315/2011 de 6 de abril de 2011; STS 34/2014, de 6 de febrero; STS 467/1998 del 3 de abril de 1998; STS 474/200 de 17 de mayo de 2010; STS 565/1992, de 18 de junio de 1992; STS 577/2008 de 1 de diciembre de 2008; STS 580/2006 de 23 de mayo de 2006; STS 601/2008 de 10 de octubre de 2008; STS 626/2009 de 9 de junio de 2009; STS 651/2016 de 10 de marzo de 2016; STS 701/2003 de 26 de mayo de 2003; STS 703/2008 de 24 de julio de 2008; STS 713/2008 de 13 de noviembre de 2008; STS 716/2009, de 2 de julio de 2009; STS 794/2002 de 30 de abril de 2002; STS 821/2015, de 23 de diciembre de 2015; STS 85/1994 de 18 de julio de 1994; STS 863/2015 de 30 de diciembre de 2015; STS 867/2014 de 11 de diciembre de 2014; STS 936/2013 de 9 de diciembre de 2013; STS de 13 de mayo de 1983; STS de 14 de mayo de 2008; STS de 15 de febrero de 2015; STS de 18 de julio del 2000; STS de 22 de octubre de 1993; STS de 26 de enero de 1996; STS de 26 de mayo de 1997; STS de 288/1998 de 26 de febrero de 1998; STS de 3 de octubre de 1996; STS de 4 de mayo de 1994; STS de 7 de junio de 1993; STS de 9 de marzo de 2007; STS, de 20 de junio de 1986; STS de 31 de diciembre de 2001.

**Otros:** ATS de 18 de junio de 1992; ATS de 21 de junio de 2006; AJP nº4 de Murcia de 29 de julio de 2005.

## **ANEXOS**

*Anexo I-Auto de declaración de fallecimiento*

*Anexo II-Oficio de descubrimiento fortuito de otros hechos delictivos mediante escuchas telefónicas*

*Anexo III- Modelo de solicitud de orden de protección*

*Anexo IV- Informe válido para resarcimiento del daño en casos de violencia de género*

*Anexo V- Ejemplo de demanda de procedimiento ordinario en reclamación de cantidad*

## **ANEXO I**

### **Auto de declaración de fallecimiento**

Ejemplo de resolución poniendo fin a un procedimiento de declaración de fallecimiento. Los hechos que contempla son totalmente ajenos al supuesto práctico que se nos plantea dado que se trata de un procedimiento de escasa frecuencia en la actualidad.



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

**JDO. 1A. INST. E INSTRUCCION N.3 DE BETANZOS**

**Sandra Amor Vilaríño**  
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES  
C/ Rollo, 24-26, Entlo. · 15300 BETANZOS  
Telf./Fax 981 77 32 48

CANTON DE SAN ROQUE N 1 C.P. 15300 BETANZOS

08950

N.I.G.: 15009 1 0302255 /2007

Procedimiento: DECLARACION DE FALLECIMIENTO 0000431 /2007 -L

Sobre

De D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. SANDRA AMOR VILARIÑO

ILUSTRE COLEGIO DE PROCURADORES DE LA CORUÑA

SERCYN

FECHA: 08 ENE. 2009

**NOTIFICADO**

**AUTO**

Juez/Magistrado-Juez Sr./a :  
MARIA DE LUNA TABOADA MARTINEZ

En BETANZOS, a cinco de Enero de dos mil nueve.

**HECHOS**

**PRIMERO.-** Por D/Dña. [REDACTED] se ha solicitado la declaración de fallecimiento de D. [REDACTED], tío de la aquí promovente, alegando que éste desapareció de su último domicilio conocido en Betanzos a partir de los años 60 que cesó de remitir correspondencia, sin que posteriormente se hayan tenido de él más noticias.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la solicitud presentada, se acordó recibir la información testifical ofrecida sobre los hechos expuestos en aquella y la publicación de edictos anunciando la incoación del expediente en el Boletín Oficial del Estado, en el diario El Ideal Gallego y Marca, así como anuncios en Radio Nacional, por dos veces y con un intervalo mínimo de quince días, practicándose a continuación la información testifical en la que los testigos aseveraron la certeza de los hechos alegados en la solicitud y aportándose al expediente los ejemplares del Boletín Oficial del Estado y de los diarios en que se publicaron los edictos y la certificación del anuncio en Radio Nacional.

**TERCERO.-** No ha comparecido en el expediente persona alguna dando noticias del desaparecido, ni oponiéndose a la solicitud, habiendo informado el Ministerio Fiscal en sentido de que hallándose debidamente justificados los hechos expuestos por el promotor en su escrito inicial, procede dictar auto declarando el fallecimiento de [REDACTED]

**RAZONAMIENTOS JURIDICOS**



**UNICO.-** Las pruebas aportadas al expediente han acreditado que D/Dña. [REDACTED] se halla en paradero desconocido, no habiéndose recibido noticias suyas desde los años 60 , extremos corroborados por la no presentación de persona alguna que diera noticias de su existencia a pesar de la publicidad dada a la incoación del expediente, por lo que habiendo transcurrido más de 30 años, desde sus últimas noticias se ha justificado la concurrencia de los requisitos establecidos en los artículos 193 y siguientes del Código Civil, procediendo declarar el fallecimiento del desaparecido, que se entenderá ocurrido el día 1 de enero de 1970 .

**PARTE DISPOSITIVA**

Se declara el fallecimiento de [REDACTED] fijando como fecha del mismo el día 1 DE ENERO DE 1970 . Inscribese esta resolución en el Registro Civil de BETANZOS librando el correspondiente despacho.

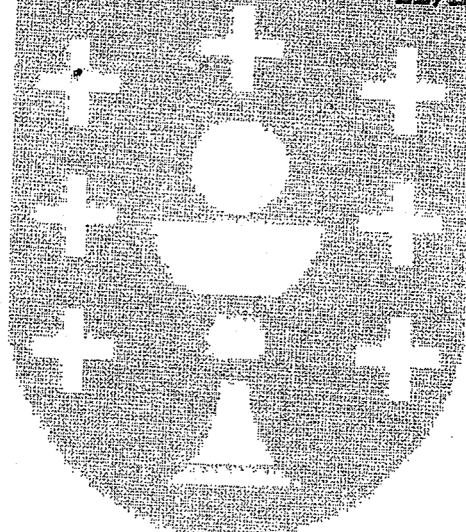
Como se solicitó en su día, expidase testimonio de este auto y entréguese al solicitante.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial en término de quinto día. Doy fe.

Así por este Auto, lo dispongo, mando y firmo. Doy fe.

**EL/LA MAGISTRADO-JUEZ**

**EL/LA SECRETARIO/A**



## **ANEXO II**

### **Oficio de descubrimiento fortuito de otros hechos delictivos mediante escuchas telefónicas**

Ejemplo de oficio remitido por la Policía al Juzgado de Instrucción correspondiente dando cuenta del descubrimiento de hechos susceptibles de ser constitutivos de otro delito distinto al que da origen a las escuchas telefónicas.

48



MINISTERIO DEL INTERIOR



GUARDIA CIVIL DIRECCIÓN GENERAL

Subdirección Xeral de Operacións Zonas de Galicia Comandancia de Coruña Compañía de Ferrol Subdirección General de Operaciones Zonas de Galicia Comandancia de A Coruña Compañía de Ferrol

O F I C I O

S/REF: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO [REDACTED]
N/REF: JAR/ 2577
FECHA: 09 de agosto de 2008
ASUNTO: CUENTA DE OBSERVACIÓN TELEFÓNICAS.
DESTINATARIO: ILMO. SEÑOR MAGISTRADO-JUEZ JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO TRES

FERROL

En cumplimiento de lo ordenado en su oficio de 28 de julio de 2008, dimanante del Proc. Abreviado de la referencia, mediante el que entre otras circunstancias ordenaba al Equipo de Policía Judicial de la Guardia Civil de Ferrol que si por medio de la intervención telefónica se tuviera noticia de nuevos delitos distintos de los que la motivaron, debería solicitarse la ampliación del correspondiente mandamiento a su Autoridad, se participa a S.S. lo siguiente:

En observación telefónica iniciada a las 18:22:12 horas del día 07-08-2008, figurando como número llamante el [REDACTED] y número llamado el [REDACTED], siendo los interlocutores [REDACTED], alias "[REDACTED]" (llamante) y [REDACTED], alias "[REDACTED]" (llamado) se observa que en el transcurso de la conversación, ambos interlocutores hablan de un lugar sito en una autovía que está en construcción donde hay cable de cobre en grandes cantidades, para cargar el que se quiera, y que además este se encuentra pelado, toda vez que es el que va bajo tierra. De igual modo, [REDACTED] le dice a [REDACTED] que este fin de semana hay que "encontrar el Bullo" (en probable referencia al lugar exacto donde se encuentra el cable de cobre), contestándole éste que ya había encontrado dicho lugar. De esta conversación telefónica fue confeccionada transcripción literal número 22-Q, que se remitirá a ese Juzgado con el correspondiente Informe de Observación Telefónica.

A la vez, se significa que a día de la fecha, no se tiene constancia de cual es la autovía en construcción a la que se hace referencia en la observación telefónica citada.

EL OFICIAL ADJUNTO DE LA COMPAÑÍA



[Firma manuscrita]

54038G



**ANEXO III**  
**Modelo de solicitud de orden de protección**

Formulario tipo a cumplimentar por la autoridad ante la que se interpone la denuncia.



26

FORMULARIO SOLICITUD ORDEN DE PROTECCIÓN

# MODELO DE SOLICITUD DE ORDEN DE PROTECCIÓN

FECHA: 01/05/2010

HORA: 07:30

### ORGANISMO RECEPTOR DE LA SOLICITUD

Nombre del organismo: Oficina de denuncias de la Comisaría de Ferrol-Naron

Dirección: Avd de Vigo nº165

Teléfono: 981333380

Fax: 981370750

Correo electrónico: Of.c.ciferrol@oficial.dgp.mir.es

Localidad: Ferrol

Persona que recibe la solicitud (nombre o número de carnet profesional): 93402

### VÍCTIMA

Apellidos: VEIGA FERREIRA

Nombre: Ana

Lugar / Fecha Nacimiento: FERROL / 11/04/1989

Nacionalidad: ESPAÑA

Sexo: FEMENINO

Nombre del padre: Carlos

Nombre de la madre: María Salome

Domicilio: C/ Campo de Chao San Juan, número 137 Ferrol

Teléfonos contacto: 981302714

N.I. nº 301133

N.I.E. nº  
ó Pasaporte nº

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

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



FORMULARIO SOLICITUD ORDEN DE PROTECCIÓN

**SOLICITANTE QUE NO SEA VÍCTIMA**

|                                     |  |                             |
|-------------------------------------|--|-----------------------------|
| Apellidos:                          |  | Nombre:                     |
| Lugar / Fecha Nacimiento:           |  | Nacionalidad:               |
| Sexo:                               |  |                             |
| Nombre del padre:                   |  | Nombre de la madre:         |
| Domicilio:                          |  |                             |
| Teléfonos contacto:                 |  |                             |
| N.I. nº                             |  | N.I.E. nº<br>ó Pasaporte nº |
| Relación que le une con la víctima: |  |                             |

**PERSONA DENUNCIADA**

|  |  |                             |
|--|--|-----------------------------|
| Apellidos: <b>JOSE YANEZ</b>   |  | Nombre: <b>JORGE</b>        |
| Lugar / Fecha Nacimiento:  |  | Nacionalidad: <b>ESPAÑA</b> |
| Sexo: <b>MASCULINO</b>   |  |                             |
| Nombre del padre:  |  | Nombre de la madre:         |
| Domicilio: <b>CALLE RIO SECO, Nº 13-15, 1º C. DE NARÓN (LA CORUÑA)</b> |  |                             |
| Teléfonos contacto: <b>98691907</b> Y <b>985319358</b>                 |  |                             |
| N.I. nº  |  | N.I.E. nº<br>ó Pasaporte nº |

**RELACIÓN VÍCTIMA-PERSONA DENUNCIADA**

Ha denunciado con anterioridad a la misma persona? **NO**

En caso afirmativo, indique el número de denuncias:

Sabe si dicha persona tiene algún procedimiento judicial abierto por delito o falta? **NO**

Qué relación de parentesco u otra tiene con el denunciado? **EXNOVIO EN UNA RELACION DE BONDAD DEJANDO LA RELACION MÁS O MENOS HACE UN AÑO**

**SITUACIÓN FAMILIAR**

| PERSONAS QUE CONVIVEN EN EL DOMICILIO |                  |                        |
|---------------------------------------|------------------|------------------------|
| Nombre y apellidos                    | Fecha Nacimiento | Relación de parentesco |
|                                       |                  |                        |



FORMULARIO SOLICITUD ORDEN DE PROTECCIÓN

|  |  |  |
|--|--|--|
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

**DESCRIPCIÓN DE HECHOS DENUNCIADOS QUE FUNDAMENTAN LA ORDEN DE PROTECCIÓN<sup>3</sup>**

(Relación detallada y circunstanciada de los hechos)

¿Qué último hecho le ha impulsado a formular la presente solicitud?

LO RELATADO EN LA PRESENTE DENUNCIA.

¿Qué actos violentos han ocurrido con anterioridad, hayan sido o no denunciados?

GOLPEARLA FISICAMENTE, DENIGRARLA MEDIANTE INSULTOS.

<sup>3</sup> En caso de que la solicitud de orden de protección se presente ante la Policía, este apartado podrá ser sustituido por la toma de declaración de la persona denunciante en el seno del atestado.

## **ANEXO IV**

# **Informe válido para el resarcimiento del daño en casos de violencia de género**

Informe final sobre cumplimiento de plan individual de intervención y  
seguimiento relativo a un condenado por violencia de género



JUZGADO DE LO PENAL Nº 1 DE FERROL (A CORUÑA)

25 MAYO 2015

ENTRADA

Nº .....

JUZGADO DE LO PENAL Nº 1 DE FERROL  
 RUA DA CORUÑA, 55 - 3º planta  
 15401 - FERROL - LA CORUÑA

**INFORME FINAL SOBRE CUMPLIMIENTO DEL PLAN INDIVIDUAL DE INTERVENCIÓN Y SEGUIMIENTO**

Ejecutoria: **411/2014**

Penado/a: **JIMENEZ GARRIBA, PABLO**

Por la presente le comunicamos que el penado de referencia ha finalizado el día 20 de mayo de 2015 el cumplimiento del Plan Individual de Intervención y Seguimiento elaborado para el cumplimiento de la Regla de Conducta a que había sido sometido.

Se adjunta informe final o solicitud de dicho informe a la entidad correspondiente.

Lo que le comunicamos a los efectos oportunos.

En CORUÑA (A), a 20 de mayo de 2015

Ella Director/a

Sgpm.A.Coruña  
 Fecha: 25/05/2015  
 Nº Registro: 4614  
 Sgpm.A.Coruña



MINISTERIO  
DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL  
DE INSTITUCIONES  
PENITENCIARIAS

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE  
PENAS Y MEDIDAS ALTERNATIVAS

CENTRO DE INSERCIÓN SOCIAL  
"Carmelo Arias y Díaz de Ribago"  
SERVICIO DE GESTIÓN DE PENAS Y  
MEDIDAS ALTERNATIVAS  
Paseo Marítimo Alcalde Francisco Vázquez 6/N - 15002 -  
A CORUÑA  
Tfn: 981.21.48.25 - Fax: 981.21.48.30

**INFORME FINAL**  
**DE SEGUIMIENTO**  
**EN PROGRAMA REEDUCATIVO**  
**DE**

---

**Juzgado de lo Penal Nº**

**Ejecutoria:     /2011**



MINISTERIO DEL INTERIOR

SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE PENAS Y MEDIDAS ALTERNATIVAS

CENTRO DE INSERCIÓN SOCIAL "Carmelo Arja y Díez de Rábago" SERVICIO DE GESTIÓN DE PENAS Y MEDIDAS ALTERNATIVAS Paseo Marítimo Alcalde Francisco Vázquez 6/N - 15002 - A CORUÑA Tlf: 981.21.48.20 - Fax: 981.21.48.30

Los/os responsables del programa "Violencia de Género: Programa de Intervención para Agresores", del Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de A Coruña,

**INFORMAN:**

**PRIMERO:** D. [Nombre] inició el programa de tratamiento "Violencia de Género: Programa de Intervención para Agresores", en fecha 15 de septiembre de 2014. El penado acudió puntualmente a todas las citas de intervención establecidas, tanto en la fase de intervención grupal semanal como en la fase de seguimiento individual.

**SEGUNDO:** D. [Nombre] ha mostrado un comportamiento adecuado durante las sesiones de intervención establecidas y su evolución en el programa de tratamiento ha sido favorable.

**TERCERO:** Los contenidos reeducativos abarcados durante el programa de intervención son los que se detallan a continuación:

|  |
|--|
| 1. PRESENTACION Y MOTIVACION AL CAMBIO                 |
| 2. IDENTIFICACION Y EXPRESION DE EMOCIONES             |
| 3. DISTORSIONES COGNITIVAS Y CREENCIAS IRRACIONALES    |
| 4. ASUNCION DE RESPONSABILIDAD Y MECANISMOS DE DEFENSA |
| 5. EMPATIA CON LA VICTIMA                              |
| 6. VIOLENCIA FISICA                                    |
| 7. AGRESION Y COERCION SEXUAL EN LA PAREJA             |
| 8. VIOLENCIA PSICOLOGICA                               |
| 9. ABUSO E INSTRUMENTALIZACION DE LOS HIJOS            |
| 10. GENERO Y VIOLENCIA DE GENERO                       |
| 11. PREVENCION DE RECADAS                              |

Sobre la base de lo anterior, se indica lo siguiente. Se da por finalizado a D. [Nombre] en el programa de tratamiento "Violencia de Género. Programa de Intervención".

En el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas de A Coruña.

En A Coruña, a [Fecha] de mayo de 2015

Cuerpo Superior de [Profesión] de Instituciones Penitenciarias





## **ANEXO V**

### **Ejemplo de demanda de procedimiento ordinario en reclamación de cantidad**

Posible demanda que podría ser presentada por Manolo con el objetivo de reclamar sus bienes.

**AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA QUE POR TURNO CORRESPONDA DE  
LOS DE A CORUÑA**

**D<sup>a</sup> MÓNICA LÓPEZ LÓPEZ**, Procuradora de los Tribunales, colegiada nº 500, y de **D<sup>o</sup> MANUEL RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, con N.I.F. 32716002-B, con domicilio en c/ Real 7375 4º A 154002 A Coruña, representación que se acredita mediante copia de poder notarial para pleitos, que se acompaña como documento 1, y bajo la dirección letrada de **D<sup>a</sup> MARÍA RUIZ MANSO**, del Ilustre Colegio de Abogados de Ferrol, colegiada nº 1.111, comparece y como mejor proceda en Derecho, **DICE**:

Que siguiendo instrucciones de mi mandante, a medio del presente escrito vengo a interponer **DEMANDA DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO** contra **D<sup>a</sup> MARÍA ÁLVAREZ ÁLVAREZ**, con N.I.F. 43557501-C y domicilio en c/ Alonso Ojeda nº 18 3ºF en A Coruña 15004, en **RECLAMACIÓN DE CANTIDAD**, demanda que baso en los siguientes

**HECHOS**

**PRIMERO.-** El 26 de marzo de 1996 el demandante y la demanda contraen matrimonio, siendo el régimen económico matrimonial en sociedad de gananciales.

**SEGUNDO.-** El 20 de abril de 2001 adquieren por compraventa una vivienda unifamiliar de planta baja y terreno sita en el L/ de O Rodo, que ocupa una superficie construida aproximada de 200 m<sup>2</sup> compuesta por salón, sala de estar, cinco dormitorios, cocina, dos baños y aseo. La citada vivienda linda por todos sus vientos con la parcela en la que se enclava formando una sola finca de una superficie de 47 áreas y 9 centiáreas. Linda en conjunto al norte camino de seis metros de ancho; sur carretera que va a Cedeira; y oeste Manuel Varela Rodríguez.

**TERCERO.-** El demandante, previo su matrimonio, había adquirido mediante compraventa un piso en Narón C/ Papa Xoán XXIII nº 23 1º I con una superficie de 88 m<sup>2</sup> linda al frente con la C/ Papa Xoán XXIII; al oeste patio de luces posterior; al norte o derecha visto desde la calle medianera con la vivienda 3ºD caja y relleno de la escalera por donde se entra y sur con bienes de D<sup>o</sup> JAIME GONZÁLEZ LÓPEZ. Le es inherente en propiedad la plaza de garaje marcada con el nº 6 situada en el sótano así como el cuarto trastero señalado con el nº 10 ubicado en el desván.

**CUARTO.-** Así mismo ambas partes abrieron en la entidad A BANCA una cuenta corriente con nº 0000 0000 0000 0000 0000 0000 que en 2007, en la fecha 30 de septiembre de 2007 presentaba un saldo favorable a los titulares de 65.000 €.

**QUINTO.-** El 30 de junio de 2007 y con ocasión de un viaje en barco efectuado por el matrimonio, el demandante sufre un accidente cayendo por la borda del barco. A consecuencia de estos hechos, el día 30 de septiembre de 2007 el Juzgado de Primera Instancia 25 de A Coruña dictó auto declarando fallecido al demandante, en los autos de declaración de fallecimiento 1/2007. Sin embargo, dicho auto fue revocado mediante otro de fecha 3 de marzo de 2014 al constatarse que el demandante no había fallecido.

Al declararse el fallecimiento de Dº Manuel la demandada fue nombrada su heredera universal y en aplicación de sus atribuciones como tal dispuso de los bienes gananciales y los privativos de Dº Manuel.

En consecuencia y en aplicación del art. 197 CC el demandante pretende recuperar los bienes que poseía al momento de ser declarado fallecido en contra de su voluntad y, con dicha finalidad, remitió a Dª María comunicación mediante burofax en fecha 5 de marzo de 2014 siendo adecuadamente recibido por su destinataria. No obstante, a fecha actual no se ha recibido respuesta alguna por parte de la misma lo que obliga a esta parte a interponer la presente demanda.

**SEXTO.-** Se acompañan a la demanda los siguientes documentos:

## **- FUNDAMENTOS DE DERECHO -**

### **JURÍDICO-PROCESALES**

#### **- I -**

**CAPACIDAD PROCESAL Y REPRESENTACIÓN:** Mi mandante, tiene capacidad para ser parte, conforme dispone el artículo 6.

En los mismos términos, la demandada tiene capacidad para ser parte en este proceso y para comparecer en juicio, conforme disponen los artículo 6 de la referida Ley.

#### **- II -**

**POSTULACIÓN Y DEFENSA:** De conformidad con lo previsto en los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la presente demanda se halla firmada por procurador y letrado.

#### **- III -**

**LEGITIMACIÓN:** Corresponde la legitimación activa a D° Manuel Rodríguez Rodríguez demandante, de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la citada Ley Procesal, por tratarse del acreedor de la suma debida por la parte demandada como consecuencia de los trabajos realizados.

Ostentan la legitimación pasiva la demanda por ser quién percibió el precio de los bienes enajenados así como depositaria de los saldos bancarios.

- IV -

**JURISDICCIÓN:** Conforme dispone el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no le estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

- V -

**COMPETENCIA OBJETIVA:** Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros Tribunales, según disponen los artículos 85.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- VI -

**COMPETENCIA TERRITORIAL:** Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia de A Coruña por corresponder al domicilio de la demandada en aplicación del art. 50 LEC.

- VII -

**PROCEDIMIENTO:** Se aplican los trámites del procedimiento ordinario al ser la cuantía superior a 6.000 €.

## **JURÍDICO-MATERIALES**

- IX -

*El art. 197 CC dispone que 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 la declaración de no haber muerto.*

Por lo tanto, del contenido del mencionado precepto se extrae que genera un derecho de recuperación claro y conciso que determina la correspondiente recuperación de los bienes de la persona que resultaba ser propietaria antes de ser incorrectamente declarada fallecida. En último caso se le concede la posibilidad a la persona que estuvo ausente

- X -

Se cifra la cuantía del presente procedimiento como **INDETERMINADA**, sin perjuicio de concretar la misma en el acto de audiencia previa y en función de la contestación a la demanda.

- XI -

Las costas han de imponerse a la demandada en virtud del principio objetivo de vencimiento, en los términos previstos por el artículo 394 de Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto,

**SUPLICO AL JUZGADO** que admita el presente escrito con sus copias y los documentos que lo acompañan y, en consecuencia, se tenga por formulada **demanda de procedimiento ordinario** frente a D<sup>a</sup> María Álvarez Álvarez, en reclamación de la cantidad equivalente al importe del precio de venta del piso privativo del demandante, del 50% del precio de venta de la vivienda ganancial y del 50% del saldo bancario existente en la cuenta común en la fecha del auto de declaración de fallecimiento, procediendo en su día, tras los trámites pertinentes, a dictar sentencia por la que se condene a María a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, todo ello con expresa condena en costas en caso de que se opusiera a la presente demanda.

Es de Justicia, que pido en A Coruña a 30 de marzo de 2014.

Fdo. \_\_\_\_\_

Procuradora

Fdo. \_\_\_\_\_

Letrada

**OTROSÍ DIGO PRIMERO.-** Que al amparo en el art. 294 LEC a medio del presente escrito vengo a interesar que se requiera a la demandada para que previamente a la contestación a la demanda aporte a las presentes actuaciones copia de los contratos de venta, bien consten en documento público bien en documento privado, a fin de conocer el precio de venta de los bienes sobre los que versa la presente reclamación.

Mismos lugar y fecha ut supra.

