



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Francisco Sánchez Aguiar,

Presenta el trabajo de Fin de Grado con el Título,

VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VENTA DE COSA AJENA.

Realizado bajo la dirección del

Prof.Dr.Julio García Camiñas.

Acrónimos y Abreviaturas.

Art/s: Artículo /s.

ATS: Auto del Tribunal Supremo.

B.O.E: Diario Oficial, Boletín Oficial del Estado.

CC; Real Decreto de 24 de Julio de 1889, del Código Civil.

CE: Constitución Española.

Circular de la FGE: Circular de la Fiscalía General del Estado.

Coord.: Coordinador.

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal.

DGRN: Dirección General De los Registros y del Notariado.

Dir.: Director.

Ed.: Edición.

FJ: Fundamento Jurídico.

LECrím: Real Decreto de 14 de Septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LH: Decreto de 8 de Febrero de 1946, aprobatorio de la Ley Hipotecaria.

LO: Ley Orgánica.

LOPJ: Ley orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial.

P.: Página.

Págs.: Páginas.

Resolución DGRN: Resolución Dirección General De los Registros y del Notariado.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

Ss.: Siguietes.

SSTS/TC: Sentencias del Tribunal Supremo/ Tribunal Constitucional.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

ÍNDICE:

Acrónimos y Abreviaturas.....	2
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.....	5
1.1. Antecedentes de hecho.....	5
1.2. Fundamentos Jurídicos.....	5
I.- Declaración de fallecimiento, según el art.194 y Ss.....	5
II.- Concepto de la declaración de fallecimiento, con base en la doctrina.....	6
III.- Declaración de fallecimiento en los casos de naufragio.....	6
IV.- Validez del matrimonio, entre María y Marcial y acciones que puede llevar a cabo Marcial para poner fin al matrimonio.....	7
V.-Conclusiones.....	10
2.- Determinar las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo, y determinar la validez de las escuchas telefónicas.....	10
2.1. Antecedentes de hecho.....	10
2.2. Fundamentos Jurídicos.....	10
I.-Regulación de las escuchas en el marco de la CE.....	10
II.-Regulación de la intervención de las comunicaciones en la LECrim; Art.579.....	11
III.-Validez de las escuchas telefónicas.....	12
IV.-Delito que comete María contra la persona de Manolo.....	15
V.-Alevosía.....	16
VI.- Atenuante de Arrebato u Obcecación.....	19
VII. Conclusiones.....	19
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.....	20
3.1 .Antecedentes de hecho.....	20
3.2. Fundamentos Jurídicos.....	21
I.- Lesiones.....	21

I.1.-Enero de 2010.....	22
I.2.-Marzo de 2010.....	22
I.3.-29 de septiembre de 2012.....	23
I.4.- 12 de octubre de 2013.....	25
II.- Quebrantamiento de Condena.....	26
III.-Violencia Habitual en el ámbito familiar.....	28
IV.-Eximente incompleta debido a la drogadicción de Marcial.....	32
V.- Regla Concursal.....	34
VI.- Conclusiones.....	35
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.....	35
4.1. Antecedentes de hecho.....	35
4.2. Fundamentos de Derecho.....	35
I.- Apertura de la sucesión del declarado fallecido.....	35
II. Capacidad para Suceder.....	37
III.-Herencia o Caudal Hereditario de Manolo.....	38
IV.-Acciones que puede ejercitar Manolo (Revocación declaración de fallecimiento y recobro).....	40
V.-Conclusiones.....	43
5.-Conclusiones Finales.....	44
6.-Bibliografía Citada.....	47
7.-Jurisprudencia Utilizada y Citada.....	48
7.1. Jurisprudencia del TC.....	48
7.2. Jurisprudencia del TS.....	48
7.3. Auto del TS.....	50
8.- Sentencias de Audiencias Provinciales.....	50
9. -Otros Juzgados.....	50

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. Antecedentes de hecho.

I.- Manolo y María, de 40 y 37 años respectivamente, contraen matrimonio el 26 de marzo de 1996. El 30 de junio de 2007, realizan un viaje en barco, en el cual se produce un accidente del cual sólo consigue regresar María.

II.- Debido a la desaparición de Manolo, y a la consecuente declaración de fallecimiento tiempo después, María contra segundas nupcias con Marcial el 17 de agosto de 2009

III.- Durante unas escuchas telefónicas dirigidas a la persona de Marcial, María le cuenta telefónicamente a Sara, que sufre una gran ansiedad y pesadillas fruto del presunto accidente de barco en el cual Manolo desaparece. En esta conversación, María relata cómo Manolo le confiesa a María su intención de terminar con el matrimonio, ya que éste había conocido a otra persona. En ese momento María, ante una inmensa sensación de ira y obcecación, golpea fuertemente a Manolo en la cabeza y lo tira por la borda del barco. A través y con motivo de dichas escuchas, María es acusada de asesinato.

IV.- El 3 de enero de 2014, Manolo reaparece.

1.2. Fundamentos Jurídicos.

I.-Declaración de Fallecimiento según el art.194 del CC y Ss.

El art. 194 del CC, establece que:

“Procede también la declaración de fallecimiento: (...) 2.º De los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición sin haberse tenido noticias de aquéllos. Se presume ocurrido el naufragio si el buque no llega a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido seis meses contados desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje”.

A su vez, el art. 195 del CC, nos dice que: *“por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo investigaciones en contrario. Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los dos artículos precedentes, salvo prueba en contrario”.*

Seguidamente, el art. 196 establece, en su párrafo primero 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”.*¹

Por lo tanto, mientras no tuviese lugar dicha declaración, se presume que Manolo estaba vivo y seguía casado con María, quien legalmente, hasta que no se produjese la declaración de fallecimiento, no podría contraer segundo matrimonio, pues en España está prohibida la bigamia en base al art 217 de nuestro CP. En consecuencia, si se investiga y resulta que ha fallecido, una vez firme la sentencia entonces si podría contraer el nuevo matrimonio; tal y como presuponemos que es la manera en la que se desarrollan los hechos en nuestro supuesto.

¹ Véase STS 407/2010 de 18 de Junio, F J 4º; “el hecho de que la declaración de fallecimiento establezca la

II.- Concepto de la Declaración de fallecimiento con base en la doctrina.

La doctrina, ha abordado el concepto de declaración de fallecimiento desde dos perspectivas distintas: la primera de ellas, incide en el medio formal, es decir, en los aspectos procesales o formales por los que se llega en su caso a la declaración de fallecimiento; mientras que la segunda, pone el acento en el medio material, es decir en el fondo de la misma. Entre los autores que destacan el medio formal, *De Castro y Bravo* señala que podría definirse la declaración de fallecimiento como "una fijación judicial de la fecha de fallecimiento de un desaparecido, creadora de una situación jurídica de efectos parcialmente coincidentes con los de la inscripción de defunción"². Con una perspectiva similar, *Díez-Picazo y Gullón*³, señala que con la "declaración de fallecimiento se califica a una persona desaparecida como fallecida y se abre su sucesión".

En otro sentido, *Lacruz Berdejo* considera que la incertidumbre acerca de la existencia de una persona "en función de una desaparición prolongada o de un suceso que haya supuesto un riesgo real o presunto para la vida de aquélla"⁴, cuando se aproxima racionalmente a la certeza de su muerte, puede resolverse en la llamada «declaración de fallecimiento».

III.- Declaración de fallecimiento en los casos de Naufragio.

La reforma operada por la Ley 4/2000, de 7 de enero⁵, reformó la regulación de la declaración de fallecimiento en los casos de naufragio. El mismo título de la ya referida *Proposición de Ley de modificación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros* es revelador a este respecto.

Los artículos del CC que se vieron afectados por dicha Proposición de Ley, son los art.193 y 194. Más concretamente, con respecto al art.193 CC, paso a modificar su párrafo primero, el cual nos dice que procede la declaración de fallecimiento; "*transcurridos diez años desde las últimas noticias o, en defecto de estas, desde su desaparición*"⁶.

En el caso del artículo 194 del CC, su párrafo segundo fue el que sufrió dicha modificación; en la redacción del ya mencionado artículo, se nos dice que : "*Procederá también la declaración de fallecimiento: De los que se encuentren a bordo de una nave naufragada desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio de la desaparición sin haberse tenidos noticias de aquellos; Se presume ocurrido el naufragio si el buque no llega a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido seis meses contados desde las última noticias recibidas o, por falta de estas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje*"⁷.

El Senador *Ariznavarreta Esteban*⁸, durante una ponencia en el Senado sobre la ya mencionada propuesta de ley, señaló que "si bien es cierto que en un principio se planteó con un carácter muy próximo y muy exclusivo respecto de los siniestros marítimos o naufragios, la verdad es que tras la tramitación parlamentaria de la ley, se ha extendido su ámbito de aplicación, no solo a los naufragios

² CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España (1ª ed.)*, Civitas, Madrid, 2008, p. 543.

³ DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil, tomo I – Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica* (8ª ed.) , Tecnos, Madrid, 1993, p. 343.

⁴ NÚÑEZ NÚÑEZ, M., *La sucesión intestada de los parientes colaterales*, Dykinson, Madrid, 2007, p.61.

⁵ Véase Ley 4/200 de 7 de Enero de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros.

⁶ Párrafo 1.º del artículo 193 redactado por el artículo 1 de la ley 4/2000, 7 de Enero, de modificación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de los naufragios y siniestros (B.O.E 10 de Enero.)

⁷ Párrafo 2.º del artículo 194 redactado por el artículo 1 de la ley 4/2000, 7 de Enero, de modificación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de los naufragios y siniestros (B.O.E 10 de Enero.)

⁸ Véase Informe de la Ponencia sobre la Proposición de Ley (622/000014), relativa a la modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de los naufragios y siniestros.

y a los siniestros marítimos, sino a todo tipo de situaciones descritas (...): esas situaciones en las que se produce la desaparición, la ausencia de una persona como consecuencia de causa violenta, de siniestro o naufragio”.

Con respecto a la desaparición por “inmersión en el mar”, la Exposición de Motivos de la referida Propuesta de Ley⁹ no deja tampoco lugar a dudas; según ésta: “ 1. °) *las «actividades marítimas», tanto de transporte, como de pesca extractiva, comportan un riesgo que puede consistir en averías, incendios, hundimientos de los buques y adversidades climatológicas; riesgos «que suelen acarrear siniestros y graves consecuencias cuando se manifiestan en alta mar».* 2. °) *Ello provoca «pérdidas de vidas humanas, tanto de carácter colectivo con ocasión del naufragio de buques, como individuales por caídas al mar y la inmersión en el agua de la persona, con su posterior desaparición física».* 3. °) *«La desaparición de una persona en el mar, origina principalmente un gran drama humano para sus familiares, y suscita paralelamente diversos problemas de orden personal, asistencial, administrativo y económico, que requieren de un marco legislativo eficaz, operativo y ajustado a la realidad, que ayude a paliar el gran problema humano provocado por la desaparición en el mar de un familiar».* 4. °) *«Acaecido un hecho de esta naturaleza, la legislación de la Seguridad Social ha establecido mecanismos protectores (...)», pero, para el resto de cuestiones de carácter jurídico, privado y patrimonial los plazos vigentes «de dos o tres años» se muestran demasiado extensos para poder abordar y solucionar todas las cuestiones hereditarias a través de la figura jurídica de la declaración de fallecimiento.* 5. °) *Para intentar paliar con sensibilidad e inmediatez los graves daños que en las familias origina la desaparición en caso de siniestros y naufragios es necesario que se acorten los plazos establecidos para efectuar la declaración de fallecimiento”.*

IV.-Validez del matrimonio entre María y Marcial y acciones que puede llevar a cabo Manolo para poner fin al Matrimonio.

A la hora de analizar la validez del matrimonio entre María y Marcial, tomaremos como referencia los siguientes aspectos:

En primer término, los requisitos para contraer matrimonio, aparecen regulados en el Capítulo II de nuestro CC, este capítulo, nos dice en su art 44 que: “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”. El art.45CC, nos dice en su párrafo primero que; “*no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*”. Esto supone que no sólo debe existir consentimiento, sino que éste consentimiento debe ser matrimonial; es decir, que debe realizarse conforma al modelo de matrimonio ofrecido por el ordenamiento.¹⁰

Según ALBALADEJO, el matrimonio “es una acuerdo solemne de voluntades, la de los contrayentes, encaminadas a establecer la unión matrimonial. Los contrayentes, prestando su consentimiento, crean por su voluntad la unión entre ellos. Pero eso es a lo que se reduce la autonomía de la voluntad, a casarse o no. Mas, por lo demás la regulación del matrimonio la da la ley de forma imperativa; siendo así, pues, que los contrayentes, en principio, no pueden establecer

⁹Véase Exposición de Motivos, de la Ley 4/2000, de 7 de Enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros.

¹⁰ A modo de ejemplo; Resolución DGRN núm. 54/2014 de 21 de Abril, F.6 : “*no es inscribible el matrimonio consuetudinario celebrado en Guinea por un ciudadano de origen guineano que había adquirido la nacionalidad española porque, aunque sea válido para el ordenamiento extranjero y en materia de capacidad matrimonial rija el estatuto personal de los contrayentes, uno de los cuales era español, es claro que la ley extranjera, aplicable como regla según nuestras normas de conflicto, ha de quedar excluida por virtud de la excepción de orden público internacional..*”

ningunas reglas que rijan su matrimonio, sino que se limitan a acatar la regulación del mismo predispuesto por la ley”.¹¹

A la hora de ver el Artículo 46 del CC, en cuya redacción, se nos dice que: “No pueden contraer matrimonio”: en primer lugar, “Los menores de edad no emancipados” y en segundo lugar, “los que estén ligados con vínculo matrimonial”.

En cuanto al párrafo segundo del artículo 46 del CC, este; recoge el llamado impedimento de vínculo, en base al cual, “no pueden contraer matrimonio aquellos individuos que han celebrado un previo matrimonio válido y subsistente aunque no haya sido inscrito en el Registro Civil, ya que la inscripción no es constitutiva¹²¹³ y los efectos civiles los produce un matrimonio desde su celebración (art.61.1CC), entre ellos el de crear el vínculo. El segundo matrimonio sería, en tal caso, nulo, sin que quepa para esta causa de nulidad matrimonial ni posibilidad de convalidación ni de dispensa”.¹⁴

Seguidamente, el art.47 del CC, nos dice que: Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: “1º Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción; 2º “Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado”; y en tercer lugar “3º los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos”.

Con respecto a esto último, y con base en SALVADOR CODERECH; aunque no pueda decretarse la nulidad del matrimonio hasta que sea firme la sentencia penal condenatoria, el conocimiento de que ya se ha dictado sentencia no firme parece motivo suficiente para que en el expediente matrimonial previo no se autorice la celebración¹⁵

En caso de que el matrimonio entre María y Marcial fuese nulo, tenemos que destacar que en el régimen establecido por nuestro Código Civil para la nulidad del matrimonio se aplica a “cualquiera que sea la forma de su celebración” (art.73CC), ya sea civil o religiosa, y permite que las partes dilucidan las cuestiones relativas a la nulidad del matrimonio canónico ante los Tribunales Eclesiásticos, y su resolución podrá tener eficacia en el orden civil (art.80 CC)¹⁶.

Tenemos que destacar al mismo tiempo que; el impedimento de ligamen no es dispensable en ningún caso y que la acción es imprescriptible. Una cuestión importante que plantea PÉREZ MARTÍN¹⁷, al hilo de esta cuestión, al expresar que, a estos efectos, “es indiferente que, con posterioridad a contraerse el segundo matrimonio, ya que la acción de nulidad atiende a las circunstancias que concurrían en el momento de la celebración y no a las que con posterioridad pudiesen acaecer. Igualmente, no subsana la nulidad la circunstancia de que ambos cónyuges hubiesen obrado en todo momento de buena fe, ya que se trata de un impedimento dirimente”.¹⁸

¹¹ ALBALADEJO M., en *Curso de Derecho Civil IV, derecho de familia* (11ª ed.), Edisofer, Madrid, 2008, P.30.

¹² Sólo es para el pleno reconocimiento de los efectos civiles para lo que es necesaria la inscripción en el Registro Civil (Vid.art.61.2º CC y STS 2170/2005 de 15 de diciembre).

¹³ Resolución DGRN, 1/2009 de 21 de Enero, nos habla de la improcedencia debido a que uno de los contrayentes había contraído un matrimonio anterior que todavía persistía; “matrimonio de un español y una marroquí, él con residencia legal en España que, al parecer se encuentran vinculados por un matrimonio anterior entre sí celebrado en Marruecos por el rito coránico, que no consta disuelto: concurre el impedimento de ligamen.

¹⁴ MARTÍNEZ DÍAZ, A., *Comentarios al Código Civil, Tomo I* (arts.1-151), BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, P.666.

¹⁵ SALVADOR CODERECH, P., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984, p.177.

¹⁶ MORENO QUESADA, J. /GONZÁLEZ PORRAS, J.M. /OSSORIO SERRANO, J.M. /RICO RUIZ-MORÓN, J. /GONZÁLEZ GARCÍA, R. /HERRERA CAMPOS, A. / ORTÍ VALLEJO, L. / SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.88

¹⁷ PÉREZ MARTÍN, A.J., *La nulidad matrimonial civil y eclesiástica. Aspectos penales del Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

¹⁸ ROMERO COLOMA, A.M., *La nulidad matrimonial: análisis jurídico*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002, P.126.

Seguidamente, a la hora de hablar de la disolución matrimonial, esta, aparece recogida en el art.85 del CC, el mencionado artículo dice: “*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*”. La disolución matrimonial, “constituye la crisis definitiva ocasionada por la ineficacia-sobrevenida- de un matrimonio que fue, en su momento, válidamente constituido.”¹⁹”

Una vez declarado el fallecimiento, la muerte del cónyuge, al disolver el vínculo matrimonial, determina en el otro el estado civil de viudo que, entre otras muchas consecuencias jurídicas, por lo que al estado civil se refiere produce la de hacer desaparecer la prohibición de contraer un nuevo matrimonio, tal como se establece en el art.46.2º CC.

“La declaración de fallecimiento, ha de estimarse equiparada, en nuestro derecho actual, a la muerte como causa de disolución del matrimonio; y ello en el doble sentido, por un lado, de que su efecto se deriva directa y automáticamente del hecho de la declaración judicial, firme, de la misma, y por otro, que a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior²⁰, basta por sí sola para la disolución de su matrimonio.

Hay que tener en cuenta, además, **la resolución judicial dejando sin efecto la declaración de fallecimiento – por reaparición del declarado fallecido- no constituye causa de nulidad del matrimonio posterior del cónyuge al que, por virtud del art.85CC, se había considerado viudo.**

Y ello porque con la declaración de fallecimiento “**no se presume la disolución del matrimonio, sino que se disuelve efectivamente**”²¹”. Además según BERCOVITZ, en relación con el ya mencionado art.85 del CC, si el “ausente” era casado y su cónyuge contrajo nuevas nupcias debe tenerse presente que su reaparición no afecta a la validez del segundo matrimonio²².

Se ha puesto de relieve que , como la disolución del matrimonio por declaración de fallecimiento afecta a ambos cónyuges, en el caso de que el así declarado viviere, podrá contraer válidamente nuevo matrimonio allí donde habitara, ya que ha desaparecido, también para él, el impedimento de ligamen del art 46.2ºCc; y, además, hacerlo con la persona que tenga por conveniente, si reúne los requisitos necesarios, incluido el cónyuge presente; en cuyo caso, como en cualquier otro, el contraído será un matrimonio nuevo”²³.

En este punto, vamos a realizar un pequeño inciso, en el que hablaremos en todo momento de manera hipotética, tenemos que resaltar que en ningún momento en el supuesto que se nos presenta, somos sabedores de la edad que tiene Marcial en el momento de contraer matrimonio. Teniendo en cuenta que Marcial fuese un menor no emancipado y en virtud del art.46.1º del CC, que nos dice que estos no pueden contraer matrimonio, sería un punto importante a tener en cuenta ya que parecería en un primer momento, que María y Marcial no podrían contraer matrimonio.

¹⁹ MORENO QUESADA,J. /GONZÁLEZ PORRAS ,J.M. /OSSORIO SERRANO, J.M. /RICO RUIZ-MORÓN,J. /GONZÁLEZ GARCÍA,R. /HERRERA CAMPOS, A. / ORTÍ VALLEJO , L. / SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia,2009, p.101

²⁰ El párrafo tercero del art. 195 CC (LA LEY 1/1889), según la redacción dada a partir de la Ley de 8 de septiembre de 1939, establecía que la declaración de fallecimiento no bastaría por sí sola para que el cónyuge presente pudiera contraer ulterior matrimonio ; esta regla fue derogada por la *Ley 30/1981, de 7 de julio (LA LEY 1557/1981), 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*

²¹ MORENO QUESADA,J. /GONZÁLEZ PORRAS ,J.M. /OSSORIO SERRANO, J.M. /RICO RUIZ-MORÓN,J. /GONZÁLEZ GARCÍA,R. /HERRERA CAMPOS, A. / ORTÍ VALLEJO , L. / SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia,2009, p.101

²² BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters., Navarra. 2009, P.343.

²³ MORENO QUESADA,J. /GONZÁLEZ PORRAS ,J.M. /OSSORIO SERRANO, J.M. /RICO RUIZ-MORÓN,J. /GONZÁLEZ GARCÍA,R. /HERRERA CAMPOS, A. / ORTÍ VALLEJO , L. / SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia,2009, p.102

Pero al mismo tiempo; cabría recordar que “el matrimonio de los menores de edad no emancipado puede ser dispensado judicialmente antes de su celebración e incluso, después, son convalidables con una ulterior dispensa, por lo que habría que concluir que estaríamos ante un matrimonio anulable²⁴, insistiendo que esta suposición solo tendría lugar en caso de que Marcial fuese un menor de edad, dato que no conocemos, pero entendemos que es mayor de edad al contraer matrimonio con María de forma válida.

V.-Conclusiones.

En resumidas cuentas, tras la declaración de fallecimiento, el segundo matrimonio es perfectamente válido, pues la muerte de uno de los cónyuges supone efectivamente la disolución del matrimonio, como acabamos de ver. **Es decir, el matrimonio que contrajo en su momento María con Marcial es válido de pleno derecho, ya que Manolo había sido declarado fallecido previamente, lo que supone como antes comentamos la efectiva disolución del primer matrimonio entre Manolo y María; por lo que esta última, al desaparecer el impedimento de ligamen, no tendría ningún impedimento para contraer segundas nupcias con Marcial.**

Al mismo tiempo, a la hora de hablar de la reaparición de Manolo, esta, no quiere decir que se anula el matrimonio posterior, pues el primero ya estaba disuelto con la declaración de fallecimiento, como ya hemos visto. Cuestión distinta, serán las medidas encaminadas a recuperar parte de su patrimonio enajenado parcialmente, cuestión que analizaremos más adelante.

También cabe mencionar, que **Manolo no tendría que llevar a cabo ninguna acción específica para poner fin al Matrimonio con María** ya que este ya había quedado disuelto desde el momento, en que este fue declarado fallecido. Tenemos que resaltar que finalmente, a modo de apunte, que no somos concedores de las circunstancias que tuvieron lugar durante la desaparición de Manolo, para que este no reapareciera hasta 6 años después de su muerte presunta.

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

2.1 Antecedentes de hecho.

I. Marcial, el nuevo marido de María, es investigado por un delito de tráfico de drogas.

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

III. A través y con motivo de dichas escuchas, María es acusada de asesinato.

2.2 Fundamentos Jurídicos.

I.-Regulación de las escuchas en el marco de la CE.

El llamado secreto de las comunicaciones, aparece recogido en nuestro texto constitucional en la Sección 1.ª Llamada “*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”; más concretamente en el art.18.3º de la CE. El citado art.18 de la CE, en su párrafo tercero nos dice lo siguiente: “*Se garantizará el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”.

Para saber cuál es el contenido esencial del secreto de las comunicaciones, tenemos que hacer referencia a la STC 114/84 de 29 de Noviembre, la cual nos dice lo siguiente en su FJ 7º: “quien

²⁴ ROMERO COLOMA, A.M., *La nulidad matrimonial: análisis jurídico*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002, p.112.

graba una conversación de otros atenta...al derecho reconocido en el art 18.3 de la CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este sólo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado.²⁵”

En cuanto al control judicial del secreto de las comunicaciones, tenemos que hacer mención también a la STC 167/02 de 18 de Setiembre, dicha sentencia en su FJ 2º, nos dice lo siguiente:

“La resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave²⁶ por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaiga los indicios referidos, el tiempo de declaración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al juez para controlar su ejecución.... Así pues, también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo más que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo^{27 28}”.

Seguidamente, en su F J 5º, la ya mencionada sentencia, nos dice lo siguiente:

“El control judicial de la medida de intervención telefónica se integra en el contenido esencial del derecho ex art. 18.3 CE, en cuanto es preciso para su corrección y proporcionalidad²⁹...Ese control judicial puede resultar ausente o deficiente en caso de falta de fijación temporal de los períodos en que debe darse cuenta al juez de los resultados de la restricción, así como en caso de su incumplimiento por la policía...”

Al mismo tiempo, La CE reconoce una serie de derechos, además de los que versan sobre el derecho a la intimidad art.18.1 y el derecho a la inviolabilidad de domicilio, art18.2 de la CE, a los cuales, según PÉREZ LUÑO, “ nuestro texto constitucional los consideran proyecciones de la dignidad de la persona humana (consagrada en el art10.1) y de la integridad moral de la persona (art.15), como son: el derecho al honor y a la propia imagen (art.18.1), el derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3) o el derecho a la nacionalidad (art 11)³⁰”.

II.- Regulación de la intervención de las comunicaciones en la LECrim; Art.579³¹.

²⁵ STC. 114/84 de 29 de Noviembre, FJ 7º

²⁶ Especialidad del hecho delictivo que se investigue, pues no cabe decretar una investigación telefónica para descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos (STS 18 de junio de 1992 y STS de 20 mayo de 1994); Véase STS de 18 de abril de 1994.

²⁷ Véase STC 167/02 de 18 de Setiembre, F J 2º y 5º.

²⁸ Desde un punto de vista jurídico sustantivo la adopción de una intervención telefónica exige que el objeto de la instrucción lo constituya un delito grave, el cual ha determinarse en la solicitud de intervención (STS 12 de enero de 1995 y STC 85/1994, de 14 de marzo).

²⁹ Véase STS de 20 de Mayo de 1994; “que solo habrá de adoptarse en los casos de delitos graves en los que las circunstancias que concurren y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la medida, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad de la finalidad legítima perseguida”.

³⁰ PEREZ LUÑO, A.E., *Temas Claves de la Constitución Española; Los Derechos Fundamentales* (9ª ed.), Tecnos, Madrid, 2007,p.175.

³¹ Artículo 579 redactado por L.O. 4/1988, 25 mayo («B.O.E.» 26 mayo), de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A partir de: 6 diciembre 2015 Rúbrica del Título VIII del Libro II modificada conforme establece el apartado

Dicho artículo, nos dice lo siguiente:

1) *Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa;* 2) *Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa;* 3) *De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos;* 4) *En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.*

III.-Validez de las escuchas telefónicas.

En primer término, vamos a comenzar reflejando el significado que poseen las intervenciones telefónicas para el Tribunal Supremo; según éste, «las intervenciones telefónicas –vulgarmente denominadas ‘escuchas telefónicas’– implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su caso, de determinados elementos probatorios³²»

Recientemente, la Fiscalía General del Estado en su novedosa Circular 1/2013³³, define la intervención telefónica como una «diligencia de investigación, acordada por la autoridad judicial en la fase de instrucción, ejecutada bajo el control y supervisión del órgano jurisdiccional competente y acordada con el objeto de captar el contenido de las comunicaciones del sospechoso o de otros aspectos del «iter» comunicador, con el fin inmediato de investigar un delito, sus circunstancias y autores y con el fin último de aportar al juicio oral materiales probatorios [...]».

La medida de intervención telefónica necesariamente debe acordarse por una autoridad judicial, tal y como establece el propio art. 18.3 CE. Este precepto debe relacionarse con el art. 117.3 del mismo texto constitucional, relativo al poder judicial, según el cual en cualquier procedimiento el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por ley^{34 35}. Esta medida debe adoptarse en el seno de un proceso penal, por lo que sólo podrá

siete del artículo único de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica («B.O.E.» 6 octubre).

³² Véase STS 579/1998 de 22 Abril.

³³ Véase Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado, de fecha 11 de Enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

³⁴ Montero Aroca, J., *La intervención de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 91-92; «Lo verdaderamente trascendente de esa exclusividad se descubre cuando la resolución judicial, a la que se refiere el art. 18.3, se pone en relación con el art. 117.3, los dos de la CE, pues del juego combinado de estos dos artículos se desprende que

decretarse en el orden jurisdiccional penal. Respecto a la competencia, la objetiva corresponde a los Juzgados de Instrucción o los Juzgados Centrales de Instrucción, y la funcional, al concreto Juzgado que esté conociendo la causa.

En este sentido se ha pronunciado el TC en varias de sus resoluciones ; su sentencia 49/1999, de 5 de abril³⁶, indica sobre esta materia lo siguiente: en primer lugar, que debido a la configuración de nuestro ordenamiento, el Juez que ha de otorgar la autorización para la práctica de la intervención de las comunicaciones telefónicas, en el ámbito de la investigación criminal, es el Juez de Instrucción al que diversos preceptos de la LECrim configuran como titular de la investigación; y, en segundo lugar, que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con su concurrencia formal sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. Así pues, entendemos que las intervenciones telefónicas deben practicarse dentro del proceso penal, por orden del Juzgado de Instrucción que conozca la causa.

A la hora de hablar de la competencia territorial; deben correlacionarse los artículos 14 y 579 LECrim para determinar que será competente el Juez Instructor del partido judicial del lugar donde se haya cometido el delito perseguido, ya que en nuestro ordenamiento jurídico la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición expresa de la CE, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez Instructor como Juez de garantías de los derechos fundamentales³⁷.

Así, la decisión sobre la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones está en manos exclusivamente del poder judicial, en concreto del juez de instrucción, a quien corresponde la ponderación de los intereses en juego.

La necesidad de la resolución judicial para adoptar una medida de intervención telefónica no sólo se desprende de la exclusividad jurisdiccional analizada en el punto anterior, sino que resulta del tenor literal del art. 18.3 CE³⁸, que reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones «salvo resolución judicial». De manera que nuestro texto constitucional sólo permite limitar el derecho al secreto de las comunicaciones al poder judicial.

Antes de centrarnos en este requisito, debemos señalar que nuestra LECrim prevé una «particularidad» a tal obligación en el apartado 4º de su art. 579³⁹, según el cual ; *en los casos de urgencia, siempre y cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y si se precisa de intervención telefónica, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en defecto de éste, el Director de la Seguridad del Estado; eso sí, comunicándoselo de forma inmediata y mediante escrito motivado al juez competente. Ante tal solicitud, dicho juez deberá revocar o confirmar la resolución*

la limitación por resolución judicial no opera como autorización, sino que sólo puede actuar en un proceso penal abierto y del que ya está conociendo el juez competente»

³⁵ Como afirma el Tribunal Supremo no puedan autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación de un proceso judicial, Véanse STS 25 de junio de 1993 y 25 de marzo de 1994.

³⁶ Véase STC 49/1999 de 5 de Abril.

³⁷ STC 5/2010 de 7 abril, ponente Doña María Emilia Casas Baamonde, FJ 2º; 197/2009

³⁸ Véase STC 85/1994 donde se consagro de facto la doctrina del “árbol del fruto emponzoñado” (...) una vez establecido que la intervención del teléfono...vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 CE, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria”.

³⁹ Artículo 579 redactado por L.O. 4/1988, 25 mayo («B.O.E.» 26 mayo), de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A partir de: 6 diciembre 2015 Rúbrica del Título VIII del Libro II modificada conforme establece el apartado siete del artículo único de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica («B.O.E.» 6 octubre).

motivadamente en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la intervención de las comunicaciones.

La regla general, sin embargo, es que siempre que se precise de una intervención telefónica, sea absolutamente necesaria una resolución judicial. Por ello, el TC ha declarado que la intervención de las comunicaciones sin la pertinente resolución judicial, vulnera directamente el derecho al secreto de las comunicaciones. Así, establece que “el derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede ser limitado mediante una resolución judicial suficientemente motivada”⁴⁰. Y argumenta que la existencia de este mandamiento judicial constituye una exigencia constitucionalmente inexcusable que afecta al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, de tal modo que su ausencia o la falta de motivación determinan, irremediablemente, la lesión del derecho fundamental.

Conforme a esta doctrina constitucional, llegamos a la conclusión de la necesidad de contar siempre con una resolución judicial motivada para realizar válidamente una intervención telefónica.

La necesaria resolución judicial que adopte la medida de intervención telefónica debe estar suficientemente motivada en virtud de lo establecido en los apartados 2 y 3 del art. 579⁴¹ LECrim. Por esta razón, y aunque la ley no lo regule expresamente, se llega a la conclusión que la forma de dicha resolución debe ser la de un auto judicial⁴².

El TC en su sentencia 85/1994, de 14 de marzo⁴³ estableció que “No puede considerarse ajustada a la Constitución la argumentación transcrita. Se omite en ella toda referencia a la carencia de motivación de la providencia que otorgó la autorización limitativa o excluyente, diríamos mejor, del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 CE”. Así pues, desde sus primeras resoluciones el TC ha declarado que “cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos”. El TC llega a la conclusión que la intervención telefónica practicada sin la debida motivación judicial debe considerarse como una injerencia ilegítima del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

Por su parte, el TS reconoce igualmente en su jurisprudencia que la resolución judicial de autorización de una medida como es la intervención de las comunicaciones telefónicas debe adoptar la forma de auto, como expresa claramente en su reciente sentencia 88/2013, de 17 de enero.⁴⁴

La medida además recaerá sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales (STS de 25 junio de 1993); sin que pueda extenderse a otros abonados que de manera indirecta o indeterminada pudieran estar remotamente relacionados con los hechos que son objeto de intervención.⁴⁵⁴⁶

⁴⁰ STC 86/1995, de 6 de junio, ponente Don Vicente Gimeno Sendra

⁴¹ Artículo 579 redactado por L.O. 4/1988, 25 mayo («B.O.E.» 26 mayo), de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .A partir de: 6 diciembre 2015 Rúbrica del Título VIII del Libro II modificada conforme establece el apartado siete del artículo único de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica («B.O.E.» 6 octubre).

⁴² RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *La intervención de las comunicaciones*, Bosch, Barcelona, 2002 , págs. 81 y Ss.

⁴³ Véase STC 85/1994 de 14 de Marzo.

⁴⁴ Véase STS 88/2013, de 17 de Enero.

⁴⁵ Véanse STC 81 /1998 donde estableció la llamada “conexión de antijuridicidad”y que reitera la STC 167/2002 de 18 de septiembre; F.J.4º de la primera, valoración de las pruebas obtenidas a través del conocimiento derivado de otra realizada vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, (...)para concluir que la prohibición de

“La resolución judicial por la que se acuerde debe cumplir entre otros requisitos, la determinación del destinatario de la medida (STC 49/1996)⁴⁷, quien ha de ser el titular del derecho al secreto de las comunicaciones (normalmente el imputado, aunque no necesariamente) y quien no tiene que coincidir necesariamente con el dueño del teléfono intervenido, en cuyo caso la policía habrá de abstenerse de escuchar y grabar las conversaciones ajenas al destinatario de la medida. Pero además se hace necesario reflejar en el auto tanto el número de teléfono objeto de la intervención como el delito o delitos cuyo esclarecimiento constituyen la causa y finalidad de la intervención, sin que le sea dado a la policía la investigación de nuevos delitos, que puedan aparecer ocasionalmente en conexión, sin solicitar inmediatamente una ampliación de la resolución judicial de intervención.”⁴⁸ En nuestro caso en concreto, no tenemos conocimiento, sobre si se llevó a cabo la solicitud para ampliar la resolución judicial de intervención; y así establecer esta medida al mismo tiempo, contra la persona concreta de María.

IV.-Delito que comete María contra la persona de Manolo.

El bien jurídico protegido por todos los tipos del Título I, Libro II, del Código penal, igual que sucedía con los de los capítulos I y II del Título VIII del Código anterior, es *la vida humana independiente*⁴⁹.

Según la opinión dominante y el Tribunal Constitucional, el bien jurídico de la vida humana, en general, y su concreción en la forma de la vida humana independiente, en particular, tiene rango constitucional⁵⁰, y está garantizada, además, por los textos internacionales relativos a los derechos humanos⁵¹.

El art. 15 de la CE, establece que: “*todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra*”. De ahí resulta que lo que del art. 15 de la CE, puede deducirse es que a todos se les reconoce un derecho subjetivo (en este caso fundamental) a la vida.

En primer lugar, María sería autora de un asesinato en grado de tentativa, ya que el resultado de muerte no se produce, es decir Manolo reaparece vivo años después. La tentativa aparece recogida en el art.16 de nuestro CP, que nos dice lo siguiente:

valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad) En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones;(…), pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental STC 11/1981, fundamento jurídico 8

⁴⁶ STC de 24 de octubre de 2005 si el Tribunal fundara su convicción sobre otras pruebas, distintas a la de la intervención telefónica, a causa de la ilicitud, habrá de plasmar en la Sentencia “el juicio de desconexión” de dichas pruebas con respecto a la escucha telefónica inconstitucional.

⁴⁷ Véase STC 49/1996

⁴⁸ Sancha Díez J.P, *Intervención de las comunicaciones y escuchas telefónicas I*. Noticias jurídicas.com.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial* (20º ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 págs. 31 y Ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1991, págs. 17 y Ss. ; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Parte Especial* (14ª ed.) , Madrid, Dykinsosn,2009, p. 14; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2003, págs., 6 y 27.

⁵⁰ STC 53/1985, de 11 de abril

⁵¹ ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed.Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1994,págs. 49 y Ss.; y el mismo, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2003, págs. 8 y Ss.

1º.” *Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”*.

Nuestro Código Penal, también nos dice en su art.62 que: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”. En este caso estaríamos hablando en todo momento de tentativa de un delito de asesinato.

Se trataría de un delito de asesinato, porque María, golpea a su marido en la cabeza y lo tira por la borda, lo que revela la intención de acabar con su vida; al mismo tiempo, sería asesinato porque se apreciaría la circunstancia de alevosía específicamente contemplada en el art. 139.1 del CP; que nos dice lo siguiente: 1º “Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes”: 1ª “Con alevosía”; 2.ª Por precio, recompensa o promesa, 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido⁵²”.

Por alevosía, se entiende cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas, empleando en la ejecución medios; modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. Es decir, que María golpea en la cabeza a Manolo para que este no pueda ofrecer una defensa sólida a posteriori; y una vez indefenso, posiblemente desmayado, como consecuencia del estado débil de este último por el golpe, lo tira por la borda con el objetivo de producir su muerte. El ya mencionado golpe en la cabeza, causa a Manolo tal conmoción, que le imposibilita ejercer en contra de su mujer, cualquier tipo de defensa para evitar que sea tirado por la borda.

V.-Alevosía.

A la hora de profundizar un poco más en el concepto de alevosía, de acuerdo con la definición de alevosía del Código, el fundamento de la misma es, como señala *Cerezo Mir*, «la idea del aseguramiento de la ejecución evitando los riesgos de la posible defensa de la víctima»⁵³. Del concepto legal de alevosía, se deduce que es absolutamente imprescindible, para que pueda apreciarse, que la finalidad de asegurar la ejecución y la de evitar los riesgos que puedan proceder de una posible defensa de la víctima vayan unidas⁵⁴.

En el delito de asesinato, la alevosía debe ir vinculada necesariamente a la acción de matar y, por tanto, solamente cabrá apreciarla si la realiza el autor. No obstante, según la opinión dominante, no será preciso que él mismo realice de propia mano los elementos objetivos de la circunstancia. Bastará con que utilice medios, modos o formas de ejecución que le vengan ya previamente dados, constituidos y organizados, con los fines de asegurar la ejecución e impedir una reacción defensiva de la víctima⁵⁵. Por ello, no es necesario que el sujeto mismo haya elegido o buscado tales medios,

⁵² Artículo 139 redactado por el número setenta y siete del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo), en su redacción actual dice “Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes”.

⁵³ CERREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español: Parte General II Teoría Jurídica del Delito* (6ªed.), Tecnos, Madrid, 2004, p. 377

⁵⁴ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, Akal, Torrejón de Ardoz, 1986, p. 387

⁵⁵ SSTs de 25 de noviembre de 2003; 22 y 26 de enero de 2004; 24 y 26 de febrero de 2004; 21 de abril de 2004; 24 de mayo de 2004 y 3 de febrero de 2005.

sino que bastará con que se aproveche de los mismos si ya le vienen dados⁵⁶. Será posible, por lo tanto, que sea otro quien proporcione los medios alevosos y el autor los utilice.

La puesta en práctica de los medios, modos o formas que el autor haya elegido o utilice para asegurar la ejecución y evitar los riesgos procedentes de una posible reacción defensiva de la víctima, implicarán generalmente traición, como sucederá por ejemplo con un ataque por la espalda, por sorpresa o inesperado⁵⁷, a modo de ejemplo utilizaremos la STS 105/2007 de 14 de febrero, que en su FJ .2º nos dice que (...), *”En el caso, el ataque del acusado se produce por la espalda de la víctima, sin previo aviso, y sin que hubiera ocurrido nada que pudiera hacerle esperar o suponer la posibilidad de tal clase de acción. Es claramente un ataque a traición, sorpresivo, que elimina cualquier posibilidad de reacción defensiva. Si la mujer pudo finalmente defenderse no se debió a las características del ataque, sino a que los primeros golpes propinados desde su espalda, no llegaron a impedirle reaccionar. Todo ello obliga a afirmar la concurrencia de la alevosía, lo que determina la desestimación del motivo”*.

Para la apreciación de la alevosía, tanto la jurisprudencia⁵⁸ como la doctrina dominante⁵⁹; entienden que no será necesario que el autor haya conseguido realizar objetivamente los fines de la circunstancia, es decir, el aseguramiento de la ejecución o haber evitado el riesgo de la reacción defensiva de la víctima. Según la opinión dominante estamos ante una circunstancia de tendencia. Es lo mismo que sucede con respecto a los elementos subjetivos en los delitos de tendencia.

La opinión dominante exige para aplicar la alevosía la concurrencia de un elemento subjetivo; la finalidad de asegurar la ejecución y de evitar los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima. El Tribunal Supremo exige, también generalmente ese elemento subjetivo⁶⁰, pero no es consecuente con su criterio cuando se trata de la muerte de personas que se encuentran en una situación de inferioridad, como niños, ancianos, inválidos, etc., pues en estos casos considera que siempre concurre alevosía. Este criterio es rechazable y contrario a la definición legal de alevosía pues, como dice *Cerezo Mir*, «si el sujeto no ha elegido o utilizado los medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla e impedir los riesgos para su persona dimanantes de la posible defensa de la víctima cabrá aplicar la agravante de abuso de superioridad, pero no la de alevosía»⁶¹.

Una excepción a esto último, representa la STS de 9 de marzo de 1989, de la que fue ponente BARBERO SANTOS; en la que niega la existencia de alevosía en la muerte de un niño por no

⁵⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho Penal Español: Parte Especial* (6ªed.), S.A Atelier Libros, Barcelona, 2010, p. 16.

⁵⁷ Véase STS 105/2007 de 14 de febrero, FJ 2º; De lo antes expuesto se desprende que la esencia de la alevosía se encuentra en el desarrollo de una conducta agresora que, objetivamente, puede ser valorada como orientada al aseguramiento de la ejecución en cuanto tiende a la eliminación de la defensa, y correlativamente a la supresión de eventuales riesgos para el actor procedentes del agredido, lo que debe ser apreciado en los medios, modos o formas empleados, Una de las modalidades de ataque alevoso es el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino (STS núm. 382/2001, de 13 de marzo). En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión, es decir, la acción a traición, lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. Subjetivamente, el autor debe conocer los efectos que los medios, modos o formas en la ejecución, elegidos directamente o aprovechados, van a producir en la supresión de las posibilidades de defensa del agredido.

⁵⁸ SSTs de 14 de febrero de 1989 y 21 de abril de 2004.

⁵⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Compendio de Derecho Penal Parte Especial*, CERA, Madrid, 2003, p. 63.

⁶⁰ SSTs de 18 de junio de 1998, 13 de noviembre de 1998; 1 de marzo de 1999, 21 de abril de 2004, 2 de noviembre de 2004 y 27 de enero de 2005.

⁶¹ CERESO MIR J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General* II Teoría Jurídica del Delito (6ªed.), Tecnos, Madrid, 2004, págs. 373 y 374

concurrir “el elemento tendencial” de la misma. En cambio, como señala MUÑOZ CONDE, sí es posible que concurra la alevosía en el caso de víctimas durmientes, sobre todo en los casos en que el autor haya suministrado a la víctima algún narcótico o haya esperado a que se durmiera para realizar el ataque con el fin de asegurar la ejecución y evitar la posible defensa de la misma. Generalmente el autor utilizará los medios alevosos ya desde el principio, pero es indudable que la alevosía puede aparecer en cualquier momento de la ejecución del hecho⁶².

Como supuestos de aplicación de la agravante de alevosía en el asesinato; la STS de 22 de enero de 2004 señala que “las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa que esta Sala viene distinguiendo, como mecanismos para conseguir la muerte de un tercero sin riesgo, se resumen en las siguientes: a) *alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera*; b) *alevosía súbita o inopinada, llamada también «sorpresa», en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina*; c) *alevosía de desvalimiento, en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosa, entre otros*”.

La jurisprudencia, al mismo tiempo, rechaza la aplicación de la alevosía en situaciones de riña o de pelea, pues considera que todos los que participan en una riña o en una pelea pueden esperar un ataque de los demás contendientes⁶³. Este criterio, no se mantiene de un modo rígido, pues según cuáles sean las circunstancias de la riña o pelea, los contendientes pueden no esperar un ataque contra su vida. La jurisprudencia, no obstante, flexibiliza el criterio en algún caso⁶⁴.

Un sector de la doctrina, considera que ni la situación de indefensión de la víctima aumenta el desvalor de la lesión del bien jurídico, ni la forma de ataque a la misma puede aumentar el desvalor de la acción, por lo que el fundamento de la alevosía radica en la mayor gravedad del reproche de culpabilidad, por suponer esos medios de ataque un mayor menosprecio del bien jurídico⁶⁵. También en la jurisprudencia se mantiene este criterio de que la alevosía supone una mayor gravedad de la culpabilidad⁶⁶. PEÑARANDA RAMOS otorga a la alevosía el carácter de circunstancia mixta, pues “aparte del mayor grado de injusto del hecho, derivado de la acentuada peligrosidad de la acción”, el autor muestra “una mayor culpabilidad, ya que dispone de unas condiciones más favorables para determinarse de acuerdo con la norma, que en el caso normal del homicidio común”⁶⁷. En el caso del asesinato, por todo ello, la alevosía es un elemento específico y constitutivo del tipo de lo injusto del asesinato.

⁶² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial* (20ª ed.), Tirant, Valencia, 2015, p. 53

⁶³ SSTS de 1 de marzo de 1999; 7 de noviembre de 2001, 9 de abril de 2003. En la STS de 21 de mayo de 1986 se excluyó la aplicación de la alevosía por haber precedido a la agresión un «crudo diálogo».

⁶⁴ SSTS de 14 de febrero de 1987, 24 de enero de 1992; 21 de junio de 1999; 26 de febrero de 2001 y 6 de febrero de 2004.

⁶⁵ Carmona Salgado, C./ Cobo del Rosal, M./ Del Rosal Blasco, B./ González Rus, J.J. / Morillas Cueva, L. / Quintanar Díez, M., *Derecho penal español Parte especial* (2ª ed.), Madrid, 2005, p. 750

⁶⁶ SSTS de 14 de abril de 1992; 11 de octubre de 1993; 18 de marzo de 1994 y 28 de octubre de 1995.

⁶⁷ PEÑARANDA RAMOS en M. Bajo Fernández (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, págs. 182, 192 y Ss.

VI.-Atenuante de Arrebato u Obcecación.

Respecto a la posible atenuante de arrebato u obcecación, la jurisprudencia exige una proporcionalidad entre la causa o estímulo y la reacción, es decir y que pese a su naturaleza subjetiva ello no autoriza sin más, a entender que cualquier reacción pasional o colérica, que en tantas ocasiones acompañada determinadas manifestaciones delictivas, se constituya como atenuante. Como regla general, el estímulo ha de ser tan importante, que permita explicar, que no justificar, la reacción concreta que se produjo. Si esta reacción es algo absolutamente discordante, por exceso notorio, no cabría aplicar la atenuación.

VII.- Conclusiones.

El art. 11.1 de la LOPJ dispone que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, en este caso el recogido en el art 18.3 de nuestra CE. Con base en la Sentencia 85/1994 del TC; vemos al mismo tiempo, la relación entre la vulneración del derecho y el valor probatorio, el cual queda eliminado tras la vulneración del primero: “una vez establecido que la intervención del teléfono... vulneró su derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 CE, hemos de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria”.

Respecto a la validez de la intervención telefónica, en relación con la persona de María, diremos que estas no son válidas, partiendo de la base de que en el caso no se nos habla en ningún momento, que un juez autorizara desde un principio que se realizasen las escuchas contra la persona de María (de forma concreta), para investigar que le había ocurrido a su marido en aquel barco. Es decir, no está autorizada en ningún caso, mediante una resolución judicial motivada que autorice de forma válida dicha intervención, contra la persona concreta de María.

Además, una vez descubierto lo que hizo María en el barco, no se nos habla en ningún momento de que se solicitó inmediatamente una ampliación de la resolución judicial de intervención, para poder utilizar dichas confesiones como una posible prueba⁶⁸; es decir para incoar nuevas diligencias, lo que conllevaría la apertura de un nuevo proceso, para esclarecer el presunto delito cometido por María contra la persona de su Manolo.

En cuanto a aceptar como prueba tales hallazgos causales; con base en la jurisprudencia, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellos, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras, que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad⁶⁹). Cuestión que no podemos afirmar en este caso concreto; ya que en primer lugar no somos concededores de si las escuchas llevadas a cabo contra la persona de Marcial eran válidas y al mismo tiempo, no apreciamos en ningún momento que exista algún nexo de conexión de forma objetiva, entre la investigaciones dirigidas en contra de Marcial y el presunto delito cometido por María.

Sólo, si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental, STC 11/1981, fundamento

⁶⁸ Véase STC 49/1996.

⁶⁹ Sancha Díez, J.P, *Intervención de las comunicaciones y escuchas telefónicas I*, Noticias Jurídicas.com.

jurídico 8”. En este caso, se estaría vulnerando la tutela del derecho fundamental de María y no serían constitucionalmente apreciables tales escuchas.

Por tanto, como afirma la STC de 24 de octubre de 2005; si el Tribunal fundara su convicción sobre otras pruebas, distintas a la de la intervención telefónica, a causa de la ilicitud, habrá de plasmar en la Sentencia “el juicio de desconexión” de dichas pruebas con respecto a la escucha telefónica inconstitucional.

En resumen, teniendo en cuenta que en todo momento; no se nos habla de que ningún Juez autorizara judicialmente tales escuchas, contra la persona concreta de María, y con el objetivo fundado de descubrir lo que le había sucedido a Manolo en aquel barco, ya que lo que se investiga es la relación de Marcial con el mundo de las drogas, al descubrir de forma casual que María intentó asesinar a su marido; este nuevo hallazgo, no guardaría conexión alguna con el primero, y supondría una vulneración del derecho constitucional protegido hacia María (18.3° CE), y por lo tanto tampoco sería válido como prueba en un juicio.

Cabe resaltar, como ya mencionamos con anterioridad, que sí se podría dictar una nueva autorización judicial para investigar dicha infracción descubierta, es decir mediante la apertura de un proceso totalmente nuevo.

En cuanto al delito cometido por María contra la persona de Manolo; entendemos que se trata de un Asesinato en grado de tentativa, ya que finalmente la muerte de Manolo, no llega a producirse. Al mismo tiempo, apreciamos que concurre alevosía ya que María se asegura golpeándolo primero, de que este no se pueda defender a la hora de evitar que lo tiren por la borda. Es decir, María se asegura de no encontrarse con ningún tipo de oposición a la hora de empujar a Manolo al agua, con el objetivo de matarlo.

Destacamos también, que no apreciamos ningún atenuante por un arrebato de ira u obcecación, ya que pese a actuar María bajo un fuerte estado pasional, lo que la llevo a cometer los hechos, al conocer la intención de su marido de poner fin al matrimonio común; no vemos proporcionalidad alguna, entre la causa del posible arrebato de María y la reacción, ya que apreciamos que en esta última existe un exceso notorio; debido a que el hecho de que Manolo quisiera poner fin al matrimonio común, no justifica en ningún momento tal reacción, desproporcionada por parte de María.

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. Antecedentes de hecho.

María contrajo segundas nupcias con Marcial el 17 de agosto de 2009.

II. Durante el matrimonio de Marcial y María, ésta recibe varias palizas de su marido, además de un continuo maltrato psicológico.

III. La primera de las agresiones se produce en enero de 2010, cuando Marcial llega a casa después de trabajar y María se encuentra hablando por teléfono con un amigo de ésta, despertando un ataque de celos de Marcial, que le propina un fuerte golpe en la cara que le produce un importante derrame en el ojo derecho.

IV. En otra ocasión, ya en el mes de marzo, María decide ir a cenar con unas amigas y, durante la cena, recibe tres llamadas telefónicas de Marcial, que le increpa para que regrese a casa, hablándole violentamente; cuando ésta finalmente vuelve a casa, Marcial le propina dos puñetazos en la barriga.

V. En el mes de abril de 2010, nace Elisa, hija de María y Marcial, y los comportamientos violentos de Marcial hacia María continúan.

VI. El 29 de septiembre de 2012, tras una violenta agresión de Marcial, María ingresa en el hospital, donde permanece hasta el 12 de diciembre del mismo año, teniendo que ser intervenida quirúrgicamente dos veces por lesiones en el hígado y bazo, así como presentando cicatrices en la cara derivadas de los golpes.

VII. Debido al profundo miedo que María tiene a que Marcial pueda hacerle más daño, decide denunciarlo, solicitando asimismo una orden de alejamiento. No obstante, en el mes de diciembre de 2012 Marcial regresa a casa, retomando la convivencia con María, y pese a que la orden de alejamiento sigue vigente

VIII. En la madrugada del 12 de octubre de 2013, Marcial, en un estado muy alterado, le propina tres golpes en el estómago a María, y además, le da un puñetazo a su hija Elisa, provocando un importante derrame en el ojo derecho. Ante esta situación, María llama a la policía y ambas son llevadas al hospital, donde María requiere de sedación debido a la profunda e incontrolable ansiedad que padece, que le produce un infarto al corazón. La policía le realiza una prueba de alcohol y drogas, dando éste positivo en cocaína, y dando en el caso del alcohol una tasa de 0,75 ml en aire espirado.

IX. Cabe mencionar en este punto que Marcial es una persona drogo dependiente y que, tras este último suceso, decide voluntariamente ingresar en una clínica con expresa voluntad de desintoxicarse, intentando reparar el daño causado.

3.2. Fundamentos Jurídicos.

I.-Lesiones.

El TS, nos da una definición de lo que podemos llegar a entender por lesión, esta sería definida como; “daño en la sustancia corporal, perturbación en las funciones del cuerpo o modificación de la forma de alguna parte del cuerpo. También cuando se producen malestares físicos, como el terror o el asco, quedando afectado el sistema nervioso central; cuando se somete a otro a fuertes ruidos o se le aterroriza con un arma” (STS 785/1998).

El tipo básico del delito de lesiones, lo podemos encontrar en el art. 147 CP, y lo que lo diferencia de la correlativa figura de la falta de lesiones del art. 617 CP⁷⁰, es la necesidad de un tratamiento médico o quirúrgico, considerando incluido en aquél la persistencia (más de una) de asistencias facultativas imprescindibles para su curación⁷¹. El precepto aclara que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considera tratamiento, al tiempo que añade que éste se ha de requerir objetivamente para la sanidad de la lesión⁷².

De la jurisprudencia del TS, podemos ver como las lesiones han sido analizadas en infinidad de ocasiones, con base en lo cual, destacamos: El tratamiento psicológico no es tratamiento médico (STS 1400/2005); si se necesita seguimiento y revisión médica final declarando el alta, se considera que la lesión ha requerido tratamiento médico (STS 195/1999); en el caso de fracturas óseas, se considera el reposo como tratamiento médico (STS 1259/1997), los puntos de sutura son tratamiento quirúrgico (SSTS 661/1997, 574/2007 entre otras muchas), Las lesiones tienen que requerir objetivamente tratamiento médico, siendo indiferente que la víctima haya preferido automedicarse (STS 261/2005).

⁷⁰ ART.617CP: 1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses. 2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días; Este artículo, en la actualidad, se encuentra derogado por la disposición derogatoria única.1 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

⁷¹ BOIX REIG, J. *Derecho Penal, Parte Especial, Vol I*, Iustel. Madrid, 2010. p. 127.

⁷² Se entiende por asistencia facultativa la atención o cuidados que los profesionales de la sanidad prestan a quien los necesita. Se incluyen, pues, todos aquellos comportamientos dirigidos a eliminar, disminuir o evitar la agravación de los menoscabos de la salud; también los cuidados paliativos para reducir el sufrimiento y las medidas preventivas dirigidas a impedir la aparición de menoscabos vinculados a la agresión. Se entiende, en cambio, por tratamiento médico una acción prolongada más allá del primer acto médico, que supone una reiteración de cuidados hasta la curación total. En todo caso, debe dispensarse por profesionales de la sanidad y ser imprescindible para la curación. (En este sentido vid. STS 1531/1998).

I.1.-Enero de 2010.

En esta ocasión, como ya hemos mencionado anteriormente (antecedente de hecho nº3), Marcial le propina un fuerte golpe en la cara a María, causándole un fuerte derrame en el ojo derecho.

En este caso Marcial sería autor de un delito recogido en el art 153.1º de nuestro CP; en cuya redacción se nos dice:

*“ 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 de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, 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 ”*⁷³.

En este supuesto en concreto, como ya hemos dicho, Marcial debido al golpe le causo a María un fuerte derramen en el ojo derecho, pero en el caso no se nos especifica, por ejemplo, si dicho derrame requirió de tratamiento médico o incluso en el peor de los supuestos, una intervención quirúrgica, por lo tanto no podemos calificar a dicho derrame como una lesión. Pero al mismo tiempo, seguiría siendo de aplicación, el art.153.1º, ya que la ofendida es su mujer; además le sería de aplicación el párrafo tercero, del citado art 153⁷⁴, ya que, la agresión tuvo lugar en el domicilio común.

Debido a esto último, debería de aplicársele a Marcial, la pena del art.153.1 CP, que es de seis meses a un año, en su mitad superior, por lo que sería de 9 meses a un año.

Por otra parte, hay que destacar que este delito tuvo que prescribir a los 3 años, es decir, en enero de 2013 en virtud del párrafo 5 del art. 131.1 CP introducido por la LO 15/2003⁷⁵ ya que la pena máxima en abstracto prevista para este delito es inferior a 3 años. Hay que precisar que estos hechos son previos a la reforma del 2010 (LO 5/2010) , por lo que no entra en juego la nueva redacción del art. 132.2 CP sobre la interrupción de la prescripción⁷⁶, que trata de acabar con la inseguridad jurídica por las doctrinas opuestas que seguían el TS y el TC hasta ese momento⁷⁷.

I.2.-Marzo de 2010.

Como ya mencionamos en el antecedente de hecho IV, en esta ocasión, María acude a cenar con unas amigas, y Marcial la llama de forma repetida y le habla de forma violenta para que regrese a

⁷³ Modificación del Código Penal publicada el 29/12/2004, en vigor a partir del 26/06/2005.

⁷⁴ Art.153.3º CP, “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 utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Modificación publicada el 29/12/2004, en vigor a partir del 26/06/2005.

⁷⁵ Art. 131 CP.1: 1. Los delitos prescriben: A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años; A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años; A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10; A los cinco, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco; A los tres años, los restantes delitos menos graves; Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.

⁷⁶ La presentación de denuncia/querrela ante un órgano judicial suspenderá el cómputo de prescripción por un plazo máximo de 6 meses (si se imputa un delito) o de dos meses (si se imputa falta), a contar desde la fecha de presentación.

⁷⁷ El Tribunal Constitucional, por su parte, mediante la STC 63/2005 determinó que no era suficiente con la presentación de una querrela o denuncia para interrumpir la prescripción, sino que era preciso que fuese admitida a trámite

casa, una vez que esta regresa de la cena, le propina dos puñetazos en la barriga, estando ésta embarazada, en un alto estado de gestación, ya que un solo mes después daría a luz a su hija.

En este suceso de Marzo de 2010; de nuevo tenemos que relacionar esta agresión con los párrafos primero y tercero del art.153 del CP, agresión ejercida contra la persona que era su cónyuge en el momento de la misma y en el domicilio conyugal. Al ser su cónyuge la persona agredida utilizamos este art.153 y no el art617 del CP.

Al mismo tiempo, como destacamos anteriormente, María se encontraba en un avanzado estado de gestación, prueba de ello es que tan solo un mes después dará a luz a su hija Elisa. Pero, al no ser conocedores de que esta última, naciera con alguna tara física, lesión o enfermedad grave, debido a los golpes propinados por Marcial, no podemos afirmar que el mismo, sea autor de uno de los delitos recogidos en los arts. 157 y 158 del CP⁷⁸, relativos a las lesiones en el feto.

Con respecto a las llamadas insistentes de Marcia, podemos considerar a estas, como coacciones, las cuales al ser ejercidas contra la persona de su cónyuge, aparecen recogidas en el art.172 del CP⁷⁹. En este caso, las coacciones, son ejercidas mediante violencia verbal, lo que el TS^{80 81}, también admite como una forma de coacción. Marcial, en este supuesto, coacciona a María amenazándola verbalmente para que regrese a casa de manera insistente, utilizando para ello, como ya hemos mencionado violencia verbal.

Ambos delitos, no obstante, prescriben en 2013, al igual que las lesiones de enero de 2010 debido al mismo precepto recogido en el art. 131.1 CP, ya que se tratan de penas inferiores a 3 años. Lo anteriormente mencionado sobre la interrupción de la prescripción es igualmente aplicable al supuesto pues la reforma de 2010 no entra en vigor hasta el 23 de diciembre de ese mismo año.

I.3.- 29 de septiembre de 2012,

⁷⁸ Artículo 157 CP: *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.* Artículo 158 CP: *El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.*

⁷⁹ Artículo 172.CP; 1) *El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.* 2). *El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, 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 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 especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Se impondrá la pena 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, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.*

⁸⁰ La posición doctrinal y jurisprudencial unánime la que admite, junto a la violencia física, tanto la intimidación como, incluso, el empleo de fuerza en las cosas (STS 843/2005, entre otras muchas)

⁸¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

Tras una violenta agresión de Marcial (antecedente de hecho VI), María ingresa en el hospital, donde permanece hasta el 12 de diciembre del mismo año, teniendo que ser intervenida quirúrgicamente dos veces por lesiones en el hígado y bazo, así como presentando cicatrices en la cara derivadas de los golpes.

Para comenzar analizando esta agresión, tenemos que hacer mención, a los arts.147⁸² y148 de nuestro CP. El primero de ellos nos dice: *“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. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.”*

Este artículo, nos remite al 148⁸³, en cuya redacción se nos dice; *Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:*

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.;2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía;3.º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz; 4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia;5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Siendo de este último artículo el que más resaltamos el párrafo nº4. En este caso, María es agredida de nuevo por parte de Marcial, siendo en el momento de los hechos cónyuge del mismo, y causándole en esta ocasión unas lesiones que requerirán de un tratamiento quirúrgico (intervenciones hígado y bazo) y al mismo tiempo le dejaran secuelas en forma de cicatrices. Debido a dicha cuestión, tenemos que hacer referencia al art.150 del CP, en base al cual: *“El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años”*. Dicho artículo; castiga con una pena de tres a seis años de prisión las acciones que tengan como producción la pérdida o inutilidad de órgano o miembro no principal o deformidad no grave, en un tipo penal que se construye por oposición a los elementos descritos en el art.149 CP⁸⁴.

En relación con el supuesto más común, la deformidad no grave⁸⁵, se observa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo un proceder más restrictivo que antaño, de manera que se descartan los supuestos que no entrañen una cierta relevancia y, de apreciarse una deformidad, la modalidad no grave ha pasado a ser la más común. En este caso, las cicatrices producidas a María, podrían ser

⁸² Modificación publicada el 26/11/2003, en vigor a partir del 01/10/2004.

⁸³ Modificación publicada el 29/12/2004, en vigor a partir del 26/06/2005.

⁸⁴ Ejemplo: sección de la falange de un dedo (inutilidad de miembro no principal: STS 521/2014, ponente Varela Castro); pérdida del bazo (órgano principal: STS 314/2012, ponente Maza Martín).

⁸⁵ Ejemplos: Cicatriz de quince centímetros en el antebrazo (STS 248/2015) o de tres por dos centímetros en la mejilla (STS 759/2013); arrancamiento de cabello provocando una alopecia irreversible de dieciocho centímetros de longitud, con una anchura variable de entre dos y siete centímetros (STS 1212/2006).

consideradas como deformidad, ya que además están presentes en una zona tan visible del cuerpo como es la cara.

La deformidad, es toda irregularidad física relevante y permanente. La jurisprudencia, concreta que constituirá deformidad una modificación de la forma natural del cuerpo visible y permanente de la que pueden derivarse efectos sociales o convivenciales negativos, sin que la excluyan las posibles mejoras posteriores a la intervención de descartarse supuestos de menor entidad, ya que los perjuicios estéticos deben ser equiparables al resto de resultados lesivos previstos en los arts.149 y 150.⁸⁶⁸⁷

En este caso consideraremos las cicatrices de María, con base en lo expuesto como una deformidad leve, pues pese a que no somos conocedores ni de la entidad de tales cicatrices, es decir, de su diámetro y características concretas; lo que si podemos presuponer es que al ser varias, ya que se nos habla en plural y de que están situadas en una zona visible como es la cara podrían suponer perjuicio para María por ejemplo en el aspecto psicológico. Al mismo tiempo, también estaríamos hablando de que concurre la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP⁸⁸ como agravante⁸⁹ de la responsabilidad penal de Marcial.

I.4.- 12 de octubre de 2013.

Como ya mencionamos en el antecedente de hecho número VIII, Marcial, en un estado muy alterado, le propina tres golpes en el estómago a María, y además, le da un puñetazo a su hija Elisa, provocando un importante derrame en el ojo derecho. Ante esta situación, María llama a la policía y ambas son llevadas al hospital, donde María requiere de sedación debido a la profunda e incontrolable ansiedad que padece, que le produce un infarto al corazón. La policía le realiza una prueba de alcohol y drogas, dando éste positivo en cocaína, y dando en el caso del alcohol una tasa de 0,75 ml en aire espirado.

De nuevo tenemos que hacer referencia al art.153, al agredir de nuevo Marcial a su cónyuge. Al mismo tiempo, también agrede a Elisa la que podríamos considerar persona especialmente vulnerables, ya que cuenta con tres años de edad en el momento de la agresión, por lo que es menor de, además esta no tiene posibilidad alguna de defenderse debido a su corta edad (concorre también la circunstancia del apartado 3, del art.153 CP). La pena de seis meses a un año se impondrá en su mitad superior (de nueve meses a un año).

A la hora de hablarnos sobre la agresión a Elisa, solamente se nos dice que esta es llevada al hospital, no se nos hace mención alguna sobre si esta necesitó algún tipo de tratamiento específico; ya que se requiere más de una asistencia facultativa y, como aclara el art. 147.1 CP la simple

⁸⁶ Véase STS 426/2004, Ponente Conde Pumpido Tourón.

⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, J-M. (Dir.), RAGUÉS Y VALLÉS.R (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial* (4ª ed.), Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2015, Págs. 85 y Ss.

⁸⁸ Art. 23 CP: *Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.*

⁸⁹ No existe un catálogo de aquellos delitos en los que esta circunstancia agrava o atenúa. No obstante, la jurisprudencia señala que puede atenuar en delitos contra la propiedad y agravar en delitos contra las personas o la libertad sexual (Vid. STS de 15 de marzo de 2003)

vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico por lo que no podemos afirmar que del caso se infiera una necesidad objetiva del mismo.

Tenemos que resaltar llegado a este momento, que debido a la agresión que le propina Marcial; María una vez llevada al hospital requiere de sedación, ya que se encuentra en un episodio de ansiedad, pero pese a todo esto acabará sufriendo un infarto. Sobre este caso en concreto, no se nos dice que le sucede después del infarto a María, es decir, si se recupera sin problema después de un tiempo determinado, si sufre secuelas, o si incluso llega a fallecer. Debido a lo cual, existiría por lo tanto una inimputabilidad objetiva del nexo causal directo,⁹⁰ en el sentido de que no somos conocedores de cuál es el resultado final en el que queda María; pero al mismo tiempo si esta hubiera fallecido, podríamos considerar a Marcial como autor de un homicidio imprudente en virtud de la mencionada sentencia (Sentencia del Juzgado de Instrucción N°20 de Barcelona, Sentencia n° 24/2016).

Además, también tenemos que poner en relación estas nuevas agresiones de Marcial, con el párrafo tercero del mencionado art.153. Ya que en primer lugar, agrede a María nuevamente, presuponemos que es en el domicilio conyugal, ya que es el lugar principal donde Marcial cometía las agresiones en contra de la persona de su mujer. Al mismo tiempo, tenemos que destacar que en el momento de la agresión Elisa solo cuenta con tres años de edad, siendo esta por lo tanto claramente menor de edad, la cual presencia las agresiones que comete Marcial en contra de su madre.

II.-Quebrantamiento de Condena.

En este punto tenemos que resaltar que María solicita una orden de alejamiento debido al miedo que le produce Marcial debido a las constantes agresiones que este le propina. En el año 2012 pese a que la orden se encuentra vigente, Marcial reanuda la convivencia con María, permitiendo ella en todo momento que Marcial regrese al domicilio conyugal. En este punto, tenemos que comenzar haciendo referencia a la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. Dicha orden, es un auto del Juez de Violencia sobre la mujer, dictado de oficio o a solicitud de alguna de las víctimas de un delito o delito leve contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del CP y previa audiencia de la víctima, su agresor y el Ministerio Fiscal, por el que se imponen al imputado el cumplimiento de determinadas obligaciones personales, tales como su salida del domicilio, la prohibición de acercarse, tanto a él, como a la víctima, con respecto a la cual se determinará su alejamiento, pudiendo adoptar asimismo medidas civiles, tales como la suspensión de la patria potestad, del régimen de visitas e incluso administrativas, como la de tenencia, porte y uso de armas.

La orden de protección, introducidas por la Ley 27/2003 en el art 544ter LECrim y por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no constituye medida cautelar alguna, sino una resolución provisional, tendente a la protección de la mujer y a sus descendientes frente a la violencia machista y dirigida contra el cónyuge o persona de unión de

⁹⁰ Sentencia del Juzgado de Instrucción N°20 de Barcelona, Sentencia n° 24/2016. En dicha sentencia son considerados como autores de un homicidio imprudente seis Mossos d'Esquadra, los cuales mediante el empleo de técnicas de reducción policial para detener a un sujeto con comportamiento agresivo, le produjeron una serie de lesiones que sumadas al estrés de la situación dieron lugar a una parada cardiorrespiratoria por parte del detenido, debido a la cual falleció en el hospital.

hecho, presunta autora de alguno de los delitos antes mencionados, por la que se establecen al imputado determinadas obligaciones de no hacer dirigidas a garantizar la indemnidad de la víctima hasta tanto se celebre el juicio oral.

La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor, para lo que se ha de dar cuenta de la orden de protección de la Administración Penitenciaria. Dicha orden puede la ofendida solicitarla a la policía, a cualquier oficina de protección de la víctima dependiente de las Administraciones Públicas. Al Ministerio Fiscal y naturalmente a la autoridad judicial. La solicitud será trasladada inmediatamente al Juzgado especializado de Violencia sobre la mujer, quien, previa audiencia de las partes interesadas, más arriba relacionadas, dictará, en su caso, la pertinente orden de protección, que será notificada a las partes y comunicada por el Letrado de la Administración de justicia inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones competentes para la adopción de medidas de protección (sanitaria, seguridad, asistencia social y jurídica), debiéndose publicar en el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, creada por la Ley 27/2003(art.544ter.10), así como en el Registro de la Sección especializada de la Fiscalía contra la violencia sobre la mujer (art.71 LO 1/2004)⁹¹.

Seguidamente, en relación con lo que acabamos de mencionar, tenemos que hacer también referencia, a la Prohibición de residir o de acudir a determinados lugares. El art.544 bis LECrim, introducido por la Ley 14/1999, de 9 de Junio, ha convertido en resolución provisional a adoptar por el Juez de instrucción lo que para el art. 48CP constituye una pena privativa de derechos. Y, así, el juez de Instrucción puede, en el curso de la fase de investigación de uno de los delitos mencionados en el art.57 CP (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico), imponer al imputado, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesaria al fin de protección de la víctima, algunas de las siguientes medidas limitativas de su libertad deambulatoria :

A)prohibición de residencia en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma; b)Prohibición de acudir a dichos sitios; c) prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas, fundamentalmente con la víctima.

La aplicación de las medidas de índole personal previstas en el art. 544 bis LECrim tiene como presupuesto inexcusable la existencia de indicios racionales de la comisión de unos de los delitos enumerados en el art.57CP y ha de ser concebida, tanto en el momento de su adopción, como en su mantenimiento ulterior como una medida de aplicación excepcional, provisional y proporcionada a la consecución del fin de protección mencionado. En consecuencia, su adopción sólo resulta legítima si se supedita a un criterio de estricta necesidad vinculado al fin que justifica su adopción, a cuyo efecto, además de valorar los intereses tutelados, dicho precepto impone que se tengan presentes la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, su situación familiar y actividad laboral, atendiendo a la posible continuidad de esta última durante la vigencia de la medida y tras su finalización (art.544 bis III LECrim).

⁹¹ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2009, P.495y496.

En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, éste convocará la comparecencia previa prevista en el art.505 para la adopción de la prisión provisional, de la orden de protección prevista en el art.544 ter o de otra medida que implique una mayor limitación de su libertad personal (art.544 bis IV redactado por LO 15/2003, de 25 de Noviembre)⁹².

A la hora de hablar sobre la punibilidad el mismo, tenemos que hacer referencia al art.468.2 CP, el cual establece que la pena agravada de seis meses a un año de prisión se impondrá necesariamente en los siguientes casos; “2) *Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada*”. En este caso concreto, Marcial al saltarse la prohibición de aproximarse a la víctima, es decir, su cónyuge, concurriría esta pena agravada del 468.2 CP.

Al interpretar este precepto, la jurisprudencia se planteó inicialmente si el consentimiento de la víctima del delito de violencia doméstica en el quebrantamiento de la pena o medida cautelar de protección acordada en su interés; (por ejemplo, en los casos en que la víctima decide reanudar la convivencia con la persona sobre la que pesa una pena o medida cautelar de alejamiento) afecta o no a la relevancia típica o a la punibilidad de tal quebrantamiento. Tras un período de vacilación en la jurisprudencia, la cuestión se quedó definitivamente resuelta por el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 25 de Noviembre de 2008, que estableció expresamente que, en los casos de medidas cautelares de alejamiento, el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad del art.468CP⁹³”. Por lo tanto, en este supuesto, el hecho de que María “permitiese” que Marcial regresara a la convivencia, no supondría justificación alguna para no culpar a Marcial de violentar la orden de quebrantamiento.

Para entender cometido el delito, en su modalidad de quebrantamiento de medida cautelar; se requiere que la medida cautelar en cuestión haya sido adoptada por un órgano de la jurisdicción penal y se encuentre en vigor en el momento de los hechos⁹⁴. Tal y como entendemos, que ocurre en este caso.

Por tanto, con respecto a esta cuestión, Marcial al quebrantar la orden de alejamiento se enfrentaría a una pena de prisión de seis meses a un año debido a que quebranto la prohibición de acercarse a la víctima que determinó en su momento el Juez, recogida en el artículo 48.2º del CP⁹⁵; que al mismo tiempo ponemos en relación con el art.468.2 del CP, al tratarse María de una de las personas recogidas en el art 173.2 del CP, en este caso su cónyuge.

III.- Violencia Habitual en el ámbito familiar.

La violencia habitual en el ámbito familiar aparece recogida en nuestro CP, en el art.173⁹⁶ en sus párrafos segundo y tercero, en cuya redacción, se nos dice que: 2.) *El que habitualmente ejerza*

⁹² GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2009, P.494 y 495.

⁹³ Doctrina plasmada, entre otras, en la STS 539/2014, ponente Berdugo y Gómez de la Torre.

⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J-M. (Dir.), RAGUÉS Y VALLÉS, R. (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Atelier Libros Jurídicos, (4ª ed.), Barcelona, 2015, Págs. 409 y Ss.

⁹⁵ Modificación publicada el 26/11/2003, en vigor a partir del 01/10/2004.

⁹⁶ Modificación publicada el 30/09/2003, en vigor a partir del 01/10/2003.

violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, 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.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3). Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

Dicho artículo, castiga la violencia habitual, en el ámbito doméstico (o en el ámbitos de convivencia semejados) entre los delitos contra la integridad moral. El bien jurídico protegido, es la integridad moral que aglutina a todos los delitos del Título VII. A diferencia de lo que ocurre en los otros tipos del Título VII, en el de Violencia habitual no se exige ni el trato degradante ni se hace referencia a que la conducta cause un menoscabo a la integridad moral (arts.173.1, 174,175 y 176 CP), menoscabo que tratándose del tipo del art.173 CP ha de ser grave.

La jurisprudencia señala que “el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, al tiempo que se protege también la paz familiar, como bien jurídico colectivo”⁹⁷ En cuanto a los sujetos, tanto el sujeto activo como el pasivo, están vinculados por alguna de las relaciones que se indican en el precepto. Se trata del círculo amplio de la violencia doméstica y de entornos asemejados que se refiere a las siguientes categorías de víctimas: 1ª) Cónyuges o personas ligadas por análoga relación de afectividad, que lo sean o hayan sido, aun sin convivencia. Al no exigirse convivencia caben las relaciones de noviazgo u otras similares.; 2ª) Descendientes ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge conviviente. De la literalidad del inciso referido a este grupo de personas podría derivarse que no se requiere la convivencia y así se sostuvo en la Circular FGE 4/2003. Sin embargo hay argumentos de política criminal, avalados por los precedentes de la norma, para

⁹⁷ Véase STS 607/2008.

entender que en este caso debe de exigirse la convivencia.; ⁹⁸⁹⁹ 3ª) Menores o incapaces que convivan con el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.; 4ª) Persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia del agresor (otros parientes, servicio doméstico)¹⁰⁰.; 5ª) Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (residencias de ancianos, colegios de educación especial, guarderías etc).

Las víctimas especialmente vulnerables del art 173.2 CP, se localizan en centros de cuidados idóneos para sus circunstancias y el atentado contra su integridad moral procederá de los sujetos que prestan sus servicios en tales centros; mientras que las víctimas especialmente vulnerables a las que se refiere la LO 1/2004 conviven en el mismo ámbito familiar o doméstico con el autor de las agresiones. Sujeto activo y pasivo pueden ser, indistintamente y en cualquier combinación, mujer y hombre.

La conducta consiste en el ejercicio habitual de violencia física o psíquica. Son actos de violencia física los golpes, desgarros, empujones¹⁰¹, las patadas y quemaduras con cigarrillo¹⁰²; en general acometimientos mediante fuerza física, con independencia de los resultados que se puedan producir y que entran en concurso de delitos. La violencia psíquica suele referirse a insultos, vejaciones, humillaciones, castigos desmesurados, gritos; en general se trata de comportamientos que puedan afectar negativamente a la autoestima y al desarrollo de la personalidad de la víctima y de su vida en el ámbito relacional de que se trata. Esto último podríamos asociarlo perfectamente, con nuestro caso, Marcial mediante un constante de golpes y malas palabras o insultos; perjudica de manera evidente entre otros aspectos psicológicos, la autoestima de María.

La amplitud del concepto de violencia psíquica, según HUERTA TOCILDO, debe limitarse, proponiéndose una definición restrictiva que refiera el maltrato psíquico a la violencia no corporal de cierta intensidad que cause sensación de envilecimiento, humillación o pérdida de autoestima afectando a los procesos de deliberación y decisión.¹⁰³ La mayoría de la doctrina considera que estamos ante un delito de mera conducta al no exigirse la producción de un resultado material que, caso de producirse, se resuelve mediante regla concursal. Cosa distinta es que todos o algunos de los actos de violencia que sirvan para generar la habitualidad puedan ser infracciones de resultado. Se niega la posibilidad de la omisión dado el valor del verbo rector ejercer¹⁰⁴

⁹⁸ Véase STS 201/2007, que en este punto califica la redacción del precepto de “atormentada”.

⁹⁹ La STS 517/2009, se refiere al comportamiento violento continuado de los padres respecto de sus tres hijos como método en las relaciones familiares.

¹⁰⁰ La STS 962/2008, indica que son sujetos idóneos la víctima de los malos tratos, un hombre ciego que ofrece al agresor alojamiento a cambio de que le ayude a salir y a realizar las tareas domésticas, por entender que la expresión “núcleo de convivencia familiar” no es equivalente a “familia -nuclear”. Lo que debe exigirse es la convivencia doméstica y la relación de prestación de servicios responde en este caso a un reparto de roles similar al que se puede establecer en relaciones familiares.

¹⁰¹ Véase STS 1162/2004.

¹⁰² Véase STS 320/2005.

¹⁰³ La Jurisprudencia considera que hay violencia psíquica en las situaciones de dominación y terror, STS 249/2003.

¹⁰⁴ STS 320/2005, y en el mismo sentido, STS 834/2000, sostiene que “la posibilidad de cometer el delito de violencia doméstica por omisión es palmaria”

Se ha calificado el delito como habitual impropio por autores como ÁLONSO ÁLAMO; entendiéndose por tal aquél en el que la acción particular es constitutiva de delito y de la repetición – habitualidad- conduce a una pena más grave, mientras que el delito habitual propio consiste en la repetición de conductas que aisladamente son atípicas. En realidad, en este caso partimos de conductas que aisladamente son típicas y a lo que se llega no es a una pena más grave, sino a un delito distinto y autónomo, el del 173.2 del CP. Si se aceptan las definiciones dadas de delito habitual propio e impropio, el delito de violencia habitual no es de los propios, porque las conductas aisladas son típicas, pero no es exactamente impropio porque nos lleva a algo más que a una pena más grave. La habitualidad actúa en este tipo como elemento esencial no meramente agravatorio.¹⁰⁵

En lo referente a la habitualidad, para apreciar la misma, hay que atender a los criterios establecidos en el art.173.3: 1º) Número de actos acreditados, enjuiciados o no anteriormente, ejercitados sobre una misma víctima o sobre víctimas distintas, 2º) de proximidad temporal de los actos de violencia. Se aprecia la habitualidad con tres o más actos violentos¹⁰⁶, o con dos actos¹⁰⁷, aunque se ha rechazado con dos episodios más una referencia general a la actitud violenta del autor (STS 968/2003); mientras que la STS 752/2004, se conforma con una determinada manera de comportarse del agresor creadora de una atmósfera irrespirable. Algunas sentencias subrayan la importancia de la proximidad temporal de los actos y su mayor o menor gravedad, o la permanencia en el trato violento que hace que la víctima viva en estado de agresión permanente.¹⁰⁸ Lo que parece claro es que se requerirán al menos dos actos violentos, no aislados, ni muy lejanos en el tiempo, capaces de generar una atmósfera de violencia permanente.¹⁰⁹

Se ha criticado que el legislador, no haya establecido un periodo máximo de tiempo dentro del que deban producirse los actos de violencia; lo que provoca inseguridad, aunque no faltan partidarios de esta indeterminación por entender que con ello se facilita la apreciación del delito. El espacio de tiempo en el que se desenvuelvan los hechos no podrá ser ni muy corto (cuatro agresiones en media hora), ni muy largo (dos episodios violentos en 6 años). Se ha propuesto como criterio interpretativo, pero flexible, periodos de un año, si se trata de delitos y de seis meses, en caso de faltas.

Los actos que sirven para apreciar la habitualidad han de ser penalmente relevantes, al menos como falta, no bastando los comportamientos incorrectos pero atípicos (infidelidad, despreocupación por la familia, grosería). Además han de ser actos de violencia física o psíquica por lo que, como ya se ha señalado, quedan fuera del art.173.2 otras conductas no violentas que pueden dar lugar al abandono de familia y de menores.

¹⁰⁵ La violencia habitual suele caracterizarse como un delito permanente en el que se prolongan los efectos de la antijuricidad más allá de los actos concretos de violencia, con importantes consecuencias a efectos de la ley aplicable y prescripción (STS 619/2008) y de posibilitar la legítima defensa, no ante la inminencia de un episodio concreto, sino ante la agresión incesante. En realidad, no es un delito permanente-aunque existan similitudes con esta categoría – sino un delito de hábito que requiere para consumarse la existencia de más del acto. La consumación se produce al aparecer el acto que permite afirmar la habitualidad.

¹⁰⁶ Véase STS 1750/2003.

¹⁰⁷ Véase STS 1208/2000.

¹⁰⁸ Véase STS 20/2001; en relación con la permanencia del trato violento para que exista la habitualidad véanse SSTs 580/2006 y 607/2008; Circular FGE 4/2003.

¹⁰⁹ La STS 172/2009 exige reiteración de actos-con independencia de su número- y persistencia o estado de agresión permanente; la STS 506/2009 se refiere a la reiteración de actos violentos que generen un clima de violencia persistente.

A la hora de hablar de nuestro supuesto en concreto, podemos ver como Marcial comete contra la persona de María diversas agresiones a lo largo del tiempo y en una ocasión al menos que nosotros sepamos contra Elisa, su hija. Con respecto a su mujer, estas agresiones se pueden contabilizar en más de dos y no se encuentran tan distanciadas en el espacio temporal (entendiendo además que es un criterio flexible) además debemos hacer mención al ambiente que tales agresiones producen el hogar familiar, es decir, la situación de estrés continua generada por la tensión ante la posibilidad de sufrir una nueva agresión ya sea por parte de María o incluso por parte de su hija¹¹⁰, teniendo además en cuenta que Elisa, al ser una menor, la situación de estrés le puede afectar en mayor medida. Debido a todo lo expuesto, cabría apreciar el delito de Violencia Habitual en el ámbito familiar.

IV.- Eximente debido a la drogadicción de Marcial.

A la hora de hablar sobre la drogadicción de Marcial, se nos dice que dicho sujeto, era una persona drogodependiente, y que en la agresión a María del año 2013, la policía le realiza una prueba de alcohol y drogas, dando éste positivo en cocaína, y dando en el caso del alcohol una tasa de 0,75 ml en aire espirado.

Primeramente, tenemos que destacar que, la responsabilidad penal del drogodependiente que realiza hechos delictivos comenzó a ser estudiada por la doctrina y la jurisprudencia a partir de los años setenta cuando el consumo de drogas empezó a dispararse, convirtiéndose en un grave problema para la sociedad por el gran incremento de la delincuencia que propició¹¹¹

Tenemos que hablar de la eximente del artículo 21.1 del Código Penal, la cual nos dice lo siguiente: Serán circunstancias atenuantes; *“Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”*. La redacción del mencionado artículo, tenemos que ponerlo en relación con el art.20.2 del CP: *“El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*

Respecto a la drogadicción, procedemos a hacer un análisis jurisprudencial; vamos a remitirnos a las respuestas que ha dado el Tribunal Supremo en cuanto a la invocación de la drogadicción como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal; entre otras, las Sentencias de 16 de septiembre de 1.982, 28 de junio y 5 de diciembre de 1985, 21 de marzo y 10 de diciembre de 1.986 y 9 de junio de 1.995, abarcando la horquilla de su apreciación desde la eximente completa del artículo 20.2º del Código Penal, a través de la intoxicación total por drogas o el síndrome pleno de abstinencia, a la simple atenuante por analogía del actual artículo 21.7ª, pasando por la eximente incompleta del artículo 21.1ª, en relación con el artículo 20.2º del citado cuerpo legal. 21.7ª, para los supuestos de inexistencia de grave adicción.

¹¹⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J (Dir.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A y VENTURA PÜSCHE, A. (Coord.), *Derecho Penal Español Parte Especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 383 y Ss.

¹¹¹ ESTRELLA RUIZ, M., *Imputabilidad y drogodependencia, La imputabilidad en General en el Derecho Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial núm.XVII, Madrid, 1993, p.370.

La aplicación de la atenuante por eximente incompleta (*artículo 21.1ª, en relación al artículo 20.2º del Código Penal*), se ha venido apreciando en aquéllos supuestos en que se ha comprobado la persistencia de las funciones psíquicas del autor, pese a que actuara con limitaciones para el dominio de la voluntad, en aquéllos casos en los que la drogodependencia se asocia a otras situaciones o enfermedades que influyen en la salud mental del agente, en los supuestos de concurrencia de un síndrome de abstinencia intenso, con compulsión difícilmente resistible, y, por último, cuando la antigüedad y continuidad de la adicción han llegado a producir un deterioro de la personalidad que disminuye de forma notoria la capacidad de control de los impulsos del sujeto activo del delito.

La atenuante 2ª del artículo 21 del Código Penal se reserva para aquéllos casos en los que la perturbación mental del acusado es leve, aplicándose a los toxicómanos con fuerte dependencia a la droga, pero que no actúan bajo la influencia del síndrome de abstinencia, o cuando este únicamente tiene un carácter leve (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1.998), reservándose la actual atenuante analógica del artículo.

En este caso, podemos determinar que Marcial era un consumidor habitual, que actuaba bajo los efectos de la droga, pero que no estaba influenciado por completo por la droga, ni lo privaba plenamente de sus facultades intelectuales, ya que como reconoce la STS de 27 de Enero de 1993 “ la eximente completa exige la anulación completa de la voluntad y de la inteligencia, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia del alucinógeno que anula de manera absoluta su mente (...)”, No cabe duda de que también en la eximente incompleta, o en la atenuante analógica, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente por el hábito generado con su consumo lleve a ansiedad, o a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva.¹¹²

Respecto al consumo habitual, que tenía Marcial, el TS dio por hecho la modificación de las facultades mentales de personas drogodependientes, cuando los mismos padecían una dependencia prolongada, aplicando la eximente incompleta¹¹³ o por la simple condición de drogadicto, la atenuante analógica. Así lo reconoció el mismo al decir que “en este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha dicho en varias ocasiones que la condición de drogadicto a las sustancias opiáceas por tiempo continuado puede ser valorada como una eximente incompleta o como una atenuante analógico, habiéndose aplicado la primera para el caso de consumo por vía parenteral y la segunda para otras formas de consumo”¹¹⁴.

No podemos pasar por alto el hecho, de que Marcial de forma voluntaria, decide acudir a una clínica de desintoxicación, para solventar sus problemas con las drogas, con respecto a dicha cuestión, podríamos tener dudas con respecto a la aplicación de la atenuante de reparación del daño causado, pero con base en la STS de 25 de abril de 2003, vemos la imposibilidad de concurrencia de atenuante.¹¹⁵

¹¹² FONSECA MORALES, G.M., *La Anomalía o Alteración Psíquica Como Eximente o Atenuante de la Responsabilidad Criminal*, Dykinson S.L, Madrid, 2009, págs. 134 y Ss.

¹¹³ Véanse SSTS 27 de Septiembre y 8 de Noviembre de 1990; 13 de febrero y 2 de Noviembre de 1991; 7 de Noviembre y 1 de Diciembre de 1992 y 26 de Febrero de 1994.

¹¹⁴ FONSECA MORALES, G.M., *La Anomalía o Alteración Psíquica Como Eximente o Atenuante de la Responsabilidad Criminal*, Dykinson S.L, Madrid, 2009, p141.

¹¹⁵ STS 25 de Abril de 2003, “ en consecuencia, la sumisión a tratamiento rehabilitador en el caso enjuiciado, ya se encuentra especialmente prevenida por la Ley, con un efecto específico que consiste en la suspensión de la condena para poder continuar el tratamiento, por lo que no procede aplicar analógicamente otra norma prevista para supuestos diferentes, aunque se consideren semejantes” ;no procede la aplicación de la atenuante analógica con base en lo

V.- Regla Concursal.

El art.173.2 incorpora una regla concursal que obliga a castigar separadamente las faltas o delitos en que puedan concretarse actos de violencia. Es decir, se rechaza el concurso de normas, optándose por el de delitos, si bien hay autores que consideran que será un concurso real, mientras que otros apuntan al concurso ideal, la misma división se observa en la jurisprudencia, así STS 20/2001, a favor del concurso ideal y SSTS 321/2004 y 975/2004, a favor del concurso real.

La STS 92/2009, aprecia un concurso real entre un delito de violencia habitual en el art.173.2 y los delitos del art.153.1 y 2 que, a su vez, se han utilizado para apreciar la habitualidad, junto con un hecho anterior ya enjuiciado.

La independencia de la pena que corresponda a los actos en los que se concrete dicha violencia física o psíquica habitual, se refiere a que las lesiones amenazas injurias, etc., que se produzcan serán castigadas de forma independiente al delito de violencia habitual como así lo prevén los artículos 173.2 y 177 CP. La doctrina y jurisprudencia mayormente consideran que cuando a mayores del daño a la integridad moral se produce “lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero” estamos ante un concurso real de delitos como a si se establece en la STS 824/2003 de 5 de junio.¹¹⁶

Con respecto a los agravantes, como ya hemos visto anteriormente, con respecto al art. 173.2, para aplicar al maltrato habitual una de las circunstancias específicas bastará con que se de en uno de los actos individuales que sirven para apreciar la habitualidad, ya que el precepto se refiere a “ alguno o algunos de los actos de violencia”, Las circunstancias agravantes genéricas, por ejemplo la alevosía, que sean aplicables a los singulares actos de violencia generadores de la habitualidad no se trasladan al delito de violencia habitual.¹¹⁷ La STS 19 de Diciembre de 2007, no observa obstáculo alguno para apreciar el delito de violencia habitual y las lesiones del 153.

En ocasiones la cronología procesal de enjuiciamiento puede dar por resuelto el asunto: si por haber sido enjuiciado separadamente el acto concreto ya se condenó por delito del art.153 apreciando la agravación, es claro que la circunstancia agravante no podrá ser tenida nuevamente en consideración en el ulterior procedimiento por maltrato habitual para agravar el tipo del art. 173.

“Pero fuera de ese caso, si se enjuician conjuntamente la conducta concreta y la habitual, de la que aquella no es sino una específica expresión, se abren dos posibles opciones a la hora de formular la calificación: reputar cometido un delito del art. 153 en modalidad agravada en concurso real con un delito del art. 173, o bien, a la inversa, estimar cometido un delito del art. 153 simple más un delito del art. 173 en su modalidad agravada. Existen argumentos que apoyan esta última opción: la específica mención «alguno o algunos» recogida en el art. 173 permite aplicar la agravación en este precepto.

Asimismo ésa es la solución interpretativa que ofrece el principio de alternatividad del art. 8.4 CP. En consecuencia, no cabe aplicar el subtipo agravado más que en una de las infracciones, siendo preferible en la del art. 173.2 por aplicación de las reglas 1ª y 4ª del art. 8 CP”^{118 119}

expuesto, ni la de reparación del daño causado, ya que tomamos como referencia el beneficio para el enjuiciado que ya se nos dice en la STS, en cuanto una persona es sometida al tratamiento de desintoxicación.

¹¹⁶ M. CORCOY BIDASOLO y S. MIR PUIG (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch Valencia 2011, págs. 417-418.

¹¹⁷ Véase STS 20/2001.

¹¹⁸ Véase Circular de la FGE 4/2003.

VI.- Conclusiones.

En resumen, existe un concurso real (ya que Marcial, ha realizado varios comportamientos que han dado lugar a varios delitos; se lesionan bienes jurídicos distintos, en momentos diferentes); del delito de violencia habitual en el ámbito familiar que concurrirá a su vez con las agresiones que no han prescrito, es decir, las de 2012 y 2013; al mismo tiempo, tenemos que destacar que la circunstancia agravante (agresiones en domicilio común y en presencia de un menor y contra su cónyuge), con base en lo expuesto solo se aplicaría al delito de violencia habitual recogido en el art.173.2 CP y no a cada una de las agresiones singulares.

Al mismo tiempo, habría que tener en cuenta que también concurriría en dicho concurso real, un delito de quebrantamiento de condena por la violación de la orden de alejamiento. Tenemos que destacar también, que existiría, una eximente incompleta debido a la drogadicción que padece al momento de agredir a María, la eximente solo se aplicaría a la agresión del año 2013, pues pese a que se nos habla de que Marcial es una persona drogodependiente, solo se nos dice que en esta agresión en concreto, estaba bajo los efectos de dichas sustancias).

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. Antecedentes de hecho.

I. Manolo y María, de 40 y 37 años respectivamente, contraen matrimonio el 26 de marzo de 1996. El 30 de junio de 2007, realizan un viaje en barco, en el cual se produce un accidente del cual sólo consigue regresar María

II. Debido a la desaparición de Manolo, y a la consecuente declaración de fallecimiento tiempo después, María contra segundas nupcias con Marcial el 17 de agosto de 2009.

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

IV. María, ha vendido asimismo un piso que Manolo poseía de manera privativa en la costa de Coruña, valorada en 250.000€, pero que sólo se ha vendido por 175.000€, a una amiga suya de la infancia llamada Miriam. Además, ambos eran titulares de una cuenta de 65.000€ en Abanca, que en el momento de la reaparición cuenta tan sólo con 15.000€.

4.2. Fundamentos de Derecho.

I.- Apertura de la sucesión del declarado fallecido.

Respecto a los efectos, la declaración de fallecimiento comporta la apertura de la sucesión, en base al art. 196 CC. Esto implica que, firme aquella, se procederá a la adjudicación de los bienes del causante declarado fallecido por los cauces legales oportunos. Para fijar el momento de la apertura, hay que estar a la regla del párrafo segundo del art.195 del CC, a cuyo tenor, *“toda declaración de*

¹¹⁹ Artículo 8º CP *“Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general. (...); 4ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.*

fallecimiento expresará la fecha a partir de cual se entienda sucedida la muerte, salvo prueba en contrario”. Además la apertura de la sucesión puede dar lugar a la adopción de una serie de medidas dirigidas al aseguramiento de los bienes de la herencia y de los documentos del difunto, a través de la intervención judicial de la herencia y de la administración del caudal hereditario.¹²⁰

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, señala que tanto la muerte como la declaración de fallecimiento producen la apertura de la sucesión, si bien la declaración de fallecimiento no tiene los mismos efectos que la inscripción de muerte, «porque siempre queda la duda de si la persona declarada fallecida habrá muerto realmente; de ahí que el art. 196, párrafos, 2.º, 3.º y 4.º CC establezca una serie de límites, cautelas y obligaciones para los sucesores (todas ellas dirigidas a que si el declarado fallecido se presenta antes de haber transcurrido cinco años desde la declaración de fallecimiento, pueda recibir los mismos bienes que integraban su patrimonio)¹²¹.

En puridad, este razonamiento confluye con el mantenido por SERRANO Y SERRANO, para quien los herederos del declarado fallecido son verdaderos herederos, con los mismos derechos y obligaciones, salvo la «suspensión de cinco años en el poder de disposición a título gratuito». De este modo, el heredero adquiere el pleno dominio de los bienes y derechos de la herencia, porque no se trata de un heredero sometido a condición resolutoria, que recibe por tanto un dominio revocable y cuyos actos de disposición quedarían supeditados a tal condición, sino de un verdadero heredero cuyos actos de disposición, siempre que se hagan conforme a la ley, no pueden ser atacados por la reaparición del declarado fallecido¹²². En virtud del art.657 del CC, los “*derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*”.

En el caso de Manolo, como no se puede demostrar la muerte, y mucho menos el momento en que se ha producido, se fija una fecha a partir de la cual se entiende sucedida aquélla, y, como es lógico, aparejada a esta fecha irá la de apertura de la sucesión.

El ya mencionado artículo 196 del CC nos dice lo siguiente: “*Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo, procediéndose a su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaría o abintestato, según los casos, o extrajudicialmente. (...) Los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración del fallecimiento. Hasta que transcurra este mismo plazo no serán entregados los legados, si los hubiese, ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios, salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador o los legados en favor de Instituciones de beneficencia. Será obligación ineludible de los sucesores, aunque por tratarse de uno sólo no fuese necesaria partición, la de formar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles*”.

En nuestro supuesto, la vocación, es decir, el llamamiento que se hace una vez abierta la sucesión, a todas aquellas personas que, en abstracto, pueden ser sucesores del causante, en nuestro supuesto, Manolo. Al mismo tiempo, la delación sería un paso más en el proceso en el proceso adquisitivo de la herencia; esta consiste en el ofrecimiento efectivo hecho a alguno o algunos de los que tienen vocación a la herencia para que la acepten o la repudien. La delación se caracteriza por el poder que tiene el llamado de aceptar la herencia y convertirse en heredero. Dicha Delación, se haría a favor de

¹²⁰MORENO QUESADA, J. /GONZÁLEZ PORRAS, J.M. /OSSORIO SERRANO, J.M. /RICO RUIZ-MORÓN,J. /GONZÁLEZ GARCÍA,R. /HERRERA CAMPOS, A. / ORTÍ VALLEJO , L. / SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia,2009,P. 336.

¹²¹ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *El Concurso de la Herencia*, Revista de derecho Concursal y Paraconcursal , Madrid, 2004 , p. 70

¹²² SERRANO Y SERRANO, I., *La ausencia en el Derecho Español*. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1943.

la persona de María, ya que es cónyuge de Manolo, y seguiríamos las normas de la sucesión intestada que establece nuestro CC, en los arts. 913, 943 y 944 CC. Seguimos las normas de la sucesión intestada, porque en el caso no se nos habla en ningún momento, de que Manolo, realizara algún testamento antes de su presunta muerte.

Cuando se atribuye al llamado el poder de aceptar o repudiar, se dice que la herencia esta “deferida” (art.658 CC); en opinión mayoritaria de la doctrina, ese poder constituye un derecho subjetivo, denominado “ius delationis” que ingresa en el patrimonio del titular. De ahí que si el titular del “ius delationis” fallece en sin haberlo ejercitado, es decir, sin aceptar o repudiar la herencia, pase a sus herederos el mismo derecho que él tenía (art 1006 CC¹²³), como uno más de los derechos integrantes en su patrimonio.¹²⁴ Con base en la sucesión intestada, si María concurrese con ascendientes o descendientes de Manolo (estos tendrían preferencia en virtud de los arts.930¹²⁵ y Ss. del CC).Pero sin embargo, ella por el hecho de ser cónyuge del mismo, y en virtud del art.834 del CC, tendrá derecho si concurre a la herencia con hijos o descendientes, al usufructo del tercio destinado a mejora.

En resumidas cuentas, el art 657 del CC, el cual dispone que “*los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*”, y el art 661 del CC, a cuyo tenor, “*los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*”. De ellos se deduce que, si desde el momento de la muerte y por el solo hecho de la muerte se produce la sucesión en favor de los herederos, es decir, la adquisición “*ipso iure*”¹²⁶.

Como en el caso no se nos dice nada con respecto a los ascendientes y descendientes, entendemos que María es la “heredera Universal” de Manolo. Con respecto a la adquisición de la herencia, según HERNÁNDEZ GIL.A, esta, tiene lugar con la aceptación de la muerte del causante. El hecho de que el “con” y el “desde” puedan no estar situados en un mismo tiempo real se salva mediante la retroacción de efectos. Si se acepta la herencia, se adquiere ésta y la cualidad de heredero desde la muerte del causante. Si se repudia la herencia, se estima no adquirida ésta ni la cualidad de heredero en ningún momento.¹²⁷

II.-Capacidad para Suceder.

A la hora de hablar de la capacidad para suceder; tenemos que destacar que el CC, establece que pueden suceder los que no estén incapacitados por la ley (art.744)¹²⁸.Es una regla general favorable a la capacidad para suceder. El momento al que hay que atender para calificar la capacidad del sucesor es el de la muerte de la persona de cuya sucesión se trataré (art.758.1).¹²⁹

¹²³ Art.1006CC; “*Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía*”.

¹²⁴MORENO QUESADA,J. /GONZÁLEZ PORRAS ,J.M. /OSSORIO SERRANO, J.M. /RICO RUIZ-MORÓN,J. /GONZÁLEZ GARCÍA,R. /HERRERA CAMPOS, A. / ORTÍ VALLEJO , L. / SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia,2009,P. 336.

¹²⁵ Art.930 CC; “*La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente*”.

¹²⁶ MORENO QUESADA,J. /GONZÁLEZ PORRAS ,J.M. /OSSORIO SERRANO, J.M. /RICO RUIZ-MORÓN,J. /GONZÁLEZ GARCÍA,R. /HERRERA CAMPOS, A. / ORTÍ VALLEJO , L. / SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia,2009,p.337

¹²⁷ IBÍDEM, P.339.

¹²⁸ Art.744, Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley.

MORENO QUESADA, J. /GONZÁLEZ PORRAS, J.M. /OSSORIO SERRANO, J.M. /RICO RUIZ-MORÓN,J. /GONZÁLEZ GARCÍA,R. /HERRERA CAMPOS, A. / ORTÍ VALLEJO , L. / SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia,2009,p.355.

A la hora de hablar de nuestro caso en concreto, tenemos que hacer especial mención a la llamada Indignidad, esta supone la existencia de una persona capaz, pero, frente a un determinado causante, es privada de su posibilidad de sucederle como consecuencia de conductas que la ley considera reprobables en sus relaciones con ese causante. Según LÓPEZ Y LÓPEZ, la indignidad, se trata de una sanción o pena civil que impide al indigno retener la herencia del causante por cualquier título, testada o intestada, a título de heredero o a título de legatario, e incluso adquirir su derecho a la legítima. La indignidad, por consiguiente, no constituye una causa de incapacidad para suceder, aunque impropia así lo afirme el art 756 del CC¹³⁰.¹³¹ Ya que en el art.757 del CC, vemos que el indigno puede ser rehabilitado voluntariamente por el causante.¹³²

A la hora de hablar de la causa concreta que nos afecta en este supuesto, tenemos que hacer mención punto nº 2 del art.756 del CC; cuya redacción nos dice lo siguiente: “*el que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendiente. Si el ofensor fuera heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima.*”

Para que exista dicha causa de indignidad; es requisito imprescindible que exista una sentencia firme condenatoria, recaída en un proceso penal, por delito doloso contra la vida, y cualquiera que sea el grado de participación. El atentado contra la vida comprende cualquier delito contra la vida (asesinato, homicidio) u otro delito del que resulte muerte (rebelión, atentado, etc.) no importando, para apreciarse la indignidad, que en el delito concurren circunstancias atenuantes o el grado de participación (autor, cómplice o encubridor) o el de consumación (consumado, frustrado, intentado)¹³³. O’ CALLAHAN¹³⁴ afirma que no se incluye en esta causa la imprudencia, argumentando que el concepto de atentar presupone dolo. BERCOVITZ, sin embargo, afirma que el precepto incluye el homicidio imprudente y la inducción y cooperación al suicidio¹³⁵.

En este caso, con base en lo anteriormente expuesto. María sería supuestamente indigna, ya que fue autora de un intento de asesinato, pero en el momento de la apertura de la sucesión, no existe sentencia firme en contra de María, por lo tanto, podría en todo momento suceder a la persona de Manolo.

III.-Herencia o Caudal Hereditario de Manolo.

Con respecto al concepto y contenido del caudal hereditario, tenemos que hacer mención al art.659 de nuestro CC; el cual nos dice que:” *herencia es el conjunto o universalidad de bienes, derechos y obligaciones que pertenecieron a una persona que ha fallecido*”. La herencia, es pues, el objeto de la sucesión mortis causa; este es el sentido con el que la palabra herencia aparece recogida en el art 659 CC¹³⁶.

¹³⁰ Art.756, “*Son incapaces de suceder por causa de indignidad*”

¹³¹ MORENO QUESADA, J. /GONZÁLEZ PORRAS, J.M. /OSSORIO SERRANO, J.M. /RICO RUIZ-MORÓN, J. /GONZÁLEZ GARCÍA, R. /HERRERA CAMPOS, A. / ORTÍ VALLEJO, L. / SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.361.

¹³² Art.757 CC; “Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público”.

¹³³ La SAP Lleida de 5 de octubre 1999, aprecia la indignidad del hijo penalmente condenado por homicidio del padre, sin estimar acreditado el perdón de la víctima.

¹³⁴ O’ CALLAHAN MUÑOZ, X. *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2004, págs. 760-761.

¹³⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. *comentarios al Código Civil* (Coord.). Thomson Reuters. Navarra. 2009

¹³⁶ Principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo (*nemo plus iuris transfert quam habet, tiene* una plasmación concreta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria se refiere, en el art 659 del CC que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integran su patrimonio y que no se extingan por su muerte, Véase STS 16 de Febrero de 1998.

Para ver lo que queda excluido de la herencia; tenemos que destacar que de una parte, quedan excluidos de la misma todas aquellas relaciones jurídicas del causante que se extingan por su muerte (art.659), tanto las patrimoniales (por ejemplo, los derechos de usufructo, uso y habitación, por razón de su carácter vitalicio, y personalísimo de los dos últimos, o las relaciones contractuales consideradas *intuitus personae*) como las extrapatrimoniales (derechos ligados directamente al estado civil y de familia: la condición de cónyuge, la condición de hijo, los derechos derivados de la nacionalidad o vecindad civil, etc), ya que el art659, no hace distinciones).¹³⁷

La sucesión, se retrotrae al momento fijado como fecha del fallecimiento de una persona, por tanto, a dicho momento debe retrocederse para la determinación de los bienes que integran el caudal hereditario que una vez abierta la sucesión, corresponderán a los herederos. En el caso que nos ocupa, como no especifica un momento con exactitud, en el que Manolo perdió la vida, tomaremos como referencia el momento en que este desapareció, es decir, el 30 de Junio de 2007, y dicha fecha la entenderemos, como la fecha del presunto fallecimiento del mismo.

La declaración de fallecimiento, era una de las causas de disolución del matrimonio con base en el art.85 del CC, al mismo tiempo esta disolución matrimonial conlleva la disolución del régimen económico matrimonial (art.396 CC). En nuestro supuesto en concreto; presumimos que se trata del régimen económico de gananciales, en base al art. 1361 del CC, en cuya redacción, nos dice: “*se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges*”.

Al tratarse en este caso, del régimen económico matrimonial de gananciales, antes de determinar el caudal hereditario, habrá que proceder a la disolución de la sociedad de gananciales¹³⁸; esto se hará conforme a lo dispuesto en el art 1396 y Ss. del CC y supletoriamente, en todo lo no previsto en ellos sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y ventas de valores, división del caudal, adjudicación a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia (art.1410 CC).¹³⁹ Con base en lo expuesto, tenemos que destacar que en la disolución del régimen económico matrimonial, solo se reparten los bienes gananciales no los privativos de uno de los cónyuges.

De la lectura de los arts. 1396 y Ss., se desprende que la liquidación de la sociedad de gananciales requiere las siguientes operaciones: a) La liquidación comienza con un inventario del activo y del pasivo (art.1396CC) b) Terminado el inventario, dice el art 1399, se pagarán las deudas de la sociedad (liquidación propiamente dicha). C) Pagadas las deudas, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos (art1404 CC¹⁴⁰). En este supuesto en concreto se repartirá entre los herederos de Manolo, del cual solo tenemos conocimiento como tal de María.

La partición de la herencia, en nuestro supuesto, puede realizarse del mismo modo que la de cualquier persona cuya muerte sea cierta. Pero en dicho supuesto no es necesario, pues María es la única heredera, podría llevarse a cabo la división hereditaria por los trámites del juicio de

¹³⁷ MORENO QUESADA,J. /GONZÁLEZ PORRAS ,J.M. /OSSORIO SERRANO, J.M. /RICO RUIZ-MORÓN,J. /GONZÁLEZ GARCÍA,R. /HERRERA CAMPOS, A. / ORTÍ VALLEJO , L. / SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia,2009, págs.325 y Ss.

¹³⁸ Con carácter general, para determinar el haber hereditario, es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales Véase Resolución DGRN 19 de Noviembre 2007.

¹³⁹ SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.392.

¹⁴⁰ Por el hecho de la disolución, arts. 1344 y1404 del CC, a cada cónyuge (o herederos en su caso), se le atribuye una mitad en el conjunto patrimonial en liquidación, véase Resolución DGRN 3 de junio 1986.

testamentaria (arts. 782 y Ss. LEC), abintestato arts. 977 y Ss. o extrajudicialmente¹⁴¹ tal y como aclara el art. 196.1 CC.

Al mismo tiempo, la partición no estaría sujeta a forma alguna, aunque en la herencia existan bienes inmuebles. Sin embargo, el párrafo 4º del art. 196 CC impone a los sucesores la obligación de hacer un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles. Idéntica obligación se impone también al sucesor único. A tenor de este párrafo 4º del art. 196 CC y de lo dispuesto en el art. 198.6º CC¹⁴², esa obligación ineludible deberá cumplirse practicando inventario y/o descripción ante Notario. Pero ello sólo será así para los casos en que no se hubiera seguido procedimiento judicial alguno para la partición de la herencia, pues entonces dicho inventario se habrá practicado en sede judicial¹⁴³. Una vez cumplida esta obligación, nada excluye que se realice la partición extrajudicial en la forma en que se estime conveniente.

IV.-Acciones que puede ejercitar Manolo (Revocación declaración de fallecimiento y recobro).

En base al art.197 del 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 de la declaración de no haber muerto”*.

El reaparecido, por tanto; tendría derecho a ser repuesto en la titularidad del patrimonio del que fue, por decirlo así, expropiado al reputársele muerto. Ahora bien; ese patrimonio “suyo” dejó de ser tal, perdió su identidad, cuando se convirtió en herencia¹⁴⁴. Si reaparece el declarado fallecido, recuperará su patrimonio en el estado en que se encuentre (sin abono de mejoras ni deterioros) y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido. Se trata de un caso de subrogación real. No puede reclamar los bienes que hayan pasado a poder de un tercero a título oneroso, sólo puede reclamar el precio o los bienes que se adquirieron con él.¹⁴⁵

Según la literalidad del precepto, el derecho a recuperar los bienes en el estado en que se encuentren parece tener una proyección inmediata; es decir, en apariencia, la mera presentación o prueba de la existencia del declarado fallecido (una vez revocada la declaración) lleva aparejado que, de modo automático, “recobrará sus bienes”. En este sentido TALCIANI¹⁴⁶ defiende que tiene efectos reales en la medida que no exige la previa entrega de esos bienes; sino que el ausente recupera automáticamente las titularidades que ostentaba antes de la declaración de fallecimiento. GUINEA FERNÁNDEZ¹⁴⁷, sin embargo, afirma que aunque efectivamente la revocación de la declaración de fallecimiento debe llevar aparejada la recuperación de la situación patrimonial, ni se puede admitir

¹⁴¹ En efecto, además de la partición judicial se admite una partición extrajudicial que incluye la realizada por el mismo testador; la partición por contador-partidor y la convencional.

¹⁴² Art. 198 CC: *En el Registro central y público de ausentes se hará constar (...) 6º. Mención circunstanciada del lugar, fecha, otorgantes y Notario autorizante de la escritura de descripción o inventario de los bienes, así como de las escrituras de partición y adjudicación realizadas a virtud de la declaración de fallecimiento o de las actas de protocolización de los cuadernos particionales en sus respectivos casos.*

¹⁴³ SERRANO Y SERRANO, I., *La ausencia en el Derecho Español*, p. 410; CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *La declaración de fallecimiento*, Tecnos, Madrid, 1991, p.248.

¹⁴⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España, (1ª ed.)*, Civitas, Madrid, 2008, p.552.

¹⁴⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Coord.) , *Comentarios al Código Civil*,(3ªed), Thomson Reuters, Cizur Menor,2009, p.343

¹⁴⁶ CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *La declaración de fallecimiento*, Tecnos, Madrid, 1991 p. 339.

¹⁴⁷ GUINEA FERNÁNDEZ, D.F., *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, La Ley-Actualidad (1º ed.),Madrid, 2012p.387

que no haya habido sucesión¹⁴⁸; ni se producirá de modo automático cambios de titularidad registral sobre los bienes inmuebles¹⁴⁹ por el mero hecho de la revocación de la declaración de fallecimiento. Debido a esto último, podemos afirmar que Manolo no recobraría de manera automática sus bienes, y que para ello deberá ejercer una acción que la doctrina discute si se trata de o bien una acción de petición de herencia en sentido propio, o una de la acción reivindicatoria del art. 348 CC¹⁵⁰ u otra de otro tipo.

GUINEA FERNÁNDEZ, nos dice que , la discusión sobre la naturaleza de la acción de recobro pierde importancia, porque en la práctica, el actor no está obligado a precisar la acción que quiere interponer, y tampoco el juez queda vinculado por la calificación que de las acciones hagan las partes¹⁵¹.

El art. 197 CC ; establece también un mecanismo compensatorio que se manifiesta en dos sentidos: 1) *El reaparecido no deberá abonar los incrementos de valor que haya experimentado en su patrimonio, ni tendrá derecho a reclamar por perjuicios o deterioros parecidos*¹⁵²; 2) *Los sucesores no deberán abonar “rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de la sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto”, pero tampoco tendrán derecho a que se les indemnice por las mejoras realizadas en el patrimonio recibido*¹⁵³. De acuerdo con esto, por ejemplo, Manolo no tendrá derecho a reclamar por perjuicios a María por la venta del piso valorado en 250.000 € que ésta vendió por 175.000€, pero al mismo tiempo, si tendrá derecho, a reclamar la totalidad de la cantidad última por el que María lo vendió, al tratarse el piso, de un bien privativo del primero.

En relación con el régimen de compensación de las pérdidas, para cierta posición doctrinal, la responsabilidad del sucesor, incluso por dolo o culpa grave queda excluida por la protección que otorga la presunción de dominio. En coherencia con los razonamientos formulados respecto de las rentas, frutos y productos obtenidos con los bienes de la sucesión, solo podemos aceptar que la limitación de recibir los bienes en el estado en que se encuentren opera para el caso de la buena de del sucesor del declarado fallecido porque, en caso de mala fe, el art.197CC deviene inaplicable, y lo

¹⁴⁸ El art. 196 CC es claro al respecto. Su párrafo 1º dice lo siguiente: *Firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo (...).*

¹⁴⁹ Art. 40 LH: *La rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto, y se practicará con arreglo a las siguientes normas (...) D) Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial.* Por su parte, el Art. 79 LH nos dice que: *Podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación total de las inscripciones o anotaciones preventivas (...) 3º. Cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se hayan hecho*

¹⁵⁰ Art. 348 CC: *La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.*

El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.

¹⁵¹ GUINEA FERNÁNDEZ, D.F. *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, La Ley-Actualidad (1º ed.), Madrid, 2012 p.386

¹⁵² OGAYAR Y AYLLÓN, *Comentarios al Código Civil, tomo IV*, Editorial de Derecho Reunidas SA, Madrid, 1985, Págs. 151 y 152.

¹⁵³ GUINEA FERNÁNDEZ, D.F. *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, La Ley-Actualidad (1º ed.), Madrid, 2012, p.388

coherente sería acudir a la regla general del art.457CC¹⁵⁴. La mala fe excluye de los beneficios que el art. 197CC otorga a los sucesores.¹⁵⁵

En lo referente al alcance del art.197 CC, CORRAL TALCIANI, sostiene que “si el bien se ha vendido, pero aún no se ha efectuado la tradición, el ausente que reaparece tendrá, a su elección, el derecho de reclamar ese bien o de pedir al sucesor el precio de la venta”. Este criterio está formulado al amparo de un planteamiento discutible que trata de explicar que el legislador, al utilizar la expresión “tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido”, ha querido atribuir el derecho de reclamar el precio de la transferencia del dominio o de la constitución de otro derecho real no solo cuando se haya consumado, “sino también cuando se ha completado el título que sirve para efectuar dicha transferencia o constitución, aunque esta no se haya llevado a cabo”. En este sentido, se puede interpretar la expresión “recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido”, porque aunque todavía no se le hubiesen entregado al comprador se quiere dar prevalencia a sus derechos¹⁵⁶.

Por otra parte, si los bienes y derechos experimentaron alguna carga o gravamen mientras estaban bajo la titularidad del sucesor, el reaparecido tendrá que soportarlas. De este modo, si se constituyó un derecho real de hipoteca o cualquier otro gravamen será oponible al ausente, pero tendrá derecho a lo que su sucesor haya recibido a cambio, y se subrogará en la posición jurídica que éste tuviera frente a terceros, pudiendo reclamarles cualquier derecho que, con motivo de la nueva carga o gravamen, correspondiera al heredero¹⁵⁷.

GUINEA FERNÁNDEZ, junto con la mayor parte de la doctrina, defiende que la recuperación de los bienes no siempre tendrá lugar y, en algunas ocasiones, el reaparecido habrá de conformarse con recibir el precio obtenido por su venta, o los adquiridos con su importe, o, si fuera el caso, los obtenidos por la permuta¹⁵⁸, asumiendo así la posición doctrinal que descarta que se puedan atacar las disposiciones patrimoniales llevadas a cabo por los herederos si se realizan a título oneroso o a título gratuito cuando hayan transcurrido los cinco años que marca el Código Civil^{159 160}.

En el caso de enajenaciones a título gratuito; el ausente reaparecido deberá estar y pasar por ellas si se produjeron una vez transcurrido el plazo de los cinco años de prohibición de disponer contemplado en el art. 196 CC. Si la enajenación se produjo dentro de los cinco primeros años, podrá impugnar el negocio jurídico por el que se transmitió el bien o derecho a título gratuito, pero el tercero podrá oponer en defensa de su derecho la prescripción adquisitiva, o la protección que el adquirente de buena fe le otorga el art. 34 LH¹⁶¹, o el 464 CC¹⁶². En el supuesto que nos ocupa, no tenemos constancia de ninguna enajenación que no sea a título oneroso.

¹⁵⁴ Artículo 457 CP: “El poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo. El poseedor de mala fe responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun en ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente hay retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo”.

¹⁵⁵ ÍBIDEM

¹⁵⁶ ÍBIDEM

¹⁵⁷ ÍBIDEM

¹⁵⁸ ÍBIDEM

¹⁵⁹ Vid. párrafo 2º art. 196 CC: (...) Los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración del fallecimiento (...)

¹⁶⁰ En este sentido: SERRANO Y SERRANO, I., *La ausencia en el Derecho Español* p. 421 CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España Tomo II*, Civitas, Madrid, 1984, p.553; CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *La declaración de fallecimiento*, Tecnos, Madrid, 1991p. 341.

¹⁶¹ Art. 34 LH: *El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho,*

Por otro lado, conforme al art. 197 CC *in fine*; el ausente no tendrá derecho a nada que consista en rendimientos de los bienes que constituyen la herencia. En su sentido positivo, la norma determina la fecha a partir de la cual el reaparecido tendrá derecho a los rendimientos del patrimonio que constituía la herencia, y que se fija en dos momentos, el de la reaparición, o el de la declaración de no haber muerto. El derecho se otorga a partir de dos momentos distintos, porque el legislador ha querido tener en cuenta dos situaciones distintas, una la de la personación física del declarado fallecido, y otra la de la constatación de la existencia del declarado fallecido sin personación, que son los dos casos de revocación de declaración de fallecimiento que regula el art. 2043 LEC-1881, y que aparecen referidos al inicio del artículo (*si se presentase el ausente o se probase su existencia...*). En el primer caso, aunque el derecho se tiene desde la personación, habrá que esperar a la firmeza de la resolución revocatoria para que pueda hacerse efectivo con carácter retroactivo; en el segundo caso, si iniciado el proceso se persona el declarado fallecido, a partir de tal momento tendrá derecho a los rendimientos de sus bienes¹⁶³.

Aunque el artículo no especifica sobre la buena o mala fe del sucesor que posee el bien o bienes de la herencia, seguimos la tesis de GUINEA FERNÁNDEZ¹⁶⁴ cuando afirma que la regla sólo es aplicable si existe buena fe, mientras que si la posesión es de mala fe, será de aplicación por analogía, lo establecido en el art. 187.2 CC^{165 166}.

V.-Conclusiones.

En conclusión, entendemos que María podía disponer de los bienes al haber transcurrido el plazo de 5 años para hacerlo y por lo tanto, figuraba en el Registro de la propiedad como titular de dichos inmuebles, los cuales, Miriam y Eustaquio, basándose en la inscripción Registral, adquirieron a título oneroso.

La inscripción de la adquisición en el registro de la propiedad, es una exigencia *sine qua non* para que el sistema registral despliegue sus efectos sobre el adquirente¹⁶⁷, requisito que a falta de datos que nos inclinen a pensar lo contrario suponemos a Miriam y a Eustaquio. Cuando el tercero adquiere cumpliendo los requisitos del artículo 34 LH el efecto jurídico que se desprende de este precepto es hacer su posición inatacable, por lo tanto será mantenido en su adquisición como reza el texto del artículo.

En un breve resumen a la hora de hablar de los bienes que heredó María a título Universal, estos serán reintegrados a la persona de Manolo, del siguiente modo: En primer lugar, de la casa común vendida a Eustaquio por 240.000 €, le corresponden 120.000 € de su venta. Del piso privativo de Manolo vendido a Miriam, este tendrá derecho a la totalidad del precio por el que María lo vendió al

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. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.

¹⁶² Art. 464 CC: *La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posea. Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella (...)*

¹⁶³ GUINEA FERNÁNDEZ, D.F. GUINEA FERNÁNDEZ, D.F. *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, La Ley-Actualidad (1º ed.), Madrid, 2012, p. 397

¹⁶⁴ *Op. Cit.* p. 398

¹⁶⁵ Art. 187 CC: (...) *Si apareciese el ausente, deberá restituírsele su patrimonio, pero no los productos percibidos, salvo mala fe interviniente, en cuyo caso la restitución comprenderá también los frutos percibidos y los debidos percibir a contar del día en que aquélla se produjo, según la declaración judicial.*

¹⁶⁶ En contra: CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *La declaración de fallecimiento*, Tecnos, Madrid, 1991 págs. 351 y 352. Para este autor no se puede asimilar la declaración de fallecimiento a la declaración de ausencia legal por tratarse de instituciones relacionadas pero con funciones diferentes.

¹⁶⁷ LASARTE, C., *Compendio de derechos reales, derechos reales e hipotecario*, Marcial Pons, Madrid 2014, p.332

tratarse de un bien privativo de Manolo (ya que en la disolución de gananciales se reparten solo los bienes gananciales y no los privativos de uno solo de los cónyuges). Por último, con respecto a la cuenta común de Abanca, Manolo tendrá derecho a la totalidad de los 15000 € en el haber de la misa; ya que esta es bastante inferior a la mitad de los 65000 € que le corresponderían del total de la misma, y al aplicarse el 197 del CC de manera directa, le correspondería la mitad de los 65000 €, y en virtud del citado artículo se reclama los bienes en el estado en que se encuentren, por lo tanto tiene derecho a la totalidad de la cuenta. Todo esto, desde la perspectiva de la disolución de un régimen de gananciales.

En virtud de lo expuesto, tanto Manolo como María ostentarían la propiedad de dichos bienes (antes de la venta de los mismo y disolución de la sociedad de gananciales); en el caso de los bienes gananciales, la parte proporcional que le correspondería a cada uno, mientras que, con respecto a los privativos, sobre estos solo ostentaba la propiedad Manolo. Una vez vendidos los viene por María, quien los hereda a título Universal, la propiedad de ellos pasa a ser de los terceros adquirentes de buena fe.

Una vez reaparecido Manolo, y con la disolución de la sociedad de gananciales, este ya no ostenta la propiedad ni sobre los bienes gananciales, ni sobre los privativos; ya que han sido vendidos a terceros. Lo que si tendrá Manolo, en virtud de dicha disolución, será el derecho a la parte proporcional por la que se vendieron los bienes gananciales (al igual que María); y en lo referente a los privativos, no podrá recuperar el bien, pero este tendrá derecho al reintegro de la totalidad del precio por el que fueron vendidos en su momento.

5.-Conclusiones Finales.

A la hora de comenzar hablando de la primera de las preguntas, la cuestión más problemáticas de la misma, era el hecho de la reaparición de Manolo, tras haber sido declarado fallecido con anterioridad. Es decir, como podría afectar dicha reaparición al nuevo matrimonio de María (la mujer de Manolo hasta que este fue declarado fallecido, con Marcial.

Con respecto al segundo matrimonio de María; tras analizar las circunstancias del mismo, llegamos a la conclusión, de que este es válido de pleno derecho, debido en primer lugar; a que Manolo, fue en su momento declarado fallecido, lo que supuso en dicho momento, la efectiva disolución del matrimonio que este tenía con María. Ya que la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, es causa efectiva de la disolución del matrimonio según el CC. Es decir, el segundo matrimonio de María es plenamente válido, ya que a la hora de contraerlo con Marcial, no concurría ninguno de los impedimentos estipulados en el CC, para contraer matrimonio. En el caso específico de María; en su persona, no concurría por ejemplo, el impedimento de ligamen, ya que su vínculo con Manolo había quedado disuelto desde el momento, en que a este se le declaro fallecido.

El hecho de que con posterioridad, reaparezca Manolo, desde el punto de vista personal, es decir, con respecto al segundo matrimonio de María; no tendrá ningún impacto sobre el mismo; ya que el matrimonio entre Manolo y María, habría quedado disuelto, desde el momento en que al primero lo declaran fallecido. Por lo que, Manolo no tendría que ejercitar ninguna acción, para disolver su matrimonio, porque este ya estaría disuelto de pleno derecho.

En otro orden de cosas, a la hora de hablar de la segunda cuestión que se nos plantea en este supuesto; comenzaremos diciendo que las escuchas telefónicas, llevadas a cabo contra la persona de Marcial y en las cuales, María se descubre lo que le hizo a su primer marido en aquel barco, no sería válidas como prueba en un juicio. Esto se debe, a que estas ultima vulnerarían en todo momento, el derecho fundamental recogido en el art.18.3º, de la CE. Ya que ningún Juez autorizo mediante una resolución judicial motivada en ningún momento, que tales escuchas se llevaran a cabo, contra la persona concreta de María o que se investigase de forma concreta lo ocurrido en aquel barco contra

la persona de Manolo. Tras el descubrimiento casual de las mismas, tampoco se nos habla de que la policía solicitase al Juez, que este le concediese una autorización para seguir investigando tales hechos; es decir, mediante la apertura de un nuevo procedimiento, totalmente distinto al primero. Ya que la policía por sí sola, no estaría autorizada a grabar por cuenta propia, conversaciones ajenas, al destinatario concreto de la medida de las escuchas.

Por lo tanto, al estar vulnerando un derecho fundamental de María, tales escuchas no se podrían apreciar como prueba en un juicio; salvo que se abriese un nuevo procedimiento, el cual podría llevar aparejado de nuevo la medida de las escuchas, esta vez sí, contra la persona concreta de María, y si de nuevo fuera “grabada”, tal confesión por parte de la misma, en esta ocasión, dichas pruebas, sí que serían válidas en un juicio.

En esta misma pregunta, en relación con el delito que comete María contra la persona de Manolo, en aquel barco; diremos que este se trata de un delito de asesinato con alevosía en grado de tentativa. Asesinato, porque en el comportamiento de María, apreciamos intención de matar, y asesinato, porque concurre alevosía; esta se aprecia en la forma de actuar de María. Primero, esta, golpea a su marido por detrás, es decir de forma sorpresiva, y en la cabeza; con el objetivo de asegurarse de que este no se pueda defender a la hora de tirarlo por la borda, con posterioridad.

De dicho comportamiento por parte de María, podemos apreciar, la búsqueda material de un resultado y su aseguramiento, es decir, que María golpea a Manolo con la intención de que este, no pueda defenderse, a la hora de tirarlo por la borda; y al mismo tiempo, el hecho de que este último, no se encuentra plenamente consciente, también facilitara con posterioridad, una posible muerte por ahogamiento.

María, busca en todo momento esa posición de superioridad, que le permita llevar a cabo su objetivo de un modo más eficaz; siendo plenamente consciente, de que ante un enfrentamiento directo de forma objetiva, con su marido plenamente consciente, el hecho de empujarlo por la borda puede resultar más que complicado.

De esto último, podemos apreciar, que María no actúa empujada directamente por ira u obcecación, ya que en todo momento, actúa calculando como poder ejecutar mejor su plan, para alcanzar su objetivo, es decir, la muerte de Manolo. Al mismo tiempo, no apreciamos, el atenuante de ira u obcecación, ya que, pese a enterarse esta última de la intención de su marido de poner fin al matrimonio común, no existe proporcionalidad alguna en la reacción de esta, sino lo contrario, un comportamiento plenamente desmesurado.

Como mencionamos al principio, se trataría de un intento de asesinato, ya que Manolo, reaparecerá años más tarde. Es decir, el resultado, de muerte de Manolo, no tuvo lugar, por causas ajenas a la voluntad del autor.

A la hora de hablar de la tercera pregunta, tenemos que destacar como punto fundamental las continuas agresiones por parte de Marcial a su mujer María. Estas, tienen lugar durante un periodo temporal, ya que la primera de ellas, tuvo lugar en 2010, y la última de la que tenemos conocimiento, ocurrió en el año 2013. Todas ellas presentan un denominador común, es decir; tienen lugar en el domicilio conyugal y al mismo tiempo la víctima de las mismas es la mujer de Marcial (at.153 CP). Incluso en una de ellas la víctima de las mismas será Elisa, menor de edad e hija del agresor, dato importante a tener en cuenta.

Las dos primeras de ellas, las que tienen lugar en el año 2010, llegamos a la conclusión de que prescriben en virtud del párrafo 5 del art. 131.1 CP introducido por la LO 15/2003.(si fueran juzgadas hoy en día).

Debido a la persistencia de las agresiones a lo largo del tiempo; llegamos a la conclusión de que se trata de un delito de violencia habitual en el ámbito familiar; esto se debe, a que las agresiones no son muy distantes en el tiempo, además son continuas, y no solo existe violencia física, sino también, la evidente violencia psíquica, derivada de estar sometida la persona de María, además de a los

comportamientos violentos de su marido, a un clima de estrés continuado, a lo largo del tiempo, no pudiendo esta desarrollar libremente su personalidad. Y temiendo al mismo tiempo, de manera objetiva, por el bienestar de la hija de ambos.

Al mismo tiempo, tenemos que destacar, que Marcial era una persona drogodependiente, y debido a esto apreciamos en una de las agresiones (año 2013), la única en la que tenemos constancia fehaciente de que estaba bajo los efectos de las drogas en el momento de la comisión de la misma, una eximente incompleta debido a la drogadicción.

Esto se debe a que, pese a ser consumidor habitual, entendemos que Marcial en el momento de dicha agresión a su mujer, no estaba plenamente bajo la influencia de las diversas sustancias que consumía. Ya que, los episodios de violencia eran algo habitual, incluso cuando presuponemos que no estaba bajo los efectos de las mismas. Marcial, se vería afectado por la droga, pero hasta cierto punto, siendo en cierto grado consciente del daño que le estaba causando a su mujer, mediante los golpes.

Otro punto reseñable de esta pregunta, es la violación de la orden de alejamiento, y el consiguiente quebrantamiento de condena que lleva aparejada, la violación de tal medida. Lo más reseñable, sería destacar, que pese a que María, no mostro oposición en ningún momento, a que su marido, regresase al domicilio común, esto no exime a Marcial de su culpa por quebrantar la medida. Debido a que, el que debe autorizar, la vuelta al domicilio, es el juez, y no ambos cónyuges de mutuo acuerdo.

Todo el conjunto de hechos que suceden, es decir las agresiones, las violación de quebrantamiento o la eximente incompleta; constituyen un concurso real de delitos, al que el que el subtipo agravado solo será de aplicación al delito de violencia habitual, recogido en el art.173.2 CP.

Por último, en relación con la cuarta pregunta, los aspectos más reseñables, son por ejemplo, el hecho de que Marcial reaparezca después de haber sido declarado fallecido, y una vez que todos los bienes del mismo fueron heredados por María (heredera a título Universal de mismo) y vendidos a terceros adquirentes de buena fe.

En esta pregunta, hay que destacar que, a diferencia de lo que ocurre en la primera, la reaparición de Manolo, sí que tiene consecuencias, en lo que a los aspectos patrimoniales se refiere de su “disuelto”, matrimonio con María. Presuponemos, que María es heredera Universal de Manolo, porque no tenemos conocimiento, acerca de la existencia de algún ascendiente o descendiente del mismo. Al mismo tiempo, presuponemos que ambos tienen un régimen económico matrimonial de gananciales, según lo establecido en el art.1361 del CC, y además porque se nos habla de que tienen algún bien en común, como por ejemplo la cuenta en Abanca o una casa. Una vez comprobado que en María no sería apreciable la indignidad, ya que no existe sentencia firme al respecto, lo cual es un requisito fundamental; se procede a la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales.

De esta liquidación, extraemos que Manolo tendrá derecho a la parte proporcional de los bienes que se encontrarán en gananciales al momento de su presunta muerte; como en este supuesto esos bienes se han vendido a terceros adquirentes de buena fe, este tendrá derecho a la mitad de ese precio, o incluso a la totalidad de la cantidad como ocurre en el caso de la cuenta de Abanca, al ser esta bastante inferior a la que le correspondería en un principio. Con respecto a los bienes privativos del mismo, Manolo, no tendrá derecho a recuperarlos, ya que fueron adquiridos en todo momento por terceros de buena fe, pero al mismo tiempo, sí que tendrá derecho a la totalidad del precio que María recibió tras la venta de los mismos, ya que estos eran bienes que Manolo ostentaba, antes de su declaración de fallecimiento de manera privativa.

6.-Bibliografía Citada.

- ALBALADEJO M., en *Curso de Derecho Civil IV, derecho de familia* (11ª ed.), Edisofer, Madrid, 2008.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J (Dir.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHE, A. (Coord.), *Derecho Penal Español Parte Especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, Akal, Torrejón de Ardoz, 1986.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Compendio de Derecho Penal Parte Especial*, CERA, Madrid, 2003.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BOIX REIG, J. *Derecho Penal, Parte Especial, Vol I*, Iustel. Madrid, 2010.
- BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1991.
- CARMONA SALGADO, C./ COBO DEL ROSAL, M./ DEL ROSAL BALSCO, B. / GÓNZALEZ RUS, J.J. / MORILLAS CUEVA, L. / QUINTANAR DÍEZ, M., *Derecho penal español Parte especial* (2ª ed.), Madrid, 2005; CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español : Parte General II Teoría Jurídica del Delito* (6ª ed.), Tecnos, Madrid, 2004.
- CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tirant lo Blanch Valencia 2011; MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *La declaración de fallecimiento*, Tecnos, Madrid, 1991
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, (1ª ed.)*, Civitas, Madrid, 2008.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España Tomo II*, Civitas, Madrid, 1984.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, tomo I – Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1993.
- ESTRELLA RUIZ, M., *Imputabilidad y drogodependencia, La imputabilidad en General en el Derecho Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial núm.XVII, Madrid, 1993.
- FONSECA MORALES, G.M., *La Anomalía o Alteración Psíquica Como Eximente o Atenuante de la Responsabilidad Criminal*, Dykinson S.L, Madrid, 2009.
- GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2009; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.
- GUINEA FERNÁNDEZ, D.F. *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, La Ley-Actualidad (1º ed.), 2012 .
- HERNÁN CORRAL. *La declaración de fallecimiento*, Tecnos, Madrid, 1991.
- LASARTE, C., *Compendio de derechos reales, derechos reales e hipotecario*, Marcial Pons, Madrid 2014.
- MORENO QUESADA, J. /GONZÁLEZ PORRAS, J.M. /OSSORIO SERRANO, J.M. /RICO RUIZ-MORÓN, J. /GONZÁLEZ GARCÍA, R. /HERRERA CAMPOS, A. / ORTÍ VALLEJO, L. / SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial* (20º ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, M., *La sucesión intestada de los parientes colaterales*, Dykinson, Madrid, 2007.
- O' CALLAHAN MUÑOZ, X. *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2004.
- OGAYAR Y AYLLÓN, *Comentarios al Código Civil*, tomo IV, Editorial de Derecho Reunidas SA, Madrid, 1985; PEÑARANDA RAMOS en M. Bajo Fernández (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *El Concurso de la Herencia*, Revista de derecho Concursal y Paraconcursal, Madrid, 2004.

- PÉREZ MARTÍN, A.J., *La nulidad matrimonial civil y eclesiástica. Aspectos penales del Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho Penal Español: Parte Especial* (6ªed.), S.A Atelier Libros, Barcelona, 2010.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *La intervención de las comunicaciones*, Bosch, Barcelona, 2002.
- ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed.Universitaria Ramón Areces, Madrid, 1994, págs. 49 y ss.; y el mismo, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2003.
- SALVADOR CODERECH, P., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia y Sucesiones* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009;.
- SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Parte Especial* (14ª ed.), Madrid, Dykinsosn, 2009.
- SERRANO Y SERRANO, I., *La ausencia en el Derecho Español*. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1943.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M. (Dir.), RAGUÉS Y VALLÉS.R (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial* (4ª ed.), Atelier Libros Jurídicos, Barcelona.

7.-Jurisprudencia utilizada y citada.

7.1. Jurisprudencia del TC.

- STC 11/1981.
- STC 114/84.
- STC 53/1985 de 11 de Abril.
- STC 85/1994.
- STC 86/1995.
- STC 49/1996.
- STC 81 /1998.
- STC 41/1998 de 31 de Marzo.
- STC 49/1999.
- STC 167/2002.
- STC de 24 de Octubre de 2005.
- STC 63/2005.
- STC 5/2010 de 7 de Abril.

7.2. Jurisprudencia del TS:

- STS 21 de Mayo de 1986.
- STS de 9 de marzo de 1989.
- STS de 27 de Septiembre de 1990.
- STS de 8 de Noviembre de 1990.
- STS de 13 de Febrero de 1991.
- STS de 2 de Noviembre de 1991.
- STS de 14 de abril de 1992
- STS de 7 de Noviembre de 1992.
- STS de 1 de Diciembre de 1992.
- STS 1424/1993, de 18 de junio
- STS de 25, de Junio de 1993.
- STS de 27 de Enero de 1993.
- STS de 11 de Octubre de 1993.
- STS de 26 de Febrero de 1994.
- STS de 18 de marzo de 1994.
- STS de 25, de Marzo de 1994.

- STS de 18, de Abril de 1994.
- STS de 20, de Mayo de 1994.
- STS de 12, de Enero de 1995.
- STS de 28 de Octubre de 1995
- STS 1259/1997.
- STS 16 de Febrero de 1998.
- STS 579/1998, de 22 de Abril.
- STS de 18 de junio de 1998.
- STS 1531/1998.
- STS de 28 de Septiembre de 1998.
- STS de 13 de noviembre de 1998.
- STS de 1 de marzo de 1999.
- STS 195/1999.
- STS 834/2000.
- STS 1208/2000.
- STS 20/2001
- STS 382/2001, de 13 de Marzo.
- STS de 7 de Noviembre de 2001.
- STS 249/2003.
- STS 824/2003 de 5 de Junio.
- STS 968/2003.
- STS 1750/2003.
- STS de 15 de Marzo de 2003
- STS de 9 de Abril de 2003.
- STS de 22 de Enero de 2004.
- STS de 21 de Abril de 2004.
- STS de 2 de Noviembre de 2004.
- STS 321/2004
- STS 752/2004
- STS 975/2004
- STS 1162/2004.
- STS de 27 de Enero de 2005.
- STS 261/2005.
- STS 320/2005
- STS 843/2005
- STS 1400/2005.
- STS 2170/2005, de 15 de Diciembre.
- STS 580/2006.
- STS 1212/2006.
- STS 105/2007, de 14 de Febrero.
- STS 19 de Diciembre de 2007
- STS 201/2007.
- STS 607/2008.
- STS 619/2008.
- STS 962/2008.
- STS 92/2009.
- STS 172/2009.
- STS 506/2009
- STS 517/2009

- STS 407/2010, de 18 de Junio.
- STS 314/2012.
- STS 88/2013, de 17 de Enero.
- STS 539/2014.
- STS 248/2015.

7.3. Auto del TS.

- ATS de 18 de Junio de 1992.

8.-Sentencias de Audiencias Provinciales:

- SAP Lleida de 5 de octubre 1999.

9.-Otros Juzgados:

- Sentencia del Juzgado de Instrucción N°20 de Barcelona, Sentencia n° 24/2016.