

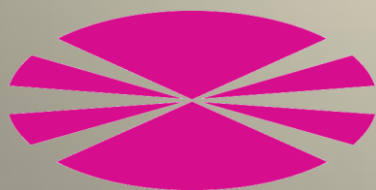
FACULTAD DE
DERECHO.
UNIVERSIDAD DE LA
CORUÑA.

CURSO 2015/2016

VIOLENCIA
DOMÉSTICA
Y VENTA DE
COSA AJENA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

MARCOS VILAR LUSTRES
TUTOR: D. RAFAEL COLINA GAREA



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	2
I. SUPUESTO DE HECHO.....	3
II. CONSIDERACIONES PREVIAS	5
III. 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.....	6
IV. DETERMINAR LAS CARACTERÍSTICAS DEL DELITO COMETIDO POR MARÍA EN EL BARCO HACIA MANOLO, Y DETERMINAR LA VALIDEZ DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS.....	12
A. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO COMETIDO POR MARÍA EN EL BARCO HACIA MANOLO. ...	12
B. DETERMINAR LA VALIDEZ DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS.....	16
V. 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.....	24
A. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL COMPORTAMIENTO AGRESIVO QUE OSTENTA MARCIAL CONTRA MARÍA Y CONTRA ELISA.....	24
1. <i>Hechos punibles</i>	24
2. <i>Penas aplicables</i>	28
B. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA VUELTA A LA CONVIVENCIA DE MARCIAL Y MARÍA TRAS LA PRIMERA DENUNCIA DE MARÍA.....	32
VI. 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.....	39
VII. CONCLUSIONES.....	46
VIII. JURISPRUDENCIA.....	48
IX. BIBLIOGRAFÍA.....	50

Abreviaturas

- AP: Audiencia Provincial
- Art. : Artículo
- CC: Código Civil
- CE: Constitución Española
- CP : Código Penal
- Fto. jco.: Fundamento Jurídico
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- LeCrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LVJ: Ley de la Jurisdicción Voluntaria
- LO: Ley Orgánica
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
- Núm: número
- Pp: páginas
- RRC: Reglamento del Registro Civil
- Ss: siguientes
- TS: Tribunal Supremo
- Vid.: véase, referencia a un elemento ya citado

I. SUPUESTO DE HECHO.

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

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

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

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

No obstante, en el mes de diciembre de 2012 Marcial regresa a casa, retomando la convivencia con María, y pese a que la orden de alejamiento sigue vigente. En la madrugada del 12 de octubre de 2013, Marcial, en un estado muy alterado, le propina tres golpes en el estómago a María, y además, le da un puñetazo a su hija Elisa, provocando un importante derrame en el ojo derecho. Ante esta situación, María llama a la policía y ambas son llevadas al hospital, donde María requiere de sedación debido a la profunda e incontrolable ansiedad que padece, que le produce un infarto al corazón. La policía le realiza una prueba de alcohol y drogas, dando éste positivo en cocaína, y dando en el caso del alcohol una tasa de 0,75 ml

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

El 3 de enero de 2014, Manolo reaparece, y se encuentra en la situación de que María, como heredera universal de Manolo, ha vendido la casa que éstos tenían en común al 50% a Eustaquio, por 240.000€. Por otro lado, ha vendido asimismo un piso que Manolo poseía de manera privativa en la costa de Coruña, valorada en 250.000€, pero que sólo se ha vendido por 175.000€, a una amiga suya de la infancia llamada Miriam. Además, ambos eran titulares de una cuenta de 65.000€ en Abanca, que en el momento de la reaparición cuenta tan sólo con 15.000€. Debido a lo sucedido y ante tal situación, Manolo decide emprender medidas legales destinadas a recuperar sus bienes y a ejercitar las medidas pertinentes contra María.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente trabajo trata de dar solución a las diferentes cuestiones suscitadas en torno al supuesto práctico sobre “violencia doméstica y venta de cosa ajena”. En él, se tratan diversos temas, derivados de la desaparición de Manolo y del posterior matrimonio de su mujer, María, con Marcial, así como de las múltiples palizas que este último le propina a María.

Entre los diferentes hechos a tratar, nos encontramos con cuestiones civiles como la declaración de fallecimiento y sus consecuencias, además de cuestiones penales como un asesinato, la violencia de género o el quebrantamiento de condena. Además, también necesitaremos analizar medidas procesales como son las intervenciones telefónicas en un marco penal.

Para una correcta valoración de las circunstancias del caso y una mejor determinación de las medidas que correspondan a cada hecho, necesitaremos valernos de la diferente regulación que sea aplicable en cada caso, así como tener en cuenta las divergentes opiniones que pueda tener la doctrina al respecto. Además, será fundamental analizar la numerosa y variada jurisprudencia de los Tribunales españoles para obtener las posibles interpretaciones que pueda tener un determinado precepto.

Resulta prudente mencionar que diversas normas aplicables a las diferentes cuestiones han sufrido modificaciones a lo largo de los años, existiendo en algunos casos diferencias considerables en su contenido. Por tanto, habrá que atender minuciosamente al momento exacto en el que se produce el hecho que se trata de resolver para poder aplicar bien la legislación.

III. 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.

Para poder determinar la validez y eficacia del segundo matrimonio celebrado por María hay que acudir al Código Civil para saber si la desaparición de Manolo tiene alguna consecuencia jurídica con respecto a su matrimonio con María.

En el Capítulo II del Título VIII del CC, en sus arts. 193 a 197, nos encontramos con la figura de la declaración de fallecimiento. Esta trata de dar respuesta a las situaciones en las que la desaparición de una persona constituye un interrogante prolongado respecto a sus relaciones jurídicas, que no puede ser eterno, tanto para su bien como para el de terceras personas. Para impedir que este interrogante subsista indefinidamente se establece la posibilidad de instar judicialmente la declaración de fallecimiento. Así lo pone de manifiesto la Audiencia Provincial de Pontevedra en su auto nº00022/2009¹, al dictaminar que *“el fundamento o razón de ser de esta institución, no es otro que el de la obvia necesidad de poner fin a una situación incierta sobre la existencia misma de una persona, porque esa incertidumbre existencial puede generar graves consecuencias [...] que se tratan de paliar, precisamente, recurriendo a los remedios de la declaración de ausencia o fallecimiento.”*

A través de esta figura se determina la fecha en la que se considera que el desaparecido ha fallecido, de modo que si no existe prueba que demuestre lo contrario producirá efectos análogos a la muerte. Se trata de una presunción, puesto que no hay certeza absoluta de la muerte del desaparecido, por lo que se entiende que está muerto hasta que se constate que efectivamente lo estaba o bien se produzca su reaparición. Refuerza esto el auto mencionado anteriormente, al reconocer que *“se necesita [...] una probabilidad de defunción o una sospecha racional de muerte. O [...] tiene que haber una incertidumbre sobre la subsistencia de la persona, o una certeza meramente probable de su muerte con los datos objetivamente fijados por la ley- en esencia, últimas noticias o desaparición, plazos, y edad del ausente-.”*

Coincide con lo anterior la Audiencia Provincial de Alicante en su Sentencia nº453/08² al reconocer que *“la declaración de fallecimiento contiene en todo caso una presunción para producir efectos parecidamente iguales a la muerte, aunque ello no suponga identificar la declaración de fallecimiento con la muerte porque lo que crea la declaración de fallecimiento es una situación jurídica en al que se califica al desaparecido como muerto [...]. Queremos con ello señalar que ni la muerte se identifica con la declaración de fallecimiento, ni la falta de declaración de fallecimiento imposibilita formar presunciones de equivalencia para calificar el daño, que no es de simple ausencia sino, por lo prolongado, equivalente a la muerte.*

¹ AAP de Pontevedra de 5 de febrero de 2009, fto. jco primero (Id Cendoj: 36057370062009200093)

² SAP de Alicante de 10 de diciembre de 2008. (Id Cendoj: 03014370082008100534)

El CC establece una serie de requisitos para instar la declaración de fallecimiento que van unidos a una serie de plazos temporales. Estos plazos vienen recogidos en los arts. 193³ a 194⁴ y varían atendiendo a las circunstancias en las que se ha producido la desaparición. Dichos plazos son suficientemente extensos para entender desaparecida a la persona, de modo que no se pueda instar ante cualquier tipo de ausencia. Los detalles y circunstancias de la desaparición vienen ampliamente detallados en los artículos mencionados anteriormente, de modo que se reducen de forma considerable y proporcional los plazos a medida que la gravedad de la desaparición es más amplia.

Algunos autores, atendiendo a las circunstancias en que ocurre la desaparición, han clasificado los supuestos incluidos en los arts. 193 a 194 en supuestos de ausencia simple y supuestos de ausencia cualificada. En esta línea se encuentra SERRANO Y SERRANO⁵, que incluye en el primer supuesto el primer y segundo apartado del art. 193, mientras que en la ausencia cualificada inserta el tercer apartado del art. 193, además de los supuestos del art. 194. La diferencia entre ellos, como ya puntualizamos anteriormente, reside en los plazos.

Respecto a los plazos encontramos el auto nº 120/2004 de la Audiencia Provincial de Madrid⁶, en el que se reconoce que *“los plazos que tanto para la declaración de ausencia, como de fallecimiento establecen los artículos 193 y 194 del Código Civil tienen por finalidad que las declaraciones judiciales no se precipiten, cuya duración depende de las circunstancias concurrentes en la desaparición”*

³ Art. 193 CC: *“Procede la declaración de fallecimiento: Primero. Transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición. Segundo. Pasados cinco años desde las últimas noticias o, en defecto de éstas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años. Los plazos expresados se computarán desde la expiración del año natural en que se tuvieron las últimas noticias, o, en su defecto, del en que ocurrió la desaparición. Tercero. Cumplido un año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses. Se presume la violencia si en una subversión de orden político o social hubiese desaparecido una persona sin volverse a tener noticias suyas durante el tiempo expresado, siempre que hayan pasado seis meses desde la cesación de la subversión.”*

⁴ Art. 194 CC: *“Procede también la declaración de fallecimiento: Primero. De los que perteneciendo a un contingente armado o unidos a él en calidad de funcionarios auxiliares voluntarios, o en funciones informativas, hayan tomado parte en operaciones de campaña y desaparecido en ellas luego que hayan transcurrido dos años, contados desde la fecha del tratado de paz, y en caso de no haberse concertado, desde la declaración oficial del fin de la guerra. Segundo. 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. Tercero. De los que se encuentren a bordo de una aeronave siniestrada, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del siniestro, sin haberse tenido noticias de aquéllos o, en caso de haberse encontrado restos humanos, no hubieren podido ser identificados. Se presume el siniestro si en viaje sobre mares, zonas desérticas o inhabitadas, transcurrieren seis meses contados desde las últimas noticias de las personas o de la aeronave y, en su defecto, desde la fecha de inicio del viaje. Si éste se hiciere por etapas, el plazo indicado se computará desde el punto de despegue del que se recibieron las últimas noticias.”*

⁵ SERRANO Y SERRANO, I., *La ausencia en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, pp. 354 y ss.

⁶ AAP de Madrid de 13 mayo de 2004, fto. jco. segundo. (AC 2004/1203)

En el caso de la desaparición de Manolo, a bordo de un barco en junio de 2007, podríamos incluirla en los casos de siniestro establecidos por el CC. Aunque en el caso práctico se relata que Manolo y María realizan un viaje en barco, en el cual se produce un accidente del cual sólo consigue regresar María, sin utilizar la palabra “naufragio” en ningún momento, de la definición de esta en el Diccionario de la lengua española como “*pérdida o ruina de la embarcación en el mar*”⁷ se podría incluir accidente como sinónimo del concepto. En este sentido se expresa GUINEA FERNÁNDEZ⁸, que entiende que en el concepto de siniestro deben incluirse “*los hechos naturales que por su intensidad fueran capaces de provocar la muerte*”.

En estos casos, en los que de las circunstancias de la desaparición se desprende que Manolo estuvo expuesto a un siniestro de especial gravedad, se reduce razonadamente el plazo. El CC, en el apartado segundo del artículo 194, establece un plazo de tres meses desde la comprobación del siniestro para poder instar la declaración de fallecimiento. Esto no sucedía así anteriormente, pues el CC establecía plazos de dos y tres años para los casos de siniestro, accidente aéreo y naufragio marítimo. Con la Ley 4/2000, de 7 de enero⁹, se introducen estos nuevos plazos, notablemente más cortos para intentar paliar con rapidez los problemas que una desaparición en el mar puede causar en la familia.

Este plazo es importante a efectos del segundo matrimonio celebrado por María, pues depende de él que este sea totalmente válido y eficaz.

En cuanto a quien debe instar la declaración de fallecimiento, tal y como se desprende del segundo apartado del antiguo art. 2042 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podrán hacerlo tanto cualquier interesado como el Ministerio Fiscal. Así lo aplica la Audiencia Provincial de Cádiz, en su auto nº27/04¹⁰, estableciendo que “*la declaración de fallecimiento es la resolución judicial adoptada, tras la tramitación del oportuno expediente de jurisdicción voluntaria a instancias no obligatoria sino facultativa de los interesados y del Fiscal*”. En este caso suponemos que ha sido María, en cuanto cónyuge de Manolo y mayor perjudicada por la desaparición de este, quien ha instado dicha declaración.

Es necesario puntualizar que el artículo mencionado anteriormente, además de otros que en la Ley de Enjuiciamiento Civil regulaban la declaración de fallecimiento, ha sido derogado recientemente por el número 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria¹¹. Estos han sido incluidos en la misma, en sus arts. 74 a 77. En este caso, resulta aplicable el artículo actualmente derogado al analizar un proceso que se produjo mucho antes de que este artículo fuese modificado.

⁷ Vid “naufragio” en 23ª edición de Diccionario de la lengua española. (www.rae.es)

⁸ GUINEA FERNANDEZ, D-R., *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, p.150.

⁹ 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 AAP de Cádiz de 22 de marzo de 2004, fto. jco. primero. (Id Cendoj: 11004370072004200009)

¹¹ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Tal y como reconoce en el apartado XI: “*La aprobación y vigencia de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria ha de tener como necesaria consecuencia la derogación casi definitiva de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que se ha mantenido todos estos años en vigor en lo relativo a la jurisdicción voluntaria y a los actos de conciliación.*”

La declaración de fallecimiento produce una serie de efectos en la persona, tanto en su esfera jurídica como patrimonial, de modo que la persona desaparecida está imposibilitada para el ejercicio de sus derechos mientras el auto de declaración de fallecimiento siga vigente. Tal y como reconoce el artículo 179 del Reglamento del Registro Civil *“en la inscripción de declaración de fallecimiento se expresará la fecha a partir de la cual se entiende ocurrida la muerte, salvo prueba en contrario”*, de lo que se deriva que la declaración de fallecimiento recae sobre el estado civil de la persona, produciendo efectos parecidos a esta, como la disolución del vínculo matrimonial o la extinción de la patria potestad.

El punto de la disolución del vínculo matrimonial es el que interesa a efectos de resolver si el segundo matrimonio celebrado por María es válido y eficaz. La solución podría ser muy diferente si lo analizamos desde el punto de vista canónico o desde el punto de vista civil, pero en este caso nos vamos a centrar en el más importante a efectos jurídicos, que es el civil. Hasta la reforma del CC de 1981¹², la solución a la incidencia que tenía la declaración de fallecimiento sobre el matrimonio no era clara, pues mientras una parte de la doctrina entendía que el matrimonio se disolvía, otra parte creía que este quedaba en suspensión. Además, el CC en su artículo 195.3 afirmaba que *“la declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio”*.

Sin embargo, con la nueva redacción del artículo 85 CC no existe ninguna duda al respecto, pues este afirma fehacientemente que *“el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges”*. Por tanto, el matrimonio queda disuelto por la declaración de fallecimiento, de modo que el cónyuge puede contraer nuevas nupcias si así lo desea. Por tanto, María tendría todo el derecho a casarse con Marcial, pues no existe ningún vínculo que la una a Manolo.

Tal y como habíamos afirmado anteriormente, para poder conocer la validez del segundo matrimonio son de vital importancia los plazos, puesto que aunque la declaración de fallecimiento provoca la disolución del matrimonio con efectos ex nunc, esa disolución solo tendrá lugar cuando resulte efectiva la resolución judicial. Esta no tendría efectos retroactivos, de manera que si el matrimonio se hubiese celebrado antes de que se declarase el fallecimiento resultaría inválido. En relación a la disolución se pronuncia GUINEA FERNÁNDEZ¹³ al entender que *“con relación al momento de la disolución, creemos que debe coincidir con la fecha en la que adquiera firmeza el auto que declare el fallecimiento, y que no cabe retroacción a la fecha establecida por este como momento de la muerte”*.

Encontramos una postura contraria a lo anterior en el auto n° 120/2004 de la Audiencia Provincial de Madrid¹⁴, en el que se interpreta que *“debe entenderse como fecha del fallecimiento, en base a las circunstancias concurrentes, y, desde un punto de vista racional y lógico, la del momento en el que se produjo la desaparición y el concreto y preciso riesgo para la vida, puesto que otra interpretación llevaría a desplazar en el tiempo la fecha de*

¹² Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

¹³ GUINEA FERNÁNDEZ, D-R., *La Declaración de Fallecimiento en el derecho español*, cit, pp. 421 y ss.

¹⁴ AAP de Madrid de 13 mayo de 2004, fto. jco. segundo (AC 2004/1203)

fallecimiento, cuando de los datos aportados se pone de relieve la razonable certeza de tal fecha como momento del fallecimiento.”

Por tanto, si el accidente en el que desaparece Manolo se produce en junio de 2007 y las segundas nupcias de María suceden en agosto del 2009, teniendo en cuenta el plazo de tres meses establecido por el CC para instar la declaración de fallecimiento en caso de siniestro, tanto si la fecha de fallecimiento se fija en la fecha del accidente mismo como si se fija en la fecha en el que auto adquiere firmeza, resulta obvio afirmar que en el momento en el que se celebra el nuevo matrimonio entre María y Marcial la declaración de fallecimiento había adquirido total firmeza y por tanto este nuevo matrimonio goza de todos los efectos jurídicos que el ordenamiento le confiera.

Una vez resuelta la validez del segundo matrimonio, para poder conocer las posibles acciones que pudiese tener Manolo a efectos de poner fin al segundo matrimonio de María hay que saber primero los efectos que tiene la reaparición del declarado fallecido.

La declaración de fallecimiento crea una situación jurídica con efectos análogos a la muerte y se identifica con ella, aunque no sean lo mismo. El hecho de la posibilidad de que reaparezca el desaparecido o se constate su muerte nunca se descarta, por lo que, de ser así, la declaración de fallecimiento quedaría sin efectos. Esto es así porque la declaración se fundamenta en la incertidumbre del paradero del desaparecido, por lo que si ya no existe esa incertidumbre, la base en la que se asienta la declaración de fallecimiento perdería su esencia.

En cuanto a la reaparición, su regulación también se hallaba en los artículos derogados de la LEC mencionados anteriormente. Aunque no se especifica exactamente el momento en el que Manolo decide emprender las medidas oportunas, entendemos que lo hace inmediatamente después de su reaparición, por lo que tampoco sería aplicable la nueva norma al no haber entrado en vigor todavía, pues su reaparición se produce en 2014. De todas formas, su contenido apenas cambia sustancialmente y se desprende que la simple presentación del desaparecido o el conocimiento de su supervivencia no es suficiente para que la declaración de fallecimiento deje de tener efectos, sino que es necesaria, tal y como se deriva del art. 2043 LEC, que se identifique plenamente y se practiquen las pruebas pertinentes que fuesen propuestas por el Ministerio Fiscal y las partes.

El auto dejando sin efecto el de declaración de ausencia legal o de fallecimiento, además de llevar implícita la aplicación inmediata de lo dispuesto en el artículo 197 CC, habrá de remitirse al Registro Civil para hacer constar en él todo lo que viene recogido en el art. 198 CC. Si acudimos al citado artículo del CC, nos encontramos con que en el Registro Civil, además de hacerse constar la declaración de fallecimiento, también será necesario inscribir la extinción de esta. Además, el segundo apartado del art. 179 RRC refuerza esto, al estipular que *“son inscribibles las resoluciones judiciales que dejan sin efecto las declaraciones de ausencia o fallecimiento”*.

Sin embargo, aunque se revoque la resolución en la que se declaraba el fallecimiento, resulta utópico pensar que el reaparecido va a recuperar la posición jurídica que poseía antes de la

desaparición y consiguiente declaración. Ni la ley lo recoge, tal como observamos en el art. 197, ni tampoco lo admite la situación jurídica que se crea con la declaración de fallecimiento.

En lo que se refiere a su personalidad jurídica, este la recupera de forma plena, pero para que todos sus actos adquieran eficacia jurídica es necesaria su pertinente revocación.

Sin embargo, en cuanto a lo que concierne al matrimonio, que es lo realmente importante a efectos de determinar las posibles acciones de Manolo contra María y Marcial, observamos como este cambia considerablemente, puesto que el hecho de que se revoque la declaración de fallecimiento no quiere decir que el matrimonio que quedó disuelto por esta vuelva a estar vigente. Esto se desprende del mismo art. 85 CC, pues reconoce que la declaración de fallecimiento de cualquiera de los cónyuges extingue el matrimonio. Por tanto, tratándose esta de una causa de disolución del vínculo matrimonial, al igual que puede ser el divorcio, la reaparición del cónyuge desaparecido no tiene ningún efecto sobre el otro cónyuge. Es decir, tanto si María no se hubiese casado como, tal como ha ocurrido, sí lo hubiese hecho, los efectos serían los mismos. En el primer caso, si Manolo y María desearan seguir con el matrimonio, tendrían que volver a contraer nuevas nupcias; en el segundo caso Manolo no tendría ninguna acción para con el nuevo matrimonio. De este modo se pronuncia GUINEA FERNANDEZ¹⁵, al reconocer que *“la declaración de fallecimiento supone la disolución del matrimonio civil con carácter definitivo. Por tanto, la reaparición del ausente no comporta la reviviscencia del vínculo, ni la nulidad del matrimonio contraído por el cónyuge presente.”*

Por tanto, Manolo no posee ninguna opción legal para acabar con el segundo matrimonio celebrado por María, pues la declaración de fallecimiento disuelve el matrimonio y este no resucita con la reaparición del declarado fallecido. Es decir, el matrimonio celebrado entre María y Marcial es completamente válido y eficaz, aunque se haya producido la reaparición de Manolo.

¹⁵ GUINEA FERNÁNDEZ, D-R., *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, cit., pp. 421 y ss.

IV. DETERMINAR LAS CARACTERÍSTICAS DEL DELITO COMETIDO POR MARÍA EN EL BARCO HACIA MANOLO, Y DETERMINAR LA VALIDEZ DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS.

A. Características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo.

Para poder determinar las características del delito cometido por María es necesario puntualizar que existen dos momentos diferentes en el que podemos analizarlo. Por un lado, podemos determinar la conducta de María antes de que Manolo aparezca, estando este está presuntamente muerto. Por el otro lado, podríamos analizar las circunstancias en el momento en el que Manolo ya ha reaparecido y, por tanto, está vivo. El fondo del asunto no cambia sustancialmente, pero la pena aplicable sí.

En un primer momento podríamos pensar que la conducta llevada a cabo por María contra Manolo, de acuerdo con el art. 138 del Código Penal, se trata de un homicidio. Pero si ahondamos un poco más en el caso, nos encontramos con una situación mucho más compleja y diferente. El hecho de que María golpee en un primer momento fuertemente en la cabeza a Manolo, para posteriormente tirarlo del barco, podría calificarse como una conducta alevosa.

De acuerdo con el art. 22.1 CP, existe alevosía cuando *“el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.”* Por tanto, nos encontramos ante una conducta agresiva por parte de María que intenta por todos los medios asegurar la realización del tipo penal, sin que en ningún momento la víctima pueda hacer nada por remediarlo ante el carácter sorpresivo que esta tiene.

De acuerdo con GONZÁLEZ CUSSAC¹⁶ podría decirse que la alevosía consta de cuatro requisitos:

1. Normativo: solo es aplicable a los delitos contra las personas
2. Objetivo: que radica en el modus operandi y se refiere al empleo de medios, modos o formas en la ejecución tendentes a asegurarla, eliminando cualquier posible defensa de la víctima
3. Subjetivo: el agente ha de haber buscado intencionadamente, o al menos haberse aprovechado conscientemente, de perseguir eliminar toda resistencia del ofendido
4. Teleológico: ha de comprobarse si en realidad, en el caso concreto, se produjo efectivamente una situación de total indefensión.

Por tanto, si comprobamos la conducta de María podremos analizar si en realidad concurren los cuatro requisitos anteriores. Por un lado, se trata efectivamente, de un delito contra la persona, recogido en el Título Primero del Libro II del CP, tendente a acabar con la vida de

¹⁶ GONZÁLEZ CUSSAC J.L. (coord.) *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. pp. 60 y ss.

Manolo. Por otro lado, el hecho de haberle golpeado en la cabeza en un primer momento para lanzarlo del barco posteriormente podríamos interpretarlo tanto como el empleo de una forma de ejecución tendente a asegurar su acción contra Manolo como la búsqueda de que el ofendido oponga la mínima defensa, por lo que se cumplirían el segundo y tercer requisito. Por último, el estado en el que se pudo haber encontrado Manolo una vez después de recibir el golpe podría considerarse una situación de total indefensión, por lo que el requisito teleológico también se cumpliría.

Es en ese carácter sorpresivo dónde reside el fundamento de la alevosía, pues reduce considerablemente las posibilidades de la víctima de defenderse al no esperar el ataque por parte del agresor. Es muy difícil que alguien que no cree o espera que ese ataque se vaya a producir pueda prepararse contra él. La indefensión se produce en ese mismo momento, pues el agresor puede prevalerse del carácter sorpresivo de su acción al jugar, por así decirlo, con ventaja.

Si analizamos el caso, podríamos entender que, al igual que establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no existe alevosía porque la víctima está en medio de una discusión y puede esperar ese posible ataque contra su integridad. Sin embargo, en ningún momento se habla de ninguna discusión, sino que Manolo le comunica a María su intención de acabar con el matrimonio y esta reacciona de una manera desmedida. Además, no es poca la doctrina que entiende que *“no cabe descartar la posibilidad de que en un determinado caso alguno de los contendientes puede no contar con un ataque contra su vida, o un grave atentado contra su integridad corporal”*.¹⁷

Tendría más sentido aplicar al supuesto lo que el Tribunal Supremo ha calificado como alevosía convivencial, que es aquel tipo de alevosía basado en una relación de estrecha confianza derivada de la convivencia, lo que conlleva que la víctima no se pueda esperar en ningún momento un ataque de grandes magnitudes, como en el caso de Manolo y María. Así se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia 16/2012¹⁸, al dictaminar que *“se trataría, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día”*. Por tanto, existe este tipo de alevosía cuando se comete contra la pareja, incluso aunque haya existido una discusión, porque lo que realmente importa es la especial confianza entre ellos.

Por tanto, podríamos afirmar que concurre la agravante de alevosía, que significa calificar la conducta como asesinato y no como homicidio. Ahora sería sensato comprobar si la reacción de María, producto de una sensación de ira y obcecación, es incluíble en la atenuante recogida en el art. 21.3 CP. Según este, es una circunstancia atenuante *“la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”*.

¹⁷ ARIAS EIBE, M.-J., “La Circunstancia Agravante de Alevosía”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, núm. 07-03, p. 03: 16.

¹⁸ STS 16/2012, de 20 de enero de 2012, fto. jco. segundo.

De acuerdo con ARIAS EIBE¹⁹, *“la doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en admitir la compatibilidad de la alevosía con la atenuante de estado pasional y con cualesquiera otras que afecten a la imputabilidad, siempre que el agente conserve la lucidez suficiente para captar el alcance del modo de agresión utilizado y la ventaja que para su propósito supone la indefensión del sujeto pasivo”*. Esto quiere decir que la existencia de la obcecación no impide que el agresor haya tenido pleno conocimiento en cuanto a qué hacer en vistas de impedir una defensa por parte de la víctima. Es decir, es perfectamente compatible el hecho de intentar el aseguramiento de la conducta agresiva con el estado pasional fruto de la obcecación.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, la reacción de María podríamos entenderla como un ataque de celos consecuencia de la confesión por parte de Manolo de su intención de acabar con el matrimonio tras haber conocido a otra persona. En relación a si los celos constituyen la atenuante de ira, nos encontramos con la Sentencia del Tribunal Supremo nº754/2015²⁰ que afirma que *“los celos no pueden justificar la atenuante de obrar por un impulso de estado pasional, pues a salvo los casos en que tal reacción tenga una base patológica perfectamente probada, de manera que se disminuya sensiblemente la imputabilidad del agente, las personas deben comprender que la libre determinación sentimental de aquellas otras con las que se relacionan no puede entrañar el ejercicio de violencia alguna en materia de género”*. Por tanto, la simple comunicación de Manolo de sus intenciones no sería suficiente para admitir que la agresión de María está parcialmente nublada por un estado de obcecación del 21.3 CP.

La sentencia anterior es un ejemplo de la numerosa jurisprudencia en la que se reconoce que no deben incluirse los celos en la atenuante de ira u obcecación. Otro ejemplo lo encontramos en la Sentencia nº 1424/2004²¹, en la cual se reconoce que *“el desafecto o el deseo de poner fin a una relación conyugal o de pareja no puede considerarse como un estímulo poderoso para la parte contraria y no tiene eficacia para sustentar una posible atenuante de arrebató u obcecación”*. Es decir, la decisión de poner punto y final a una relación es una decisión que debe ser admitida socialmente, en cuanto ninguna pareja tiene la obligación de ser eterna y ambos componentes deben tener la libertad para decidir sobre su vida y su futuro. Por tanto, el simple hecho de que una de las partes desee romper el vínculo y la otra no lo quiera así no permite que esta pueda imponer su voluntad sobre la otra, sino que el núcleo de la pareja debe cimentarse en un plano de igualdad, que en ningún caso admite el empleo de la violencia.

Igualmente lo aplica en su Sentencia nº 201/2007²² al entender que *“la pérdida del afecto de la pareja no puede considerarse estímulo idóneo para hacer que entre en juego el mecanismo reactivo apto para dar lugar a la aplicación de la atenuante del 21.3 CP”*.

Finalmente, una vez desmenuzada la conducta agresiva de María, tras observar que no se trata de un homicidio, puesto que concurre la agravante de alevosía que convierte su agresión

¹⁹ ARIAS EIBE, M-J., “La Circunstancia Agravante de Alevosía”, cit, pp 03: 24 y ss.

²⁰ STS de 27 de diciembre de 2015, fto jco, segundo. (Id Cendoj: 28079120012015100802)

²¹ STS 1424/2004, de 1 de diciembre de 2004, fto. jco. décimo tercero.

²² STS 201/2007, de 16 de marzo de 2007, fto. jco. tercero.

a Manolo en un asesinato, y tras comprobar que los celos no son incluibles en la atenuante del art. 21.3 CP, debemos aplicar el art. 139 CP, en el que se castiga con una de pena de quince a veinte años al que matase a alguien con la concurrencia de la ya citada alevosía. En relación a la pena, es necesario matizar que la Ley Orgánica 1/2015²³ ha cambiado los años de condena del asesinato. En la actualidad, este delito se castiga con la pena de prisión de quince a veinticinco años, pero teniendo en cuenta el art. 9.3 CE²⁴, las leyes penales solo pueden ser aplicadas a los hechos que hayan tenido lugar una vez que hayan entrado en vigor. Existe una excepción a esto, que es el caso de que las nuevas medidas sean más favorables para el reo, conocida como la retroactividad de la ley penal más favorable. Por tanto, expuesto esto, si antes de la reforma la máxima pena impuesta al delito de asesinato era de veinte años, y actualmente es de veinticinco, habría que aplicar la pena que existía en el momento de la comisión del delito. A esto, habría que sumarle la circunstancia mixta de parentesco recogida en el art. 23 CP que agravaría la responsabilidad de María, al haber cometido el delito contra su cónyuge.

De todas formas, hay que tener en cuenta a la hora de juzgar el delito que el cadáver de Manolo no ha aparecido, por lo que solo existen las declaraciones de María en las que confiesa lo sucedido -posteriormente analizaremos si son válidas estas escuchas para culpar a María del delito-. En el supuesto de que fuesen válidas, la simple confesión no es suficiente para determinar la existencia del delito, pues la misma ley obliga al juez a comprobar la existencia del mismo, pues podría tratarse de un falso testimonio. Bien es cierto que se puede descubrir el delito aunque no exista el cuerpo, pero para ello serían necesarios medios de prueba, tales como testigos, peritos o pruebas biológicas. Además, es mucho más difícil determinar si se ha tratado de un homicidio o de un asesinato, al no poder realizarse ninguna prueba.

Todo lo anterior correspondería aplicarse en el momento en que Manolo está presuntamente muerto y firme la declaración de fallecimiento. Sin embargo, una vez aparecido Manolo no se trataría de un asesinato, sino de una tentativa. Así lo establece el art. 16 CP, al considerar que existe 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”*. Esto es lo que ocurre en el supuesto concreto, en el que María intenta acabar con la vida de Manolo, después de sufrir un brote de ira, pero el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad de esta.

Por su parte, la tentativa puede ser acabada o inacabada, dependiendo del grado de ejecución de los actos del agresor y de las medidas llevadas a cabo para asegurar la realización del delito. El art. 62 CP establece que la pena se rebajará uno o dos grados dependiendo de lo

²³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁴ Art. 9.3 CE: *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”*

anterior. Teniendo en cuenta que María realizó todo lo que estaba en su mano para acabar con la vida de Antonio, lanzando a este desde un barco con la intención de asegurar su acción, procedería rebajarle un solo grado a la pena fijada para el delito de asesinato.

B. Determinar la validez de las escuchas telefónicas.

Para resolver esta cuestión existe un problema, pues en el caso no se menciona el momento concreto en el que se producen estas escuchas. Los artículos aplicables al caso cambiarían dependiendo de que en qué momento se sitúen dichas escuchas, puesto que la legislación que las regula ha sido modificada considerablemente. El contenido apenas varía, puesto que lo que anteriormente la ley no recogía, lo había ido solucionando la jurisprudencia a lo largo del tiempo. Con la Ley Orgánica 13/2015²⁵ se reforma la LECrim para adaptar la legislación a las formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías. Entre las modificaciones introducidas se encuentra una minuciosa regulación de las intervenciones telefónicas.

Siguiendo el orden en que se relatan los hechos, y teniendo en cuenta que, como consecuencia de la intervención telefónica que se le hace a Marcial, María es acusada de asesinato, lo prudente sería situar dichas escuchas en un momento anterior a la aparición de Manolo. De esa manera, María podría ser acusada de tal delito, puesto que sin conocimiento del paradero de su anterior marido, podría pensarse que esta ha cometido el asesinato que relata a través del teléfono a su amiga. Si, de forma contraria, el relato de los hechos acontecidos en el barco sucediese en un momento actual, es decir, una vez reformada la ley y aparecido Manolo, lo normal sería que María no fuese acusada de asesinato, sino de una tentativa, pues consta fehacientemente la supervivencia de este. Por tanto, teniendo en cuenta esto, vamos a resolver esta cuestión pensando en un momento procesal anterior y situando dichas escuchas, de acuerdo al orden en que se relatan los hechos, en un momento anterior a las palizas. De esta forma, la ley aplicable al caso sería la LECrim anterior a la importante modificación reciente.

En primer lugar, para poder determinar la validez de las escuchas telefónicas en las que se escucha a María, primero es necesario analizar el proceso para determinar una intervención telefónica y sus requisitos.

Hasta hace relativamente poco, el artículo 579 LECrim resultaba insuficiente para la regulación de algo tan importante como son las intervenciones de las comunicaciones. Además de contener numerosas lagunas, tales como la duración de la intervención o el objeto de la misma, se olvida de cosas tan importantes en el tiempo actual como una regulación de las comunicaciones a través de Internet. Este ha necesitado de la doctrina del Tribunal Constitucional, así como del Supremo, para depurar y suplir las diferentes lagunas. Ahora, con la modificación de la LECrim la situación ha cambiado, pues ya se regulan minuciosamente las cuestiones que los tribunales habían tratado de responder a lo largo de los años.

²⁵ 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.

El secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental recogido en nuestra Constitución, concretamente en su art. 18.3, donde especifica tres tipos de comunicaciones, como son las postales, telegráficas y telefónicas. El propio artículo establece que el derecho puede verse restringido como consecuencia de una resolución judicial. Para ello, sería necesario que el juez de instrucción acordase la intervención de las comunicaciones de una determinada persona, en una resolución judicial motivada, tras asegurarse de que concurren una serie de requisitos. Es más, tal es la protección de este derecho, que el propio art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dice que no tendrán ningún efecto las pruebas que se obtengan, de alguna manera, violentando derechos o libertades fundamentales.

Pero es que no solo encontramos protección de este derecho a nivel nacional, sino que la misma Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 12, reconoce que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias a su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques”*. Por tanto, observamos la importancia que tiene este derecho fundamental, así como las limitaciones que tiene su restricción.

Por tanto, dentro del concepto de intervención telefónica debería incluirse todo aquel acto de investigación que limite el derecho recogido en el art. 18.3 CE, a través del cual el juez, en el desarrollo de un proceso penal, acuerde, mediante resolución judicial motivada, el registro de las llamadas del presunto autor de un delito de especial gravedad. La encargada de llevar a cabo la intervención es la policía judicial, que a través de dicha intervención podrá ir construyendo la prueba del delito y la participación del autor en el mismo. Es necesario que el juez acuerde esta medida dentro de un procedimiento penal ya abierto, puesto que la limitación del derecho fundamental solo puede disculparse de existir indicios de responsabilidad criminal. Además, solo podrá decretarse por un tiempo concreto.

Dado que, como hemos visto, el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental y su intervención lo restringe, es necesario que se cumplan determinados requisitos para poder acordar su realización:

En primer lugar, nos encontraríamos con el principio de proporcionalidad, en virtud del cual se exige que debe de existir una razón de peso para que se pueda restringir el derecho fundamental. Así lo apuntó la Sentencia del Tribunal Constitucional nº49/1999²⁶ al reconocer que *“una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede entenderse constitucionalmente legítima, desde la perspectiva de este derecho fundamental, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad”*. Además, la Sentencia nº154/2002²⁷ del mismo tribunal establecía que *“todo acto o resolución que limite derechos fundamentales [...] ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone”*.

²⁶ STC 49/1999, de 5 de abril, fto. jco. séptimo.

²⁷ STC 154/2002, de 18 de julio, fto. jco. octavo.

Dentro del principio de proporcionalidad nos encontramos con otros principios que lo integran y le dan forma. Uno de ellos es el principio de legalidad, fundamentado en el art. 8 de la Carta Europea de Derechos Humanos, en el que se recoge que *“toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan”* y que estos solo podrán ser utilizados con el consentimiento de la persona o por causa recogida en la ley. Por tanto, es necesario que para el juez acuerde la intervención telefónica, su causa esté recogida y proceda de acuerdo a una ley.

Otro de los principios dentro de los cuales debe decretarse la intervención telefónica es el principio de necesidad, en virtud del cual es preciso que esta se justifique como la medida menos gravosa para conseguir el resultado deseado, de manera que se afecte lo menos posible el derecho fundamental. Es decir, no basta con que la ley fundamente la elección de esta medida por parte del juez, sino que sea estrictamente necesaria su adopción. Para ello, será necesario que, por un lado, se trate de un delito grave. En relación a esto, GIMENO SENDRA²⁸ afirma que existen dos tesis: por un lado, que la medida se destina al procesado, entendido como sujeto pasivo de un auto de procesamiento, diferente del imputado, y que solo se puede dictar en delitos graves; por el otro lado, se equipara el concepto de procesado al de imputado y por tanto podría acordarse para todos los delitos. Además, será necesario también que esta intervención tenga lugar en el curso de una instrucción judicial, no en cualquier momento procesal previo.

Además de todo lo anterior, es necesario que, tal y como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº197/2009²⁹, *“la resolución judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que han de ser algo más que simples sospechas, pues han de estar fundados en alguna clase de datos objetivos, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los periodos en los que deba darse cuenta al Juez”*.

La existencia de todos estos requisitos se justifica porque es necesario velar por el derecho del art. 18.3 CE, puesto que una sentencia fundamentada en escuchas telefónicas obtenidas de manera fraudulenta no solo vulneraría el derecho al secreto de las comunicaciones, sino también el derecho recogido en el art. 24. 2 CE por el cual toda persona tiene derecho a un proceso con todas las garantías. Una de esas garantías procesales sería el no ser condenado con una prueba obtenida de manera ilegal, a través de la vulneración de derechos fundamentales.

De ahí que haya países en los que para decretar una intervención telefónica es necesario que el delito sea uno de los recogidos en las listas cerradas en los que se permitiría dicha intervención. En España no existen esas listas cerradas, pero sí que se dice que hay que atender a la naturaleza del delito investigado, tanto a la pena prevista como a la importancia

²⁸ GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2014, p. 282.

²⁹ STC 197/2009, de 28 de septiembre, fto. jco. cuarto.

de este. Por tanto, se exige que se traten de delitos graves, dentro de los cuales se encontraría el tráfico de drogas por el que es investigado Marcial.

Hasta ahí, y con la información de la que disponemos, entendemos que la intervención telefónica hecha a este goza de una total validez, en cuanto se investiga un delito grave, como es el tráfico de drogas, porque suponemos que se tienen indicios suficientes para proceder a la declaración de tal medida. Los indicios son fundamentales para decretar esta medida, pues el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 220/2006³⁰ reconoce que *“no se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar sospechas”*, de modo que no podría decretarse sin tener una base sobre la que apoyarse. En el mismo sentido se pronuncia en su Sentencia nº 259/2005³¹ al reconocer que *“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 grave por una determinada persona”*.

Ahora bien, determinada la validez de las escuchas a Marcial, es necesario saber si las escuchas hechas a María gozan de la misma validez, pues el delito que descubren a través de ellas no es el mismo para el que estaban autorizadas.

En primer lugar, no se hace alusión alguna al teléfono desde el cual María hace la llamada, pues bien puede tratarse del suyo propio o del de su marido. Respecto a esto, dado que en el caso se determina que el investigado es Marcial y no María, así como tampoco se dice en ningún momento que existan sospechas de que esta pudiese ser cooperadora del delito de su marido, deducimos que la única posibilidad de que se escuche la conversación entre María y su amiga es a través del teléfono de Marcial, que es el único intervenido. En relación a esto, dice el Tribunal Supremo en Sentencia nº 905/2003³² que *“lo relevante es que conste la identidad del titular del móvil para que la intervención sea correcta junto con los demás requisitos de uso constitucional, de suerte que la utilización esporádica de tal móvil por otra u otras personas del grupo de personas implicado en la actividad delictiva enjuiciada no exige una nueva autorización de la intervención en función de quien utilizase en cada momento el móvil, que estaría en contra de la lógica de la naturaleza de las cosas porque tal utilización indistinta no supone corte o cesura relevante ni en la autorización judicial concedida ni en el hecho que se investiga.”* Pero en dicha sentencia se habla de una persona relacionada con el delito investigado, totalmente diferente del caso de María.

La utilización por parte de una tercera persona del teléfono intervenido, dice el TS, no significa la vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones, pues la autorización que da lugar a tal intervención cubre todas las comunicaciones realizadas por el teléfono intervenido, aunque este sea utilizado por otra persona. Lo importante, a efectos legales, es la identidad del titular de la línea intervenida. Asimismo, reconoce que *“es indiferente para la*

³⁰ STC 220/2006, de 3 de julio, fto. jco. tercero.

³¹ STC 259/2005, de 24 de octubre, fto. jco. segundo.

³² STS 905/2003, de 18 de junio, fto. jco. cuarto.

validez de las informaciones obtenidas la identidad de la persona que haga uso de dicho terminal”. En este sentido se pronuncia CASANOVA MARTÍ³³, pues entiende que “no se vulneraría el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas que usen el teléfono objeto de intervención sin ser titulares del aparato”.

Pero en este caso, María no relata nada que pueda ayudar a esclarecer el delito que está siendo investigado, sino que cuenta un delito totalmente diferente que la inculpa a ella misma. Esto es lo que se conoce como un hallazgo ocasional que, de acuerdo con CASANOVA MARTÍ³⁴, “la doctrina científica se ha encargado como aquellos descubrimientos accidentales en el desarrollo de una intervención telefónica previamente autorizada por un juez dentro de una investigación penal que revele la comisión de un hecho ilícito nuevo desconocido hasta el momento, planteándose entonces la legitimidad de la utilización de esos hallazgos”. Es decir, que en el marco de una investigación encaminada a descubrir un determinado delito se conoce la comisión de otro hecho punible para el que la medida no había sido autorizada o se descubre la intervención de un tercero que no había sido, en principio, investigado. El hecho de que se produzca este hallazgo plantea el problema de si, efectivamente, tendría valor probatorio a efectos del proceso en curso o si, de forma contraria, el hecho de que este descubrimiento se produzca fuera del ámbito para el que estaba acordada la medida destruya cualquier eficacia probatoria.

Para resolver este problema, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ³⁵ considera que hay que distinguir entre “función probatoria y función investigadora”. En el primer caso, el hallazgo casual podría utilizarse como prueba en el procedimiento en el que se descubre, siempre que tenga relación con el delito investigado. De esta forma, lo que se tendría que hacer es conceder una orden judicial que amplíe la primera y seguir con la investigación. Sin embargo, en relación a la función investigadora, el descubrimiento solo permitiría que se diera inicio a una nueva instrucción con el ánimo de ahondar en tal hallazgo, funcionando este como mera noticia criminis. En ese caso, el juez, volviendo a determinar si concurren todos los requisitos necesarios para decretar una investigación, decretará una nueva autorización judicial que permita la investigación de ese nuevo delito.

Es esta la misma línea que sigue ÁLVAREZ DE NEIRA KAPPLER³⁶ al afirmar que “no puede renunciarse a investigar la noticia criminis incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello precisara de una autorización judicial específica o una investigación diferente, de la que aquélla sea mero punto de arranque.” Pues de lo contrario, el hecho de no comunicar el descubrimiento fortuito al juez que proceda no solo vulneraría

³³ CASANOVA MARTÍ, R. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*, Ed. Bosch, 2014, Barcelona, pp. 118 y ss.

³⁴ CASANOVA MARTÍ, R. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*, cit., pp. 87 y ss.

³⁵ LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990, p. 92.

³⁶ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. *Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)*, Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje no 2, 2011, p. 6.

el derecho al secreto de las comunicaciones, sino también al derecho a un proceso con todas las garantías, recogido en el art. 24.2.

En nuestro caso lo que importa es la denominada función investigadora, puesto que el delito cometido por María se descubre dentro de un procedimiento en el que no se investiga ni ese delito ni a ese autor. Dada la nula relación entre un delito y el otro, descartamos completamente su valor probatorio, pues no existe relación alguna entre un presunto delito de tráfico de drogas cometido por Marcial con un presunto asesinato cometido por su esposa antes de haberse conocido.

Tendríamos de ejemplo el caso recogido en la Sentencia n°49/1996³⁷ del TC, en el que *“al amparo de una autorización judicial para la investigación de un presunto delito contra la salud pública, mediante la intervención del teléfono de una determinada persona se estuvo investigando durante un largo período de tiempo a otras personas mediante la intervención de sus conversaciones telefónicas, sin poner en conocimiento del Juez que autorizó la primera intervención telefónica los nuevos hechos descubiertos, ocultando la policía (...) estos hechos y la fuente de conocimiento de los mismos, lo cual, además de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de los imputados, constituyó asimismo violación del derecho a un proceso con todas las garantías ex art. 24.2 C.E.”* Asimismo, el Auto del TS de 18 de junio de 1992, conocido como el caso Naseiro, reconoce que existe una vulneración al derecho recogido en el art. 18.3 cuando en el desarrollo de determinadas intervenciones válidamente autorizadas aparecen nuevos delitos que no se ponen en conocimiento del juez competente de inmediato, pues se desvirtuaría la proporcionalidad de la medida. De igual manera lo recoge la Sentencia del TC n°681/2013³⁸ al insistir en *“ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma”*.

De acuerdo con la Sentencia del TS n°25/2008³⁹, el mayor problema para resolver esta cuestión lo constituye la discrepancia doctrinal existente en el mismo. No obstante, la resolución judicial citada proporciona dos posibles soluciones al caso:

“1) Si los hechos descubiertos tienen conexión con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efectos tanto de investigación cuanto posteriormente de prueba.

2) Si los hechos ocasionalmente conocidos no guardasen esa conexión con los causantes de acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera "notitia criminis" y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso.”

³⁷ STC 49/1996, de 26 de marzo, fto. jco. quinto.

³⁸ STC 681/2013, de 23 de septiembre, fto. jco. segundo.

³⁹ STS 25/2008, de 29 de enero, fto. jco. sexto

De ahí que la Sentencia del TS nº 616/2012⁴⁰ declare que *“aunque es cierto, que por la denominada doctrina del hallazgo casual se legitiman aquellas evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una intervención telefónica, eventualmente en un registro domiciliario, de forma totalmente imprevista, la doctrina ha exigido que, para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorprendidos, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición, y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma”*.

Un ejemplo perfecto sería el caso que se recoge en la Sentencia del TS nº864/2013⁴¹, en el que en el curso de unas intervenciones telefónicas de un determinado número, por el que se investiga un presunto delito de tráfico de drogas, cuya intervención, observación, grabación y escucha había sido acordada por un auto, se escuchan una serie de conversaciones en las que se puede relacionar a un tercer sujeto con un delito de revelación de secretos. En este caso, el descubrimiento no se puso en conocimiento del juzgado competente en ningún momento, por lo que no se dictó en ningún momento ninguna resolución acordando la intervención de un nuevo terminal para ahondar en ese nuevo delito. De esta forma, la Sala reconoce que *“se está refiriendo a una pluralidad de conversaciones telefónicas que sí hubieran exigido, para seguir la investigación, que se hubiera puesto en conocimiento del Juez instructor la primera de la que se infiere ese hallazgo casual, a efectos de que hubiere podido dictar una resolución que legitimara las nuevas conversaciones escuchadas en relación a un delito diferente del que se había tenido en cuenta para la autorización inicial”*. Siguiendo a LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ *“los descubrimientos casuales únicamente podrán servir para fundar una sospecha necesaria para incoar un sumario o unas diligencias previas, pero no para fundamentar, por sí solos, no ya la posible condena, sino tampoco la imputación”*.

Por tanto, una vez leída y analizada la jurisprudencia expuesta anteriormente, enlazándolo con lo dicho por LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, vemos como se admiten dos posibles soluciones ante los hallazgos casuales. Por un lado, cuando el descubrimiento tenga relación con el delito investigado, se admitiría la utilidad de este en la investigación; mientras que por el otro lado, en los casos en los que no exista ninguna conexión entre los hechos punibles, no tendría ninguna utilidad su hallazgo en el curso de la investigación abierta, sino que serviría como una simple noticia criminis. Además, no existe duda de que tanto en un caso como en el otro, se deberá poner en conocimiento del juez de forma inmediata para que, en caso de conexidad, amplíe las diligencias, o bien en caso de que no exista conexidad, decrete lo oportuno.

Es lógico que en estos casos, en los que se investiga un delito determinado y se descubre otro, no se renuncie a la investigación de este, aunque sea necesaria una nueva investigación. No tendría sentido que una autoridad descubriese un grave delito en un registro domiciliario o en una intervención telefónica y rechazase su posterior investigación por el mero hecho de las circunstancias en que se produce tal hallazgo.

⁴⁰ STS 616/2012, de 10 de julio, fto. jco. segundo.

⁴¹ STS 864/2013, de 19 de noviembre, fto. jco. único.

Por tanto, a mi entender, una vez leída y analizada tanta la jurisprudencia como la doctrina anterior, considero que el hecho de que se escuche a María relatando a su amiga Sara el asesinato que cometió años atrás no da en ningún momento lugar a que la acusen de asesinato. María en ningún momento es investigada, sino su marido Marcial. Además, este es investigado por un delito de tráfico de drogas, no un asesinato. En tal caso, este hallazgo inconexo daría lugar a que se informase al juez de ello y que este decretase lo que estime necesario, siendo solamente él el único capacitado para decidir qué hacer ante tal descubrimiento. La acusación de asesinato supondría una grave afectación al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, puesto que no existen más pruebas para determinar la comisión por parte de María del delito, por lo que no debería en ningún caso ser acusada de nada, sino que lo máximo que podría hacerse sería incoar unas nuevas diligencias para investigar y esclarecer el presunto delito.

V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL COMPORTAMIENTO AGRESIVO QUE OSTENTA MARCIAL CONTRA MARÍA Y CONTRA ELISA, ASÍ COMO LA VUELTA A LA CONVIVENCIA DE AMBOS TRAS LA PRIMERA DENUNCIA DE MARÍA.

A. Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y contra Elisa.

Para determinar de manera más eficiente las consecuencias jurídicas que derivan del comportamiento agresivo ofrecido por Marcial tanto contra su esposa, María, como contra su hija, Elisa, resulta necesario determinar en un principio el tipo de delito que encaja en cada una de las conductas llevadas a cabo por Marcial, para después establecer la pena que correspondería aplicar, según el delito de que se trate.

Tal y como habíamos expuesto anteriormente, el Código Penal ha sido recientemente modificado por la LO 1/2015, considerada como la reforma más intensa hecha al Código desde su aprobación. Como consecuencia de ello, se han modificado 252 artículos, así como se han suprimido 32. Por tanto, hay que tener en cuenta, antes de analizar penalmente las conductas, que los hechos se produjeron en un período temporal que transcurre desde el año 2010 hasta el 2013, por lo que habrá que estar atento a, en caso de haberse producido variación de la norma entre el momento de la comisión del delito y la actualidad, aplicar la pena que sea más favorable al reo.

1. Hechos punibles.

En el supuesto práctico observamos cómo María es víctima de continuas y numerosas agresiones por parte de su marido Marcial en diferentes momentos, siendo estas, en ocasiones, de profunda gravedad. Asimismo, su hija también sufre las consecuencias de la violencia de su padre, tanto como testigo de las palizas como propia víctima de las mismas.

Uno de los derechos fundamentales más relevantes reconocido en nuestro ordenamiento es el recogido por el art. 15 CE, en el cual se reconoce 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*”. Su importancia radica en que los demás derechos necesitan del reconocimiento de estos para su plena eficacia. Además, en relación con el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral existen cantidad de tratados internacionales suscritos por España, por lo que la protección no es solamente nacional. Por tanto, observamos que los delitos de lesiones no protegen solamente la integridad física, sino también la integridad psíquica.

En primer lugar, se habla de varias palizas recibidas por María, así como un continuo maltrato psicológico sufrido por esta. La primera agresión tiene lugar en enero del año 2010, cuando Marcial, movido por los celos, golpea fuertemente a María en la cara, produciéndole

un derrame en un ojo. En este caso, estaríamos ante el delito recogido en el apartado primero del art. 153 CP, en el que se establece que *“el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, cuando la ofendida sea o haya sido esposa”*. En dicho precepto se agrava, por el hecho de ser la víctima su cónyuge, la falta de lesiones recogida en el art. 617 CP⁴². Además, el tercer apartado del artículo citado establece una agravación de la pena en el caso de que el delito se produzca en el domicilio común.

En segundo lugar, en marzo del mismo año, María, que se encuentra en avanzado estado de gestación, recibe dos puñetazos en la barriga por parte de Marcial, tras haberla advertido violentamente para que regresase a casa, encontrándose esta en una cena con sus amigas. En este caso, no se menciona específicamente qué es lo que dice Marcial a María para que esta regrese a casa, pero podrían suceder dos cosas:

Por un lado, que Marcial amenazase a María con causarle a ella, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculada, tal y como recoge el art. 169 CP, *“un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico”*. En este caso, las amenazas serían consideradas como graves.

Por otro lado, podría darse el caso de que las amenazas de Marcial no sean de tanta gravedad, concordando su conducta con lo dispuesto en el art. 171.4, en el que se pena al que *“de modo leve amenace 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”*.

El bien jurídico que se protege mediante el delito de amenazas es la libertad de la persona, así como su derecho al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo de su vida, pues mediante las amenazas se atentaría contra el proceso de formación de la voluntad del sujeto. Para apreciar este delito de amenazas es necesario que la víctima crea que la intención es real, es decir, que entienda que el autor llevará a cabo su conducta. En todo caso, habría que atender a las especiales circunstancias de la víctima y la gravedad de las amenazas para apreciar este delito.

Además de dichas amenazas, María recibe una serie de puñetazos en la barriga que, pese a tener lugar en el momento del embarazo de la víctima, no tienen ninguna consecuencia ni en la salud de María ni en la de la niña. Aunque el supuesto no lo dice, puede deducirse la poca relevancia de los golpes a efectos médicos, pues la niña nace un mes después del episodio violento y no se hace mención alguna a problemas relacionados con dichos golpes. Pero, pese a que dichos golpes no necesiten de ninguna intervención quirúrgica, sí que serían perfectamente subsumibles en el delito del 153.1 CP, antes citado. Esto es así porque se trata de un golpe que no produce lesión, pero la víctima es su esposa. Además, sería aplicable la agravación contenida en el apartado tercero de dicho artículo al producirse la agresión en la vivienda familiar.

⁴² Con la reforma 1/2015 las faltas han desaparecido del Código Penal, considerándose actualmente como delitos leves. La falta recogida en el antiguo art. 617 se encuentra regulado actualmente en el art. 147.2 CP.

Continuando con sus comportamientos violentos, es en septiembre del 2010 cuando María, tras sufrir una violenta agresión por parte de Marcial, es ingresada en un hospital, donde permanece casi tres meses como consecuencia de dos intervenciones quirúrgicas necesarias tras las agresiones sufridas. De los golpes, María es operada por presentar lesiones tanto en el bazo como en el hígado, además de presentar varias cicatrices en la cara. En este caso, observamos como las palizas de Marcial tienen diferentes consecuencias en la víctima.

Por una parte, María necesita intervención quirúrgica en dos órganos- el bazo y el hígado- como consecuencia de las lesiones sufridas por los golpes. En este caso, sería aplicable el 148.4 CP, que se trata de una agravación del artículo 147.1 porque la víctima es la esposa del agresor. El citado artículo 147.1 condena al que *“causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental”*. Por otra parte, María también presenta diversas cicatrices en la cara derivadas de la paliza. En cuanto a las cicatrices, hay mucha jurisprudencia que se ha pronunciado en torno a ellas. Un ejemplo sería la Sentencia nº1277/2003 del TS⁴³, en la que se afirma que *“tres cicatrices en mejilla y sien izquierda, por sus características y lugar, que las hacen perfectamente visibles para cualquier persona que ponga sus ojos en la víctima (...) encajan, sin duda, en el art. 150 CP”*. De igual forma se pronuncia la Sentencia nº190/2004⁴⁴ del TS al reconocer que una cicatriz en la cara *“estigma de una llamativa visibilidad y rompe de forma aparatosa la armonía de la región anatómica más sensible en el plano estético”*. Por tanto, sería aplicable, de acuerdo con la jurisprudencia, el art. 150 CP, en el que se castiga al que causare a otro la inutilidad de un órgano o miembro no principal, así como la deformidad. Debido a que no se menciona que las cicatrices sean extremadamente graves, rechazaríamos la aplicación del art. 149.1⁴⁵ CP.

De este modo, puesto que son aplicables dos artículos diferentes para la misma conducta, nos encontramos ante un concurso de normas, regulado en el art. 8 CP. Ante tal concurso, debemos resolverlo en relación a lo establecido en el apartado cuarto de dicho artículo, al no ser aplicables ninguno de los criterios que establecen los tres preceptos anteriores, pues entre el art. 148.4 y el 150 no existe ninguna relación de especialidad, subsidiariedad o absorción. Siguiendo el criterio establecido por el artículo, *“el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”*, por lo que tendríamos que decantarnos por la pena establecida por el art. 150.

Con motivo de esta última paliza, María denuncia a Marcial debido al miedo que siente ante este, solicitando una orden de alejamiento. Sin embargo, a pesar de la orden de alejamiento, el matrimonio retoma la convivencia en diciembre de 2012. El 12 de octubre de ese mismo año, Marcial, en un estado muy alterado, golpea a María, así como también a su hija, produciéndole a esa última un importante derrame en el ojo derecho. En este caso, nos encontramos con dos conductas delictivas. Por un lado, los golpes a María encajan perfectamente en el art. 153.1 y 3, pues se trata de una lesión leve que se aplicaría en su mitad

⁴³ STS 1277/2003, de 10 de octubre, fto. jco. tercero.

⁴⁴ STS 190/2004, de 17 de febrero, fto. jco. tercero.

⁴⁵ Art. 149.1 CP: *“El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.”*

superior, tanto por producirse en presencia de un menor, como por hacerlo en el domicilio familiar. La posterior sedación que se le administra a María para paliar su ansiedad debería considerarse como mera asistencia facultativa, y no como un verdadero tratamiento médico o quirúrgico. Por otro lado, el puñetazo a su hija Elisa no quedaría impune, pues encajaría tanto en el apartado segundo como tercero del art. 153, ya que condena las lesiones leves en el caso de que la víctima sea descendiente del autor.

Además de todos los delitos anteriores, correspondientes a concretos episodios de violencia, habría que atender a lo establecido por el art. 173.2, en el que se castiga al que *“habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge”*. En cuanto a la concurrencia de este delito con todos los expuestos anteriormente, RAMON RIBAS⁴⁶ considera que *“la pena establecida en el artículo 173.2 se impondrá 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.”*

El mismo autor advierte de que el propio artículo 173, en su tercer apartado, establece que para apreciar la habitualidad a la que se refiere el segundo apartado se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, además de los actos violentos que hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. Ante esto, la Sentencia nº580/2006⁴⁷ del TS, reconoce que la exigencia de la habitualidad que necesariamente tiene que darse en el ejercicio de la violencia física dentro de las relaciones familiares ha dado lugar a diferentes corrientes interpretativas. Por una parte, se tiende a interpretar que son necesarias tres acciones violentas para poder apreciar habitualidad en el delito. Sin embargo, otra línea entiende que lo realmente importante a efectos de apreciar dicha habitualidad, más que el número de actos violentos, es la frecuencia con que se realice ese trato violento, es decir, la permanencia de este, de manera que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

En definitiva, para poder apreciar este delito no es necesaria la concurrencia de denuncias previas, sino que basta con que se acredite una situación de menosprecio continuada en el tiempo, que atente tanto contra el derecho a la dignidad de la persona.

En este caso, lo que la norma pretende proteger a través de la tipificación de este delito es algo mucho más amplio y relevante que lo que protege a través de los delitos de los actos de violencia concretos, detallados anteriormente, pues no solo se refiere a la integridad de la persona, sino también a valores y derechos como la dignidad de la persona, recogido en el art. 10 CE, o el libre desarrollo de la personalidad, así como también la seguridad de la víctima, recogido en el art. 17 CE. Además, quedarían afectados principios como la protección de la familia y la infancia, o la protección integral de los hijos que recoge el art. 39 CE.

⁴⁶ RAMON RIBAS, E. *Violencia de Género y Violencia Doméstica*, Ed. Titant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 66.

⁴⁷ STS 580/2006, de 23 de mayo, fto. jco. séptimo.

2. *Penas aplicables.*

Una vez determinados los delitos cometidos por Marcial durante todos los años que convivió con María, ahora procederemos a determinar las penas que corresponden a cada uno de ellos:

1. Un delito de malos tratos en el ámbito familiar, recogido y penado en el art. 153.1 CP, por el que se castigará 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. Además, procedería aplicar también el art. 153.3 en cuanto el delito haya tenido lugar en el domicilio común, por lo que correspondería la pena en su mitad superior.

En este caso, no ha variado la pena recogida en dichos preceptos con las sucesivas modificaciones que se han producido desde el año 2010, por lo que no plantea ningún problema la aplicación de esta. Sin embargo, lo que sí han variado son las reglas de la prescripción, pues en el momento de la comisión del delito, el art. 131.1 párrafo quinto CP establecía que los delitos menos graves prescribían a los tres años. Actualmente, el art. 131.1 párrafo cuarto CP establece la prescripción a los cinco años para los delitos no mencionados en ninguno de los demás párrafos, como es este caso. Si tenemos en cuenta el principio de aplicación de la norma más favorable al reo, tendríamos que aplicar el viejo precepto, por lo que el delito ya habría prescrito en la actualidad y no sería perseguible.

2. Un posible delito de amenazas, pudiendo tratarse estas de graves o leves. En el primer caso, procedería aplicar el art. 169 CP, por el que se aplicaría una pena de prisión de seis meses a dos años. En caso de tratarse de amenazas leves, se aplicaría lo contenido en el art. 171.4, por el que 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.

Tampoco se ha producido, como con el caso anterior, ninguna variación de la pena en estos artículos con las reformas sufridas por el CP, por lo que tampoco plantea ninguna dificultad la aplicación. Pero vuelve a ocurrir como en el caso anterior, pues se trata de un delito menos grave y la prescripción, atendiendo a lo establecido por el CP aplicable en el momento de la comisión, está fijada a los tres años, por lo que también estaría prescrito este delito.

3. Otro delito de malos tratos en el ámbito familiar, recogido y penado en el art. 153.1 y 3 CP. Al igual que en el caso anterior, estaría igualmente prescrito por las mismas razones, al producirse en la misma fecha que el anterior.

4. Un delito de lesiones, recogido y penado en el art. 150 CP, por el que será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.

En este caso concurre la agravante de parentesco del art. 23 CP, en el que se reconoce que *“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.”* En este caso, dado que se trata de un delito contra las personas, resulta obvio que actúa como una agravante. En relación a esto se pronuncia la Sentencia nº689/2012⁴⁸ del TS al reconocer que *“la circunstancia mixta de parentesco resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate. En los delitos contra las personas, su carácter de agravante no está basado, en realidad, en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, exigencia que llevaría a su práctica inaplicación como agravante en los delitos violentos contra las personas, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la ley dirigido a evitar esas conductas en esos casos, en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales.”*

Este precepto tampoco ha sufrido ninguna variación. En este caso, tanto el precepto aplicable en el momento de la comisión del delito como el actual son coincidentes, por lo que no plantea problema en cuanto a su aplicación. El art. 131.1 párrafo tercero CP establece la prescripción del delito a los 10 años en los casos en los que la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10. Como en este caso la pena máxima es de 6 años, no estaría prescrito este delito.

5. Otro delito de malos tratos en el ámbito familiar, recogido y penado en el art. 153.1 y 3 CP. La prescripción establecida por el art. 131.1 párrafo cuarto coincide en los dos momentos, por lo que la prescripción tendría lugar a los 5 años. Teniendo en cuenta que los hechos se producen en el 2013, todavía no ha prescrito.

6. Otro delito de malos tratos en el ámbito familiar, recogido y penado en el art. 153.1 y 3 CP. Este delito tampoco estaría prescrito al ocurrir lo mismo que en el punto anterior, siendo aplicable el art. 131.1 párrafo cuarto CP, por el que se establece una prescripción a los cinco años y todavía no han pasado.

En este punto, es necesario tener en cuenta que después de este episodio Marcial realiza una prueba de alcohol y drogas, en la que da positivo en cocaína y tiene una tasa de 0,75 ml en aire aspirado de alcohol. De esta forma, entra en juego la eximente de intoxicación del art. 20.2 CP⁴⁹. Tal y como pone de manifiesto MUÑOZ SÁNCHEZ⁵⁰ *“la eximente de*

⁴⁸ STS 689/2012, de 20 de septiembre, fto. jco. quinto.

⁴⁹ Art. 20.2 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.”*

⁵⁰ MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “Responsabilidad Penal del Drogodependiente”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, núm. 16-03, p. 03:1.

intoxicación requiere tres elementos: un presupuesto biológico o psiquiátrico, un estado de intoxicación en el momento de cometer el delito; un componente psicológico, imposibilidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de actuar conforme a ese conocimiento; un requisito negativo, que la intoxicación no haya sido provocada con el propósito de cometer el delito o que el sujeto haya previsto o debido prever que en estado de intoxicación podría cometer un delito”.

De acuerdo con esto, Marcial cumpliría con el primer requisito, pues las pruebas determinaron que estaba bajo efectos tanto del alcohol como de la cocaína. En cuanto al requisito negativo, se cumpliría porque, aunque no se dice, presuponemos que Marcial no consumió las drogas precisamente para pegar a María y a Elisa, pues en el pasado ya había cometido acciones similares sin necesidad de ninguna droga. Además, hay que tener en cuenta que se trata de un drogodependiente, por lo que no tendría sentido entender que no concurre este requisito. Por su parte, el segundo requisito alude a la falta de capacidad por parte del sujeto activo para conocer del carácter ilícito del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. Para que tal perturbación sea plena se hace referencia a la privación de las facultades intelectivas o volitivas del sujeto intoxicado. La capacidad de culpabilidad del autor tiene que aparecer anulada, o muy mermada, para poder apreciar la eximente incompleta.

En este caso, teniendo en cuenta que, por una parte, no se especifica detalladamente el estado en el que se encontraba Marcial en el momento de este episodio y, por otra parte, que este ya había realizado acciones como las que realizó bajo los efectos de las drogas y del alcohol, podría decirse que este último requisito no se cumple, porque podríamos interpretar que las drogas no anularon por completo su capacidad para entender lo que estaba haciendo, ya que no era la primera vez que vivía episodios como este. En virtud de esto, habría que aplicarle una eximente incompleta, recogida en el art. 21.1 CP, al no concurrir todos los requisitos requeridos.

Además, hay que tener en cuenta que Marcial acepta el ingresar en un centro de desintoxicación como una medida de reparación del daño. En cuanto a la reparación del daño, el art. 21.5 habla de que podría suponer una circunstancia atenuante de la conducta de Marcial *“la de haber procedido a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”*. En relación a si considerar la decisión de Marcial como una intención de reparar el daño, la Sentencia nº1346/2009⁵¹ del TS reconoce que *“lo decisivo es que el autor del delito exteriorice su voluntad de reconocimiento de la norma infringida que tipifica el delito cometido”*. Por tanto, podríamos que entender que la voluntad de ingresar en un centro destinado a superar sus problemas de adicción puede suponer el reconocimiento de la norma vulnerada, y por tanto, procedería aplicar la atenuante.

Por tanto, tal como establece el art. 66.2 CP, al concurrir dos circunstancias atenuantes en el mismo delito procederá la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados, debiendo

⁵¹ STS 1346/2009, de 29 de diciembre, fto. jco. quinto.

valorar el juez la entidad de las circunstancias atenuantes. De este modo, habría que rebajar la condena de los dos actos de violencia ejercidos tanto contra María como contra Elisa por estas razones.

7. Un delito de malos tratos habituales, recogido y penado en el art. 173.2 CP, por el que será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, 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 en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Además, 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 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

En este caso tampoco ha habido variación en lo relativo a la pena, por lo que tampoco plantea problema alguno su aplicación. Además, en virtud del art. 131.1 párrafo cuarto CP, no estaría prescrito porque todavía no han pasado cinco años desde el último acto.

Por tanto, y en virtud de los arts. 27 y 28, Marcial es responsable criminalmente de todos los delitos expuestos anteriormente, en concepto de autor de los mismos, en razón a su actuación directa en los hechos que integran los tipos penales.

Una vez determinada cada una de las penas aplicables a los hechos cometidos por Marcial, hay que atender a las normas del concurso para conocer de qué manera deben cumplirse dichas penas. Para ello, es necesaria la aplicación del art. 73 CP en el que se determina que *“al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”*. Observamos, entonces, que todos los actos de violencia ejercida contra María se configuran como un concurso real de acciones, puesto que cada una de las acciones da lugar a un delito, de modo que lo que procede es sumar las penas de cada uno de ellos, lo que se conoce como el principio de acumulación de penas. En relación a esto, entra en juego el art. 75 CP, en el que se recoge que cuando las penas que corresponden a cada infracción no puedan cumplirse de manera simultánea, lo procedente será que el condenado las cumpla de manera sucesiva, en orden a su gravedad. Además, el art. 76.1 CP establece una limitación a lo anterior, pues el tiempo máximo de privación de libertad no puede exceder del triple del tiempo previsto como la pena más grave que le haya sido impuesta, sin poder exceder, en todo caso, de 20 años, excepto algunas excepciones que no concurren en este caso. Por tanto, las penas que procedan imponer una vez superado el tripe de la pena más grave o, en su caso, los 20 años, se declararán extinguidas.

En este caso, observamos como la pena más grave es la que corresponde por el delito del art. 150 CP, en la que se recoge una pena de prisión de 3 a 6 años. Siendo 6 años la condena de mayor gravedad, teniendo en cuenta que no puede exceder, salvo excepciones que aquí no son aplicables, del triple de esta pena, lo máximo a lo que podría ser condenado Marcial es a 18 años.

B. Consecuencias jurídicas de la vuelta a la convivencia de Marcial y María tras la primera denuncia de María.

En el caso práctico se relata cómo María, tras una de las palizas en las que necesita de especial intervención quirúrgica, denuncia a Marcial debido al miedo que siente, así como también solicita una orden de alejamiento. Antes de proceder a analizar las consecuencias jurídicas relativas a la vuelta a la convivencia de la pareja, es necesario profundizar en la figura de la orden de alejamiento.

La medida de prohibición de aproximación o comunicación con la víctima o aquellos de sus familiares que determine el juez, conocida también como orden de alejamiento, puede adoptarse tanto como una pena, en una sentencia condenatoria, como una medida cautelar, en fase de instrucción. En el primer caso, sería una pena privativa de derechos recogida en el art. 48.2 CP⁵². En el segundo, sería una medida cautelar recogida en el art. 544 bis LECrim⁵³.

En el caso actual simplemente se menciona la denuncia del delito por parte de su víctima, María, así como la petición por parte de esta de una orden de protección, sin mencionarse en ningún momento la imposición de una pena. Por tanto, entendemos que en este supuesto estaríamos ante una medida cautelar, pues la pena necesitaría de una sentencia firme que la determinase, y en este caso no existe.

Por tanto, la orden sería una resolución provisional inclinada a tratar de proteger a la mujer y a sus descendientes de posibles agresiones por parte del cónyuge o persona de análoga relación. Es el juez de instrucción el que puede establecer esta medida cautelar en medio de la investigación de alguno de los delitos recogidos en el art. 57⁵⁴ CP. La medida tiene como

⁵² Art. 48.2 CP: “La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.”

⁵³ Art. 544 bis LECrim: “En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculcado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.”

⁵⁴ Art. 57 CP: “Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la

objetivo asegurar la integridad de la víctima a través de distintas obligaciones consistentes en un no hacer impuestas al presunto agresor. De este modo, la orden supondría una restricción de la libertad del agresor para la segura protección de la víctima.

Esta prohibición imposibilita al agresor a acercarse, en una distancia determinada, a las personas que el juez estime en cualquier lugar, así como también se prohíbe la aproximación al domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar al que dichas personas suelen acudir. La distancia será decidida por el juez atendiendo a las especiales circunstancias y características del caso. Además, este atenderá, de acuerdo al art. 544 bis LECrim, a la situación económica del inculpado, así como también a los requerimientos de su salud, además de a su situación familiar y actividad laboral.

Asimismo, no se trata solo de una prohibición de asistir a determinados sitios en los que la víctima pueda encontrarse, como hemos relatado, sino que la medida incluye también la prohibición de comunicación con esta. En relación al modo de comunicación, esta puede producirse a través de cualquier medio que lo permita, tanto si esta se produce cara a cara, como si se hace por medio de terceras personas o la comunicación tiene lugar mediante un teléfono móvil, ordenador o correo electrónico, entre otras muchas formas.

El requisito primordial a la hora de solicitar una orden de alejamiento es la denuncia por parte de la víctima de la realización de un delito, acreditando las circunstancias del mismo a través de las pruebas pertinentes, como puede ser un informe médico en el que consten las lesiones o la existencia de testigos que hayan presenciado los hechos. De este modo, el juez podrá tener unos indicios suficientes para poder imponer la medida al agresor.

El art. 62 de la LO 1/2004⁵⁵ establece que, una vez recibida la solicitud de adopción de una orden de protección, el Juez de Violencia sobre la mujer o el Juez de Guardia atenderán a lo dispuesto en el art.544 ter LECrim. En el mencionado precepto, se establece que *“el Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo”*.

Se desprende de dicho precepto que el juez, una vez recibida la solicitud de orden de protección, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al presunto agresor y a su abogado, además de al Ministerio Fiscal, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud. Celebrada dicha audiencia, el juez decidirá mediante auto lo procedente en relación a la orden de protección.

imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.”

⁵⁵ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Adoptada esta medida, la víctima quedaría protegida, como hemos relatado anteriormente, de las posibles acciones que pudiese llevar a cabo presunto agresor. Pero en el caso de María y Marcial la cosa cambia, pues lejos de respetar la finalidad principal de la orden de alejamiento, observamos como víctima y agresor vuelven a la convivencia una vez impuesta la medida cautelar. Por tanto, una vez analizada la figura de la orden de alejamiento, ahora es necesario resolver acerca de las posibles consecuencias que pudiesen derivarse de la reconciliación entre los dos.

Marcial, con una orden de alejamiento impuesta a su persona, por la que se prohíbe cualquier comunicación o aproximación a la víctima, vuelve a la convivencia con María. Esta, que en su momento solicitó dicha orden debido al profundo miedo que sentía por su marido, decide volver a la situación anterior previa a la denuncia, es decir, exponerse de nuevo a un posible episodio violento. Aunque, como vemos, los dos han decidido dejar sin efectos la medida cautelar, esto no significa que no se esté quebrantando la orden de alejamiento y, por tanto, cometiendo un delito. El consentimiento de la víctima, como afirma numerosa jurisprudencia, no tiene ningún efecto sobre el quebrantamiento de la condena. Y es que, aunque una parte de la doctrina entienda que esta solución es injusta, no son ni la víctima ni el agresor quienes pueden dejar sin efectos la medida cautelar, sino que será la Administración de Justicia quien decida en cada caso, atendiendo y valorando las circunstancias del caso. Para ello, no solo tendrá en cuenta la opinión de la víctima y su voluntad de correr el riesgo, sino que se valorará la seguridad de esta ante todo. En consecuencia de ello, será el juez quien, previa solicitud de retirada de la víctima, decidirá si procede su ineficacia. De este modo se pronuncia la Sentencia de la AP de Navarra nº 192/2005⁵⁶, al reconocer que *"la medida cautelar violada por el acusado está destinada, igual que las penas accesorias previstas en el art. 57 CP, a proteger esenciales bienes jurídicos, no disponibles, de las personas mencionadas en dicha norma, de forma que éstas no pueden en principio renunciar a dicha protección admitiendo la aproximación de quienes ya han demostrado su peligrosidad, en la vida en común, atentando contra dichos bienes jurídicos, aunque cabe que, tratándose de medidas cautelares siempre reformables, soliciten su cese del Juzgado de Instrucción que será quien decida, ponderando prudentemente las circunstancias en cada caso concurrentes, si la medida debe continuar o finalizar."*

Esta es la postura defendida por SOLÉ RAMÓN⁵⁷, al entender que *"numerosas resoluciones vienen a sostener que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio de los particulares. Las penas se imponen para ser cumplidas. Y es que el bien jurídico protegido por el delito de quebrantamiento de condena es "la eficacia de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales en orden a la ejecución y cumplimiento de determinadas penas o medidas"*.

Hay que tener en cuenta que la orden de alejamiento proviene de un órgano judicial, por medio de la cual se obliga a una persona a que no realice determinadas conductas, por lo que

⁵⁶ SAP Navarra nº 192/2005, de 28 de octubre, fto. jco. cuarto.

⁵⁷ SOLÉ RAMÓN, A-M. "El Consentimiento de la Víctima de la Violencia de Género y Doméstica y su Incidencia en el Delito de Quebrantamiento de Condena y de Medida Cautelar según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho Uned*, 2010, núm. 6, p.454

ni el destinatario de la medida ni ninguna otra persona pueden disponer de ella ni revocarla, aunque así lo deseen. Solamente el juez, del mismo modo en que la impuso, tiene la potestad para revocarla. Por tanto, mientras el juez no promueva dicha revocación, la medida cautelar debe cumplirse.

La jurisprudencia era variada al respecto, entendiendo en algunos casos lo anterior y en otros que la decisión de una pareja era lo que tenía que tener el juez en cuenta a la hora de dejar sin efectos la medida. Sin embargo, en Acuerdo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo del 25 de noviembre de 2008 se decide, para acabar con las dudas surgidas con los años, que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad respecto a la interpretación del art. 468 del CP en los casos de medidas cautelares de alejamiento en los que se haya probado dicho consentimiento de la víctima. Por tanto, visto esto, se estaría cometiendo un delito continuado de quebrantamiento de condena, concretamente el recogido en el art. 468.2 CP, por el que se impone la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.

Además de todo lo anterior, hay que tener en cuenta que, tal como apunta la Sentencia del TS nº10/2007⁵⁸, *“la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal -que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquélla- pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto”*. Del mismo modo, la propia sentencia apunta que el quebrantamiento de la medida cautelar se trata de un delito doloso que *“exige que el incumplimiento de la medida de que se trate sea de forma consciente”*. El mismo se consumaría cuando el destinatario de la medida, de forma consciente y voluntaria incumple la orden de alejamiento, siendo indiferente la finalidad del incumplimiento. No sería necesaria tampoco la existencia de un dolo específico, sino que bastaría con el dolo genérico *“de saber lo que se hace y actuar conforme a dicho conocimiento”*. En este caso, podría darse el caso de que Marcial actuase sabiendo el contenido de la prohibición y su obligatoriedad, y aún con esto, decidió volver a convivir con María.

Por tanto, y en tanto que se trata de una medida cautelar, ante esta situación en la que las dos partes pretenden dejarla sin efectos, sería necesario que ambos solicitasen la anulación de la orden de alejamiento por existir una modificación en las circunstancias, además de haberse producido la desaparición del peligro que en su día motivó su imposición. Puesto que se trata de una medida preventiva, como de su propia naturaleza se deriva, en caso de que se modifiquen las características de la misma, el juez podría revocarla antes de que se dicte una sentencia definitiva.

⁵⁸ STS 10/2007, de 19 de enero, fto. jco. segundo.

Sin embargo, aunque no es el caso, es prudente comentar que la solución distaría mucho de esta en caso de que la orden de alejamiento fuese impuesta a través de una sentencia firme. En ese caso, estaría acreditada la efectiva comisión por parte del agresor del delito denunciado, por lo que si la víctima, como en este caso, decidiese poner fin a la pena por voluntad propia, solo tendría la posibilidad de acudir a la institución del indulto.

Aún con todo lo anterior, puede darse el caso de que la persona que está quebrantando la medida impuesta resulte absuelta por darse un error de tipo o de prohibición, recogidos en el art. 14 CP. El primero consistiría en la realización de una conducta recogida en el CP sin conocer de su tipificación, mientras que en el segundo caso la persona sí que conocería la prohibición, pero cree que existe una circunstancia que eximiría su responsabilidad. Además, se diferenciaría en ambos casos si el error es vencible o invencible, resultando muy diferentes las consecuencias en un caso u otro. En caso de que el error sea invencible el hecho no se sancionaría, siendo indiferente el tipo de error. Sin embargo, si se trata de un error vencible, el resultado sería diferente si se trata de un error de tipo o de un error de prohibición. Si el error fuese de prohibición, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados; si el error fuese de tipo, la infracción será castigada como imprudente.

En este caso, podría concurrir cualquiera de los dos tipos de error antes mencionado. En caso de que existiese error de tipo, Marcial podría pensar que, de mediar consentimiento, la medida quedaría sin efectos y por tanto, su conducta no estaría penada. En caso de que existiese error de prohibición, Marcial podría ser consciente de que su reconciliación con María supone un quebrantamiento de condena, pero podría pensar que el hecho de que ella consienta eximiría cualquier responsabilidad posible.

En este punto es necesario tener en cuenta que la imprudencia solo se pena en los delitos que el CP prevé, por lo que, de no ser así, la imprudencia no se castigaría y la conducta quedaría impune. Por tanto, en caso de darse un error de tipo vencible, una vez probada por la parte la concurrencia de dicho error, no sería castigado por el delito de quebrantamiento de condena. Sin embargo, si hubiese un error de prohibición, habría de aplicarse lo establecido en el CP.

En este último punto se pronuncia SOLÉ RAMÓN⁵⁹, al afirmar que el consentimiento de la víctima no puede dejar indiferente al intérprete de la ley y habrá que entender que existe *“error de prohibición cuando se pueda considerar que el obligado al respeto de la orden de alejamiento crea que ya no tiene vigencia ante el consentimiento de la víctima. Y ello con las consecuencias exculpatorias o atenuatorias del art. 14.3 del Código Penal, según fuera invencible o vencible el error padecido por el imputado”*.

Por su parte, respecto al papel que juega la víctima en el quebrantamiento de condena por el consentimiento de esta, algunas Audiencias Provinciales entienden que la persona que permite el acercamiento del presunto agresor debe ser declarada coautora del delito de quebrantamiento, al haber sido la cooperadora necesaria o inductora del mismo. La solución

⁵⁹ SOLÉ RAMÓN, A-M. “El Consentimiento de la Víctima de la Violencia de Género y Doméstica y su Incidencia...”, cit., pp. 450 y ss.

en principio no está clara, puesto que mayoritariamente se entienda que la víctima no tiene ninguna responsabilidad penal, hay quien así lo afirma. Existen dos posturas al respecto:

Por un lado, de forma minoritaria, quienes opinan que la víctima también es culpable del delito. De esta manera se pronuncia la Sentencia de la AP de Barcelona nº273/2009⁶⁰ al dictaminar que *“lo decisivo para calificar la acción de Ana, como autora del delito del art. 468,2 del CP, o más correctamente como cooperadora necesaria conforme a lo dispuesto en el art. 28, según párrafo b) -figura asimilada a la autoría- es la acreditación de su conocimiento, es decir que conocía no solo la existencia de la prohibición de aproximación, sino también su alcance y tiempo de duración, que solo puede acreditarse fehacientemente mediante la prueba de la notificación de la resolución a la persona protegida por la orden (...) Actuando con ese conocimiento y sabedora de la vigencia de la medida cautelar acudió voluntariamente al encuentro con Mariano, de lo que se desprende el ánimo de incumplir con la resolución judicial (...) Su acción fue de cooperadora necesaria, puesto que aportó una conducta a la acción de Mariano sin la cual el delito de quebrantamiento de medida cautelar por el obligado no se hubiera producido”*

Por otro lado, quienes entienden que la víctima no tiene ninguna responsabilidad al consentir, pues no es ella sobre quien está impuesta la prohibición. Un ejemplo de ello sería lo que dice la AP de Pontevedra en Sentencia de 10 de mayo de 2011⁶¹ *“el hecho de que la mujer consintiera el acercamiento no puede hacerla cooperadora necesaria en la conducta de quien incumple la prohibición de acercarse, si tal prohibición solo a este fue impuesta. Es claro que la mujer protegida no puede ser autora material del delito especial propio del artículo 468.2 Código Penal en supuestos como el presente en que no es destinataria de la prohibición, por tanto no es la obligada a su cumplimiento.... No parece posible que la mujer beneficiaria de una orden de protección con el estatuto integral de protección conferido por el artículo 544 ter LECrim, que en su único deseo de reanudar la relación afectiva con su presunto agresor permita o busque incluso un acercamiento, pueda ser considerada como partícipe del delito especial propio del 468.2 Código Penal (...) En cualquier caso si se aceptara, lo que se dice como mera hipótesis, la posibilidad de su participación como cooperadora necesaria, concurriría el error invencible de tipo del artículo 14.1 Código Penal. En la medida en que Victoria no era la destinataria de la prohibición por tanto la obligada a su cumplimiento sino la protegida con tal medida, en que no se le ordenó ni requirió para que no permitiera que el obligado se le acercara o para no acercarse ella a él ni fue advertida de consecuencias penales para ella si consentía el acercamiento o lo buscaba ella misma, no podía conocer que con su conducta incurriría en la comisión de delito. La consecuencia conforme a los artículos 14.1 CP es la exclusión de la responsabilidad criminal, por tanto su libre absolución.”* Esta alternativa es mayoritaria y mucho más compartida por los Tribunales.

Así pues, apoyándonos en lo que la mayoría de los Tribunales entienden, María no tendría ninguna consecuencia penal por haber consentido en el quebrantamiento de condena.

⁶⁰ SAP Barcelona nº273/2009, de 4 de febrero, fto. jco. tercero.

⁶¹ SAP Pontevedra, de 10 de mayo de 2011, fto. jco. segundo.

En conclusión, una vez analizadas todas las posibles consecuencias que se podrían derivar de la vuelta a la convivencia de María y Marcial, podríamos decir que la solución no es única, sino que podrían darse diferentes resultados:

- Marcial podría cometer de forma dolosa el delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP. De esta forma, conociendo conscientemente la existencia de la medida y su prohibición, procedería a convivir con María sabiendo que, de esa forma, estaría cometiendo un delito. De esta forma, se le aplicaría la pena recogida en dicho precepto, ya relatada anteriormente, por la que se impondría una pena de prisión de seis meses a un año. El hecho de que se trate de un delito continuado haría que la pena se impusiese en su mitad superior, tal y como establece el art. 74.1 CP⁶².
- Podría ocurrir, también, que Marcial supiese de la prohibición establecida por la medida, pero que pensase que el consentimiento por parte de María eximiría cualquier responsabilidad penal, ocurriendo, de esta forma, un error de prohibición vencible. En este caso, se rebajaría la pena, tal como establece el art. 14.3 CP, en uno o dos grados.
- También podría darse el caso de que Marcial no supiese de la prohibición de la medida, al pensar que el consentimiento de María haría que esta quedase sin efectos. De esta forma, concurriría un error de tipo vencible, recogido en el art. 14.1. Este precepto señala que habría que calificar el delito como imprudente, pero el CP no recoge la imprudencia en caso de quebrantamiento de condena, por lo que la acción de Marcial resultaría impune.
- Por su parte, María, siguiendo la jurisprudencia mayoritaria, no tendría ninguna responsabilidad penal, puesto que no es la destinataria de la medida.

⁶² Art. 74.1 CP: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.”

VI. 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.

Para responder de una forma más clara y concisa a esta pregunta es necesario, en primer lugar, determinar qué régimen económico matrimonial regía entre María y Manolo a efectos de poder resolver las cuestiones pertinentes.

El matrimonio no solamente produce efectos dentro de la esfera personal de las personas que lo contraen, sino que este también tiene una serie de efectos de carácter patrimonial, que pueden ser muy diversos atendiendo a las especiales características de los contrayentes. Para regular ese conjunto de efectos, la ley contiene una serie de reglas, en algunos casos imperativas y en otros supletorias, para atender a las diferentes necesidades que se puedan derivar. De ahí que el art. 1315 CC recoja que *“el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”*.

Las mencionadas capitulaciones matrimoniales son el documento en el que las personas que contraen o van a contraer matrimonio estipulan las reglas patrimoniales que van a regir en su matrimonio. Estas deben realizarse ante un notario y constar en un documento público. De esta manera, la pareja podrá determinar las medidas que mejor se adapten a sus respectivos intereses. El propio CC le dedica un capítulo entero a esta figura⁶³, en el cual se desarrolla de manera concisa lo relativo a ella.

En el caso del matrimonio celebrado entre María y Manolo, no se detalla en ningún momento si la pareja, tanto antes como después de la boda, realizó capitulaciones matrimoniales para establecer el régimen patrimonial que deseaban configurar en su matrimonio, por lo que, ante la duda, entendemos que no fue el caso. Por tanto, traeríamos a colación lo que dispone el art. 1316 CC, que pone de manifiesto el carácter supletorio de la sociedad de gananciales, al afirmar que cuando no existan capitulaciones matrimoniales hechas por los contrayentes, el régimen económico del matrimonio será el de dicha sociedad.

El matrimonio se celebra el 26 de marzo de 1996, por lo tanto tendremos que atender al CC previo a la reforma de la ley 13/2005, de 13 de julio⁶⁴. Por entonces, el art. 1344 CC disponía que *“mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla”*. El contenido de la norma es el mismo en la actualidad, variando solamente en lo que se refiere a la diferencia entre los sexos, tras la legalización del matrimonio contraído entre personas del mismo sexo. En consecuencia de

⁶³ Capítulo II del Título III del Código Civil: DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

⁶⁴ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

esto, la sociedad de gananciales consistiría en la formación de un patrimonio común al que irían a parar, tal y como se deriva del art. 1347⁶⁵, los ingresos obtenidos por el trabajo o industria de cada uno de los cónyuges, así como los que surjan como frutos, rentas o intereses de los bienes que pertenezcan tanto a cada uno de los cónyuges privativamente como de los que pertenezcan conjuntamente a la comunidad, entre otras cosas. Tal como afirma LASARTE ÁLVAREZ⁶⁶ “*es indiferente que las ganancias se produzcan a consecuencia del trabajo de uno u otro, o de ambos, sin que exista regla de nivelación entre los ingresos procedentes de la actividad laboral o profesional desempeñada por los cónyuges*”. Asimismo, también es indiferente que el incremento de los bienes del matrimonio sea consecuencia de los frutos o rentas de los bienes privativos de la pareja, pues da igual si las ganancias son producidas por bienes comunes o privativos, pues serán consideradas, en todo caso, gananciales. De este modo, tal como se deriva del propio artículo del 1347 CC, mencionado anteriormente, los beneficios obtenidos constante el matrimonio corresponderán por mitad a ambos cónyuges, aunque no existirá reparto alguno entre los cónyuges hasta que se produzca la disolución de la sociedad de gananciales.

Una vez determinado el régimen en el que se sustentaba el matrimonio formado por Manolo y María y analizado el posible contenido, conocemos que los bienes que integraban el mismo eran los siguientes:

- Una casa que ambos tenían en común.
- Un piso que poseía Manolo de forma privativa en la costa de A Coruña.
- Una cuenta bancaria en la entidad Abanca que pertenecía a ambos en la que figuraban 65.000€.

El hecho de que tanto la cuenta bancaria como la casa pertenecieran a ambos puede explicarse por alguno de los apartados que contiene el art. 1347 CC. Lo más común sería que el dinero de la cuenta estuviese formado por los ingresos obtenidos por el trabajo o industria de ambos, así como por las rentas o intereses que produzcan cualquiera de sus bienes. Por su parte, aunque no lo sabemos a ciencia cierta porque carecemos de los detalles, sería lógico pensar que, como en la mayoría de los matrimonios, la casa habría sido adquirida mediante el caudal común.

Por otro lado, la razón de que el piso perteneciese de forma privativa a Manolo podría explicarse por alguno de los preceptos contenidos en el art. 1346 CC⁶⁷, siendo lo más habitual

⁶⁵ Art. 1347 CC: “*Son bienes gananciales: 1.º Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges; 2.º Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales; 3.º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos; 4.º Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho; 5.º Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1.354.*”

⁶⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de Familia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 170.

⁶⁷ Artículo 1346 CC: “*Son privativos de cada uno de los cónyuges: 1.º Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad; 2.º Los que adquiriera después por título gratuito; 3.º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos; 4.º Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges; 5.º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter*

que bien el inmueble hubiese sido suyo antes de celebrarse el matrimonio con María o hubiese sido adquirido por título gratuito, a través de, por ejemplo, una donación o una herencia, pero al igual que en el anterior caso, tampoco lo sabemos a ciencia cierta.

Esclarecido todo lo anterior y centrándonos en la cuestión que tratamos de resolver, hay que tener en cuenta que el art. 1392 CC establece que una de las causas por las que se disuelve la sociedad de gananciales es la disolución del matrimonio. De este modo, si interpretamos este precepto con lo recogido en el art. 85 CC y con todo lo resuelto en la primera cuestión del presente trabajo, sabríamos que una de las causas de disolución del matrimonio es la declaración de fallecimiento, que tendría unos efectos análogos a los de la muerte.

Así pues, acaecida la desaparición, una vez firme la declaración de fallecimiento, lo que procedería, de acuerdo al art. 196 CC, sería la apertura de la sucesión de los bienes del desaparecido *“procediéndose a su adjudicación conforme a lo dispuesto legalmente”*. A través de la sucesión lo que se hace es dar destino al conjunto de bienes y derechos que pertenecen a la persona desaparecida, y que sin ella permanecerían sin titular. Para abrir la sucesión es necesario retroceder al momento en que se fija como día de la muerte para poder determinar el montante que configura la herencia. Esta estaría comprendida, tal y como se desprende del art. 659 CC, por todos los bienes, derechos y obligaciones de la persona, siempre y cuando no se extingan con su muerte. En este caso, como no se menciona ningún tipo de derecho ni de obligación que pudiese pertenecer a Manolo, su herencia estaría formada por los bienes descritos anteriormente, es decir, mitad de la casa en común y de la cuenta, además del piso que le pertenece individualmente.

En el supuesto se recoge que María es la heredera universal de la herencia de Manolo, por lo que de acuerdo con el art. 944 CC *“en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente”*. De esta forma, María heredaría, tal y como afirman en el caso, todos los bienes pertenecientes en vida a Manolo. En este punto se pronuncia LASARTE ÁLVAREZ⁶⁸ al afirmar que *“en cuanto heredero abintestato, el cónyuge supérstite tiene preferencia respecto de cualquier pariente colateral, habiendo de recibir el consorte sobreviviente la herencia entera si no existen parientes en línea recta, trátese de descendientes y/o ascendientes”*.

A lo anterior solo se establece una condición, y es que, tal como se desprende del art. 945 CC, los cónyuges no se pueden encontrar separados, sea judicialmente o de hecho. Dado que María y Manolo no estaban separados de ninguna de las formas, procedería la sucesión a favor de María.

Una vez aceptada por María la herencia, esta pasaría a poseer la condición de heredero. De este modo, pasarían a su haber el conjunto de activos que perteneciesen a Manolo en vida, así como también el posible pasivo, formado por las deudas y cargas que pudiesen pertenecerle.

vivos; 6.º El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos; 7.º Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor; 8.º Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.”

⁶⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de Sucesiones*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 240.

Como ya habíamos puntualizado anteriormente, no se menciona nada más allá de los bienes, por lo que tendremos que entender que no existía ningún tipo de carga que pudiese perjudicar a María.

Así las cosas, María adquiriría la plena posesión de los bienes que forman la herencia, puesto que la sucesión por la declaración de fallecimiento no incluye ninguna condición resolutoria a la cual María tenga que atender y en virtud de la cual sus actos quedarían sometidos, sino que tendría total libertad con relación a la disposición de los bienes. Por tanto, los actos de disposición que María haga sobre los bienes heredados serían totalmente válidos.

Desmenuzadas las consecuencias que la declaración de fallecimiento produjeron en lo relativo al patrimonio, ahora es necesario saber qué acciones tendría Manolo con respecto a este una vez que se ha producido su reaparición.

En primer lugar, es necesario acudir al ya mencionado art. 196 CC, en el que se establece la obligación de los sucesores de formar ante un notario un inventario en el que se detallen los bienes inmuebles que forman la herencia, así como una descripción de los mismos. Esto se hará incluso en los casos, como el actual, en el que haya un único heredero y no sea necesaria partición alguna. Del propio artículo se deriva que el heredero podrá realizar todos los negocios jurídicos que quiera con los bienes heredados siempre y cuando tengan carácter oneroso, pues se establece un plazo de cinco años durante el cual no se podrá disponer de los bienes a título gratuito. Transcurrido este plazo, ya se podría realizar cualquier acto dispositivo sobre los mismos, teniendo el heredero una amplia libertad. De todos modos, el que hereda por razón de una declaración de fallecimiento tiene que ser consciente que la obtención de los bienes del desaparecido está sujeta a la posible reaparición de este.

Efectivamente, dicha reaparición se produce, y las consecuencias de esta en la esfera patrimonial vienen determinadas por el contenido del art. 197 CC, el cual recoge que *“si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido; pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto”*. Por tanto, de acuerdo a lo recogido por GUINEA FERNÁNDEZ⁶⁹, será necesario probar la existencia del declarado fallecido, bastando esto para que se tenga por nula la apertura de la sucesión, *“con respecto siempre de los derechos adquiridos por terceros de buena fe”*. El mismo autor afirma que el juez, ante la reaparición del desaparecido, dejaría sin efecto la declaración de fallecimiento que dio lugar a la apertura de la sucesión, así como declarararía la ineficacia de dicha apertura, además de condenar al poseedor de la cosa a devolverla a su legítimo propietario.

Por tanto, observamos cómo, tal y como establece el art. 197 CC, lo más fácil sería la instantaneidad de devolver al reaparecido los bienes que le pertenecían en la forma en que se

⁶⁹ GUINEA FERNÁNDEZ, D-R., *La Declaración de Fallecimiento en el derecho español*, cit, pp. 381 y ss.

encuentren. Sin embargo, lejos de la defensa que realiza CORRAL TALCIANI⁷⁰ de dicho precepto, al entender que la no necesidad de entrega previa de los bienes acelera la recuperación, el proceso no es tan rápido. Esto es así porque, efectivamente, sí que ha habido una sucesión cuyos efectos han de eliminarse y el proceso relativo a su supresión no es automático, puesto que la reaparición no basta por sí sola para cambiar la titularidad de los bienes objeto de la sucesión, sino que se necesita de algún tipo de acción para ello. Sin embargo, nos encontramos con un supuesto en el que sí se produciría la recuperación del patrimonio de forma automática, y este sería cuando los sucesores, en este caso María, devolviesen de forma voluntaria los bienes adquiridos con la sucesión, así como el precio de los vendidos o los obtenidos con el precio de estos.

El derecho de recobro que confiere el art. 197 CC se refiere al patrimonio que formaba la herencia. En este caso, como ya hemos dicho con anterioridad, ante la falta de mención de derechos y obligaciones pertenecientes a Manolo, este estaría formado solamente por los bienes indicados. La peculiaridad del precepto es que especifica que la recuperación de estos se producirá en el estado en el que estos se hallen. De esta forma, lo que logra el precepto es proteger a los terceros adquirentes que, de buena fe, hayan comprado los bienes que en su día pertenecieron a otra persona. Esto resulta lógico, puesto que los compradores no tienen por qué saber la procedencia de dichos bienes y que estos se hallan supeditados a la posible aparición de su anterior dueño. Es así como la ley favorece al tercero antes que al reaparecido, puesto que este último solo tendrá derecho al precio derivado de la venta, en vez de recuperar el propio bien.

Asimismo, aunque el propio CC protege al tercero adquirente sin necesidad de acudir a otras legislaciones, nos encontramos con un precepto en la Ley Hipotecaria que reforzaría este punto, pues el art. 34 de esta ley afirma que *“el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro”*.

Por otra parte, también se trata de proteger al sucesor del impacto que pueda producir en su patrimonio la reaparición del desaparecido, puesto que si con el precio de los bienes vendidos hubiese adquirido otros, no tendría que devolverle la cantidad resultante de la venta, sino que bastaría con la entrega de los bienes objeto de la posterior compra. Es así como se pronuncia la Audiencia Provincial de Las Palmas en su auto nº 640/2009⁷¹ al reconocer que *“la expresión contenida en el art. 197 C.C no puede tomarse en consideración de modo aislado sino aplicando el precepto legal en su totalidad, conforme al cual si los bienes o alguno de los bienes hubiese sido enajenado a tercera persona, dada la imposibilidad de recobrarlo, tendrá derecho según el mismo art. 197 a percibir el precio del que se hubiera vendido, o los bienes que con este precio se hayan adquirido”*. En todo caso, en aplicación del principio del

⁷⁰ HERRÁN TALCIANI, H. F. *La declaración de fallecimiento*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 339 y ss.

⁷¹ AAP de Las Palmas de 23 de marzo de 2009, fto. jco. segundo. (Id Cendoj: 35016370042009200039)

favor debitoris, María tendría la facultad de elegir la forma en la que devolverle a Manolo lo que le pertenece.

Por tanto, vemos como el derecho que tiene el reaparecido, en este caso Manolo, a la hora de recuperar lo que había sido suyo antes de la desaparición tiene carácter subsidiario, siendo sus opciones las siguientes:

1. recuperar los bienes en el estado en que se encuentren;
2. en caso de no poder realizarse lo anterior, tendría derecho al precio obtenido por la venta de aquellos;
3. en caso de que lo anterior tampoco fuese posible, su última opción sería el derecho a obtener los bienes adquiridos con el precio de los vendidos

En nuestro caso, aunque no se dice nada de la actitud que tendría María ante la petición por parte de Manolo de recuperar sus bienes, del hecho de que Manolo decida emprender medidas legales destinadas a recuperar sus bienes entendemos que no ha sido pacífica ni voluntaria. Lo que sí sabemos con certeza es que María no ha realizado ningún tipo de acto dispositivo de los bienes a título gratuito, sino que todos ellos han sido onerosos, por lo que la recuperación por parte de Manolo es más factible.

Por una parte, tenemos el dinero de la cuenta, que en su día contaba con 65.000€ y que ahora tan solo cuenta con 15.000€. No se dice nada acerca del paradero del dinero que falta, pudiendo haberse destinado este a la adquisición de un bien o simplemente haber sido gastado en otras cosas. El caso es que la cuenta le pertenecía a ambos por partes iguales, por lo que a cada uno le correspondería la mitad de esos 65.000€, es decir, 32.500€. De esta forma, en el caso de que María hubiese destinado ese dinero a la adquisición de algún bien tendría que dárselo a Manolo en virtud del derecho que este ostenta, o bien entregarle la cantidad de dinero.

Por otra parte, nos encontramos con la casa que pertenecía a ambos a partes iguales y que María ha vendido por 240.000€ a Eustaquio. Este caso es igual al de la cuenta bancaria, es decir, tienen una casa que pertenece a ambos a partes iguales y María la vende. Así las cosas, a Manolo le pertenecerían 120.000€ de esos 240.000€, pudiendo elegir María, en virtud del principio del favor debitoris, la forma de reintegro. No se dice nada, al igual que en el caso de la cuenta, de que María haya adquirido algún bien con ese dinero, por lo que esta tendría que reintegrarle a Manolo la suma de dinero obtenida con la venta y que a este le pertenece.

Y en último lugar, tenemos la casa que pertenecía privativamente a Manolo en la costa de A Coruña y que María vende a una amiga suya por la cantidad de 175.000€ a su amiga Miriam. En este último caso nos encontramos que el bien en cuestión ya no pertenece a ambos por igual, sino que este pertenece íntegramente a Manolo. Aunque el bien tuviese un valor en el mercado de 250.000€, María solo lo vende por 175.000€, siendo esta última cantidad la que tiene que reintegrarle a Manolo pues, tal y como se deriva del art. 197 CC, este ha sido el precio que María ha obtenido con su venta.

Por tanto, observamos con todo esto las acciones que tiene Manolo para recuperar todo lo que había sido suyo antes de la desaparición. Además, podemos comprobar como los derechos que ostentan tanto Miriam como Eustaquio sobre los bienes obtenidos a través de las respectivas compraventas no se ven alterados por la reaparición de Manolo, siendo María quien responderá en todo caso frente a Manolo.

VII. CONCLUSIONES

Una vez analizadas y desarrolladas todas las cuestiones suscitadas en torno al supuesto práctico de “violencia doméstica y venta de cosa ajena”, recogemos lo siguiente.

1. En torno a la validez y eficacia jurídica del matrimonio celebrado entre Marcial y María nos encontramos con el art. 85 CC que no plantea ningún problema a la hora de resolver esta cuestión, pues afirma que el matrimonio se disuelve, entre otras causas, por la declaración de fallecimiento. Por tanto, disuelto el matrimonio anterior de María, esta podría contraer posteriormente segundas nupcias si así lo deseara, como en este caso ocurre al casarse con Marcial. Por tanto, ante la claridad de este precepto dictaminamos que Manolo no tendría ninguna acción encaminada a poner fin al matrimonio celebrado entre María y Marcial.
2. En cuanto al delito cometido por María, hemos visto como hay dos posibles momentos en el que se puede analizar. Por un lado, el momento en el que Manolo está presuntamente muerto y en el que María estaría cometiendo un delito de asesinato, al concurrir la agravante de alevosía, por el que el art. 139 impone una pena de quince a veinte años de prisión. A esto se le sumaría la agravante de parentesco, al haber cometido el delito contra su por entonces cónyuge. El otro momento en el que podría valorarse el delito sería aquel en el que Manolo ya ha reaparecido, en el cual María sería juzgada por un delito de tentativa de asesinato, por el que se reduciría la pena anterior en un grado.
3. Por lo que respecta a la validez de las escuchas telefónicas hemos visto como el secreto de las comunicaciones se trata de un derecho protegido constitucionalmente en el art. 18.3 CE que puede verse restringido por una resolución judicial que necesita de una serie de requisitos. Siempre que se cumplan estos, las intervenciones telefónicas serán válidas. De ahí que entendamos que las efectuadas a Marcial, en el curso de una investigación por tráfico de drogas son perfectamente válidas, puesto que aunque carecemos de datos exactos, se trata de un delito grave que con los indicios suficientes sería posible su investigación de este modo. Sin embargo, nos encontramos con un hallazgo casual en el que María confiesa a una amiga un delito totalmente diferente al investigado mediante dichas escuchas. En este caso, analizada tanto la diferente doctrina como jurisprudencia, dictaminamos que dicho descubrimiento simplemente serviría para fundamentar la sospecha necesaria para iniciar unas nuevas diligencias, es decir, serviría como mera noticia criminis, pero en ningún momento para acusar a María de asesinato.
4. En relación a las consecuencias jurídicas que tendría el comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María, además de contra su hija, hemos observado que los continuos episodios de violencia dan lugar a diferentes delitos. De esta forma, Marcial cometería cuatro delitos de malos tratos en el ámbito familiar, recogidos en el art. 153.1 y 3 CP, dos de los cuales estarían prescritos por razón del art. 131.1 del CP vigente hasta julio de 2010, el cual establece una prescripción de los delitos menos graves a los tres años. A los malos tratos no prescritos sería aplicable tanto la

atenuante de eximente incompleta por intoxicación plena recogida en el art. 21.1 CP como la atenuante de reparación de daño recogida en el art. 21.5 CP. Además, Marcial también cometería un delito de amenazas, dado los pocos datos no sabemos si serían graves, recogidas en el art. 169 CP o menos graves, castigadas en el art. 171.4 CP, pero que también estaría prescrito por la misma razón que los anteriores. Además de estos, Marcial cometería un delito de las lesiones recogido en el art. 150 CP y un delito de malos tratos habituales penado en el art. 173.2 CP.

5. Por lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de la vuelta a la convivencia de María y Marcial tras la solicitud por parte de ella de una orden de alejamiento, hemos visto como existen varias posibilidades. Por una parte, Marcial, conociendo la existencia de la medida y su prohibición, podría ser autor de forma dolosa del delito continuado de quebrantamiento de condena del art. 468.2 CP, imponiéndose en su mitad superior en virtud del art. 74.1 CP. Por otra parte, podría ocurrir que Marcial fuese consciente de la prohibición, pero que creyese que el consentimiento por parte de María eximía cualquier tipo de responsabilidad, por lo que concurriría un error de prohibición vencible. En este caso, la pena se rebajaría en uno o dos grados, de acuerdo al art. 14.3 CP. Podría darse la posibilidad también de que Marcial no fuese consciente de ningún tipo de prohibición al pensar que el consentimiento de María dejaría sin efectos la medida. En este caso, estaríamos ante un error de tipo vencible, en virtud del cual se calificaría el delito como imprudente, pero dado que el CP no recoge la imprudencia en caso de quebrantamiento de condena, la acción de Marcial resultaría impune. En último caso, María no tendría ninguna responsabilidad penal en tanto que no es la destinataria de la medida.
6. Por último, en lo relativo a la validez jurídica de la disposición de los bienes hecha por María y las posibles acciones que pudiera tener Manolo en relación a ellas, entendemos que con la herencia, María obtendría la plena posesión de los bienes que la forman, pudiendo realizar cuantos actos desee, con la única limitación de que los actos a título gratuito no se podrán realizar hasta cinco años después de la desaparición. Una vez reaparecido Manolo, hemos visto como este cuenta con varias acciones que tienen un carácter subsidiario. En primer lugar, Manolo tendría el derecho a recuperar los bienes en el estado en que se encuentren; en caso de que se hubiesen vendido, Manolo tendría derecho al precio obtenido con su venta, y en caso de que se hubiese destinado ese dinero a la compra de otros bienes, tendría derecho a estos. Por su parte, los derechos que tanto Eustaquio como Miriam ostentan sobre los inmuebles que han comprado no sufrirían ningún perjuicio por la llegada de Manolo, pues sería María la que tendrá que responder ante Manolo.

VIII. JURISPRUDENCIA.

- STC 49/1996, de 26 de marzo, fto. jco. quinto.
- STC 49/1999, de 5 de abril, fto. jco. séptimo.
- STC 154/2002, de 18 de julio, fto. jco. octavo.
- STS 905/2003, de 18 de junio, fto. jco. cuarto.
- STS 1277/2003, de 10 de octubre, fto. jco. tercero.
- STS 190/2004, de 17 de febrero, fto. jco. tercero.
- AAP de Cadiz de 22 de marzo de 2004, fto. jco. primero. (Id Cendoj: 11004370072004200009)
- AAP de Madrid de 13 mayo de 2004, fto. jco. segundo. (AC 2004/1203)
- STS 1424/2004, de 1 de diciembre de 2004, fto. jco. décimo tercero.
- STC 259/2005, de 24 de octubre, fto. jco. segundo.
- SAP Navarra nº192/2005, de 28 de octubre, fto. jco. cuarto.
- STS 580/2006, de 23 de mayo, fto. jco. séptimo.
- STC 220/2006, de 3 de julio, fto. jco. tercero.
- STS 10/2007, de 19 de enero, fto. jco. segundo.
- STS 201/2007, de 16 de marzo de 2007, fto. jco. tercero.
- STS 25/2008, de 29 de enero, fto. jco. sexto
- SAP de Alicante de 10 de diciembre de 2008. (Id Cendoj: 03014370082008100534)
- SAP Barcelona nº273/2009, de 4 de febrero, fto. jco. tercero.
- AAP de Pontevedra de 5 de febrero de 2009, fto. jco primero(Id Cendoj: 36057370062009200093)
- AAP de Las Palmas de 23 de marzo de 2009, fto. jco. segundo. (Id Cendoj: 35016370042009200039)
- STC 197/2009, de 28 de septiembre, fto. jco. cuarto.
- STS 1346/2009, de 29 de diciembre, fto. jco. quinto.
- SAP Pontevedra, de 10 de mayo de 2011, fto. jco. segundo.
- STS 16/2012, de 20 de enero de 2012, fto. jco. segundo.
- STS 616/2012, de 10 de julio, fto. jco. segundo.
- STS 689/2012, de 20 de septiembre, fto. jco. quinto.
- STC 681/2013, de 23 de septiembre, fto. jco. segundo.
- STS 864/2013, de 19 de noviembre, fto. jco. único.

- STS de 27 de diciembre de 2015, fto jco, segundo. (Id Cendoj: 28079120012015100802)

IX. BIBLIOGRAFÍA.

- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 2, 2011.
- ARIAS EIBE, M-J. “La Circunstancia Agravante de Alevosía”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, núm. 07-03.
- CASANOVA MARTÍ, R. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*, Ed. Bosch, 2014, Barcelona.
- GIMENO SENDRA, V. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Colex, Madrid, 2014.
- GONZÁLEZ CUSSAC J.L. (coord.) *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GUINEA FERNANDEZ, D-R. *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.
- HERRÁN TALCIANI, H. F. *La declaración de fallecimiento*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de Familia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de Sucesiones*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.
- LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “Responsabilidad Penal del Drogodependiente”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, núm. 16-03.
- RAMON RIBAS, E. *Violencia de Género y Violencia Doméstica*, Ed. Titant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- SERRANO Y SERRANO, I. *La ausencia en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.
- SOLÉ RAMÓN, A-M., “El Consentimiento de la Víctima de la Violencia de Género y Doméstica y su Incidencia en el Delito de Quebrantamiento de Condena y de Medida Cautelar según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Uned*, 2010, núm. 6.