



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
fin de grado

Violencia doméstica
y venta de cosa
ajena.

María Vázquez Piñeiro

Tutora: Aurelia Blanco
González

**Doble Grado en Administración y Dirección de
Empresas y Derecho**
Año 2016

Índice

Introducción	4
Abreviaturas utilizadas.....	5
Antecedentes de hecho	6
Cuestiones planteadas	8
1. Cuestión sobre la validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial, así como sobre las acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste.....	8
1.1 Extinción de la personalidad de la persona física.....	8
1.2 Ausencia legal	9
1.3 Declaración de fallecimiento.....	10
1.4 Efectos jurídicos de la reaparición del ausente.....	12
1.5 Matrimonios ilegales	13
1.5.1 La bigamia	14
1.5.2 Matrimonios inválidos	14
1.6 Consecuencias jurídicas	14
2. Cuestión sobre las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo, así como sobre la validez de las escuchas telefónicas.	16
2.1 Análisis del delito de homicidio.....	16
2.2 Análisis del delito de asesinato	18
2.3 Aplicación de agravantes o/y atenuantes.....	19
2.4 Problema de validez de la prueba.....	21
2.5 Consecuencias jurídicas	25
2.5.1 Consecuencias jurídicas relativas al delito cometido por María.	25
2.5.2 Consecuencias jurídicas relativas a la validez de las escuchas telefónicas.	26
3. Cuestión relativa a las consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y contra Elisa, así como la vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de María.....	28
3.1 Análisis del comportamiento agresivo de Marcial.	28

3.2 El quebrantamiento de una orden de alejamiento y el consentimiento de la mujer maltratada en dicho quebrantamiento.....	33
3.3 Consecuencias jurídicas	35
3.3.1 Consecuencias jurídicas referentes al comportamiento agresivo de Marcial..	35
3.3.2 Consecuencias jurídicas referentes al quebrantamiento de la orden de alejamiento y al consentimiento de la víctima.	38
4. Cuestión sobre 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, especificando qué derechos ostentan cada uno sobre el inmueble citado.	39
4.1 Remisión a las consecuencias de la declaración de fallecimiento.....	39
4.1.1 Disolución del vínculo matrimonial.....	40
4.1.2 Apertura de la sucesión	41
4.2 Consecuencias jurídicas	44
Conclusiones	46
Bibliografía	47

Introducción

A lo largo del presente trabajo trataremos de dar respuesta al caso práctico planteando a través del estudio de normativa, doctrina y jurisprudencia.

En caso de existir discrepancias en cuanto a una cuestión en concreto, plantearemos las diferentes respuestas en torno a las que la doctrina debate, para tratar de exponer cual de ellas se ajustaría, en nuestra opinión, al caso que nos ocupa.

Las posibles conductas ilícitas que estudiaremos en este trabajo engloban temática de derecho civil, penal y procesal, por lo que dicho estudio versará sobre los principales Códigos de cada rama.

Abreviaturas utilizadas

Art.: Artículo.

Arts.: Artículos.

AP: Audiencia Provincial.

ATS: Auto del Tribunal Supremo.

CC: Código Civil español de 1889.

CE: Constitución Española de 1978.

CP: Código Penal español.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ss.: Siguietes.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

Antecedentes 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.

- 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.

Cuestiones planteadas

1. Cuestión sobre la validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial, así como sobre las acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste.

1.1 Extinción de la personalidad de la persona física

El Código Civil español establece, en el artículo 32 que “*la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas*”. Con la muerte de la persona se extinguen sus relaciones personales y las de carácter vitalicio. Así, las relaciones patrimoniales susceptibles de sucesión pasan a sus herederos.

El Código Civil no define lo que se entenderá por “muerte”, por lo que deberá de ser el dictamen de un facultativo el que determine el fallecimiento, constituyendo prueba fehaciente de la muerte de la persona.

En caso de muerte fehaciente, pudiera darse por existir un cadáver, dicho artículo no generaría duda alguna y la extinción de la personalidad civil se daría de hecho. Sin embargo, para el caso que nos ocupa en este informe, necesitaremos acudir a otra argumentación jurídica complementaria, ya que la muerte podría ser considerada presunta.

Al atender al artículo 34 CC, encontramos la denominada “presunción de muerte del ausente” o persona desaparecida sin que se tenga noticia alguna de ella durante un plazo de tiempo prudencial (arts. 183 y 193 CC). La necesidad de la existencia de un plazo determinado tiene fundamentación en la creencia de que la suerte del ausente, o desaparecido, no puede generar una incógnita permanente, sino que deberá de establecerse límite temporal alguno para proteger aquellas relaciones jurídicas que le atañen a él, de forma individual, y con terceros.

Para evitar dicha perpetuación del misterio, el sistema jurídico crea la declaración de fallecimiento, de la que hablaremos en los siguientes puntos.

Recapitulando, si la muerte de la persona no puede ser corroborada, se atenderá al caso del artículo 34, en el que la persona podrá ser declarada ausente, si concurren una serie de circunstancias y, posteriormente, podrá ser declarada fallecida al trascurrir una serie de plazos reglados.

1.2 Ausencia legal

La ausencia se regula en los artículos 181 a 192 del Código Civil y, en términos de Carlos Lasarte¹ (2015), se denomina ausente a quién, además de encontrarse fuera del lugar en que habitualmente desarrolla su vida ordinaria, ha desaparecido sin dejar noticias o sin comunicarse con sus allegados y familiares. Existen otras definiciones como la de los profesores Díez-Picazo y Gullón² (2016), los cuales narran que “*la ausencia, en sentido material, es una falta de presencia*”.

Además, el ausente, se considerará como tal independientemente de la creencia de que haya abandonado por voluntad propia o por consecuencia de cualquier otro incidente.

Sin embargo, como hemos dicho con anterioridad, la incógnita de su desaparición no puede ser permanente en el tiempo, por lo que el Código Civil desarrolla una serie de medidas a partir de las cuales el ausente podrá ser declarado muerto de forma oficial.

Antes de dicha declaración, de la que hablaremos con posterioridad, la situación jurídica del desaparecido podrá pasar por una serie de fases que componen la ausencia.

La primera de ellas se constituiría a lo largo del primer año de ausencia de la persona desaparecida. Durante este tiempo, podrá ser nombrado un defensor del desaparecido que verá limitadas sus funciones a las de amparo y representación del desaparecido “*en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave*” (art. 181.1 CC).

Como observamos, las competencias legales del defensor del ausente son muy limitadas, tanto sustantivamente como temporalmente, ya que es un cargo provisional.

Si continúa transcurriendo el tiempo y el ausente continúa desaparecido, podrá ser declarada la ausencia legal, con la correspondiente publicidad precisa. Sin embargo, debemos destacar que esta declaración puede ser promovida sin que anteriormente fuera asignado ningún defensor del desaparecido, ya que esta figura es preceptiva.

¹ LASARTE, C. (2015). *Parte general y derecho de la persona: Principios de Derecho Civil I* (21ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

² DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil: Volumen I. Parte general del Derecho civil y personas jurídicas* (13ª ed.). Madrid: Tecnos.

El artículo 183 CC establece una serie de requisitos para la declaración de situación legal de ausencia, sobre todo en lo relativo a la temporalidad.

Así pues, la situación legal de ausencia podrá comenzar:

- Transcurrido un año desde las últimas noticias o desde la desaparición de la persona que no hubiere designado o tuviere designado un apoderado general.
- Transcurridos tres años, en caso de existencia de apoderado general del desaparecido.

El principal efecto de la declaración de ausencia legal sería el nombramiento de un representante que, en virtud de la legitimidad que le ofrece el artículo 184.1 del Código Civil pudiera ser, en primer lugar, el cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho y tendrá funciones más amplias que las del defensor del desaparecido, como conservar y defender el patrimonio del desaparecido, obteniendo los rendimientos pertinentes, etc.

En el caso que nos ocupa, el tema de la ausencia legal no se trata con detenimiento, ya que Manolo es declarado fallecido al transcurrir un tiempo que desconocemos, inferior a los dos años, lo que extraemos de la fecha en la que María vuelve a contraer matrimonio.

Como veremos a continuación, esto es totalmente posible, ya que la declaración de fallecimiento no siempre tiene como paso previo la declaración de ausencia legal.

1.3 Declaración de fallecimiento

Posteriormente a la declaración de ausencia legal y si la persona continúa desaparecida, podrá tener lugar la declaración de fallecimiento, mediante la cual se da por muerta a la persona ausente, aunque no exista garantía cierta de su fallecimiento, como pudiera ser la localización del cadáver.

Debemos de recordar, que puede instarse dicha declaración sin necesidad de una previa declaración legal de ausencia.

Mediante la declaración de fallecimiento, tiene lugar la fijación judicial de la fecha de fallecimiento de una persona, creando una situación jurídica en la que se califica a una persona como fallecida, y abriendo su sucesión.

Dicha declaración se apoya en la probabilidad de muerte del desaparecido, sin excluir la posibilidad remota de que siga con vida, tratándose de una declaración presunta de muerte.

Para lograr la declaración de fallecimiento, debe constatarse una desaparición prolongada en el tiempo sin noticias del desaparecido o una desaparición en una situación de riesgo inminente de muerte. Por ello son exigidos unos requisitos

temporales establecidos que supondrán una espera en el tiempo lo suficientemente amplia, debido a las importantes consecuencias jurídicas que conlleva dicha declaración de fallecimiento.

Atendiendo, por un lado, a los artículos 193 y 194 del Código Civil y al artículo 1 de la Ley 4/2000, de 7 enero, de modificación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros, convenimos a continuación los citados requisitos temporales:

- Diez años desde las últimas noticias recibidas del ausente, o desde su desaparición, si no existieran tales noticias.
- Cinco años si, en el caso anterior, el ausente hubiese cumplido setenta y cinco años.
- Un año, contado desde el día de la desaparición, si esta se diese en riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida y no se hubieran tenido noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses.

Los dos primeros plazos 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.

Previos los trámites procesales y concurriendo los requisitos necesarios, encaminados unos y otros a excluir la probabilidad de declarar fallecida a una persona viva, se podrá dictar el auto de declaración de fallecimiento, en el que se fijará la fecha en que éste se entiende ocurrido (art. 195 2º CC)³.

En cuanto a los efectos de la declaración de fallecimiento debemos de diferenciar los efectos de carácter patrimonial y los de índole personal.

En lo que se refiere a los efectos de carácter patrimonial, el principal de ellos es la apertura de la sucesión del declarado fallecido, pasando a heredar el patrimonio de la persona fallecida sus herederos y legitimarios. Sin embargo, existen unas peculiaridades, que en este caso cobran especial importancia, en lo referente a las cautelas establecidas como consecuencia de la posibilidad de reaparición del fallecido.

- Los herederos se encuentra obligados a formalizar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles e inmuebles pertenecientes al declarado fallecido (art. 196.4 CC).
- Los herederos no podrán disponer a título gratuito de los bienes que reciban de la herencia, aunque sí a título oneroso (arts. 196.2 y 197 CC).
- Los legados, si los hubiere, quedarán en suspenso durante cinco años (art. 196.3 CC).

³ Art. 195 2º Código Civil: *“Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario”*.

Por otro lado, en cuanto a los efectos de índole personal, debemos de hacer mención al artículo 85 de nuestro Código Civil⁴, modificado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, en el cual se establece la disolución del matrimonio por la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges. En consecuencia, una vez dictada la declaración de fallecimiento, el cónyuge no ausente, podría volver a contraer matrimonio (Albaladejo, 2013)⁵, pero esta es una afirmación que admite debate y que ampliaremos a continuación.

1.4 Efectos jurídicos de la reaparición del ausente

Como ya hemos dicho con anterioridad, la declaración de fallecimiento no excluye la posibilidad de que el ausente reaparezca, ya que es una mera presunción *iuris tantum*.

En relación a los efectos de la reaparición, el artículo 197 CC se preocupa de los de índole patrimonial, declarando que la persona que reaparece “*recuperará 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*”. Así, este artículo tiene como finalidad principal establecer la irresponsabilidad del poseedor de buena fe.

En el caso de que el desaparecido aparezca, la restitución de las titularidades deja sin efecto el auto de fallecimiento, restaurándose las titularidades y bienes. Sin embargo, es preciso realizar una matización, estas titularidades y bienes se restauran en el estado en que se encuentren. En caso de haberlo enajenado, el aparecido tendrá derecho al precio y, en caso de pérdida o deterioro no podrá reclamarlos ya que el poseedor de buena fe no tiene responsabilidad de los bienes de los que dispone de forma gratuita. En cambio, en relación a los frutos, la persona que los haya obtenido responderá por ellos en sentido amplio, siempre que se hayan obtenido después de la aparición de la persona declarada fallecida.

Esta recuperación no tendrá carácter retroactivo, puesto que se entenderá que en el período en el que los sucesores han sido titulares de esos bienes, podrán hacer disfrutado de ellos, siendo considerados legítimos propietarios. Por ello, podrían haber llevado a cabo cualquier tipo de transmisión, incluso onerosa si había transcurrido el plazo de cinco años, salvo que se pueda acreditar mala fe de los herederos. Interpretando como mala fe, la creencia de que esa persona, que habría sido declarada fallecida, continuaba viva.

En el ámbito personal, se sostiene la restauración de todas las relaciones personales. Por ello, se restaura la patria potestad, en caso de la existencia de hijos menores, los cargos del tutor o guardador de una persona, etc.

⁴ Art. 85 Código Civil: “*El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio*”.

⁵ ALBALADEJO, M. (2013). *Derecho civil: Introducción y parte general*. Madrid: EDISOFER.

Sin embargo, en cuanto al matrimonio, la doctrina es divergente. La doctrina mayoritaria sostiene que este vínculo no se restaura, por lo que en el caso de existir un segundo matrimonio posterior a la declaración de fallecimiento, como es el caso, será válido, y el primer matrimonio quedará disuelto⁶.

Esta argumentación se sostiene en el artículo 85 CC, que recoge como posibilidad de disolución de matrimonio la existencia de una declaración de fallecimiento, y se establece una interpretación literal rotunda.

La doctrina minoritaria, considera que el segundo matrimonio será declarado inválido, o nulo, con la aparición del declarado fallecido. Esta argumentación se sustenta en otra interpretación del Código, considerando que, así como se restaura la patria potestad en caso de reaparición del declarado fallecido se restaurarán de igual forma otro tipo de vínculos, como el matrimonial.

La jurisprudencia, sin embargo, parece apoyar la doctrina mayoritaria al entender que ambos vínculos no deben equipararse en tal sentido. Los tribunales, al resolver en este sentido, declarando extinguido el vínculo matrimonial aún con la reparación del desaparecido, intentan proteger la libertad de contraer de nuevo matrimonio del cónyuge no desaparecido y de la subsistencia del mismo.

1.5 Matrimonios ilegales

En el caso de atender a la doctrina minoritaria, que entiende que el primer matrimonio se restaura, aun habiendo un segundo matrimonio celebrado posteriormente a la declaración de fallecimiento del primer esposo, ¿podríamos encontrarnos ante un caso de bigamia?

Para responder a esta cuestión debemos remitirnos al Título XII del Código Penal, más concretamente a los artículos 217 a 233 que se encuentran bajo la rúbrica de “Delitos contra las relaciones familiares”. Este conjunto de artículos tratan de salvaguardar la familia como institución, así como el estado civil que se crea en su entorno, el matrimonio y la filiación. Concretamente, nos centraremos en el Capítulo 1º (arts. 217 a 219) en donde se vela por la constitución del vínculo matrimonial, como institución de especial protección.

Rodríguez Ramos⁷ (2001), afirma que en estos artículos se protege el matrimonio en sentido jurídico, concretamente sus caracteres de “*monogámico y no autónomamente disoluble*” y esta protección se realiza en el Código Penal a través de tres tipos:

- La bigamia (art. 217CP).

⁶ ALBALADEJO, M. (2013). *Derecho civil: Introducción y parte general*. Madrid: EDISOFER.

⁷ RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2006). Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña (AFDUDC)*, 10, 1227-1236.

- La celebración de matrimonios inválidos (art. 218 CP).
- La autorización de matrimonios ilegales (art. 219 CP).

Nos centraremos en los dos primeros, ya que son los que nos interesan respecto al caso.

1.5.1 La bigamia

Este delito pudiera darse en el caso de contraer segundo matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior. Sin embargo, no se entiende que el bien jurídico protegido sería individual (el estado civil del primer contrayente), sino que se entiende lo que se constituiría como el interés público en asegurar el orden jurídico creado por el Estado⁸.

La naturaleza de este delito radica en la incompatibilidad de la subsistencia de los dos matrimonios.

Sin embargo, no existe presupuesto del tipo en el caso de que el matrimonio anterior no se encuentre subsistente por concurrir alguna de las causas de disolución del matrimonio del artículo 85 del Código Civil: el divorcio y la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges.

1.5.2 Matrimonios inválidos

El código penal incluye un tipo que protege al contrayente de buena fe que contrae el segundo matrimonio con la creencia de que no existe impedimento alguno, frente a aquel contrayente que lo lleva a cabo a sabiendas de aquel impedimento.

En este tipo, se incluye el ánimo de perjudicar al otro contrayente, es la única distinción por la que la bigamia no se incluye en este mismo artículo.

1.6 Consecuencias jurídicas

En el caso que nos ocupa, la narración del mismo no nos facilita la fecha en la que el desaparecido ha sido declarado fallecido, sin embargo, pudiera entenderse que dicha declaración ha respetado los plazos establecidos legalmente. Así pues, considerando que la situación en la que Manolo ha desaparecido se podría subsumir en aquella en la que existe riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, ya que habría caído al mar tras recibir un fuerte golpe en la cabeza, sin haber tenido noticias suyas, podría ordenarse dicha declaración transcurrido el plazo de un año, contado desde el día de la desaparición.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 31 de enero de 1986 (RJ 1986/212).

Presentamos la situación hipotética en que ese plazo ha sido respetado, y la declaración de fallecimiento se ha dictado correctamente. Así pues, el primer matrimonio se disuelve y, avalador la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, el segundo matrimonio es válido, aún tras la reaparición del declarado fallecido ya que, en este caso, consideramos que el vínculo matrimonial no se restaura.

En relación a la consideración de matrimonio ilegal, y a los dos tipos diferentes que hemos analizado, aún en el caso de que hayamos considerado que el primer matrimonio se restaura con la reaparición del ausente, la acción no se incluiría en la acción típica.

Como ya hemos explicado, el elemento subjetivo del tipo incluye la necesidad de “*contraer segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior*”. Esto es, requiere que sea un acto doloso, por el cual la persona que contrae segundo matrimonio es consciente de la existencia de un vínculo matrimonial anterior y subsistente⁹, que no ha sido declarado nulo ni está disuelto. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, María creía tener la certeza de que no existía un vínculo anterior, idea que se reforzaba con la declaración de fallecimiento de Manolo.

Por ello, y atendiendo a la doctrina mayoritaria que respalda la subsistencia del segundo matrimonio aún con la posterior aparición del ya declarado fallecido, podríamos considerar válido el segundo matrimonio.

En cuanto a las acciones legales que puede llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste, si proseguimos con la argumentación anterior, se considera que el matrimonio entre Manolo y María continúa disuelto con motivo de la declaración de fallecimiento de Manolo. Este vínculo no volvería a restaurarse, por lo que Manolo no deberá de ejercer acción alguna, ya que el vínculo matrimonial ya no existe.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 3015/1989, de 3 de julio de 1989 (RJ1989/6052)

2. Cuestión sobre las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo, así como sobre la validez de las escuchas telefónicas.

2.1 Análisis del delito de homicidio

En el Título primero del Libro II del Código Penal, encontramos los principales delitos contra la vida: el homicidio y el asesinato.

El primero de ellos, el homicidio, se encuentra recogido en los arts. 138, 142 y 621.2 del Código Penal, mientras que el asesinato en los arts. 139 y 140 del mismo Código. El bien jurídico que protegen es el mismo, la vida humana independiente, desde el momento en el que comienza con el nacimiento y en el que termina con la muerte, cuestión diferente es determinar en qué momento tienen lugar estos dos hechos tan cruciales. Comparten, así mismo, objeto material, el cuerpo humano, pero difieren en la conducta.

En cuanto al homicidio, es un tipo de prohibición de resultado, es decir, cabe la realización del delito por cualquier método, modo o procedimiento, incluido la omisión. Lo importante es que se produzca la muerte de la persona.

Sin embargo, a la hora de acotar el tipo delictivo, debemos de diferenciar entre homicidio doloso, en el que la intención del sujeto activo era la de provocar la muerte¹⁰ y el caso en que haya existido imprudencia.

Atendiendo a la imprudencia, para que esta pudiera apreciarse, deberán de concurrir una serie de requisitos que se extraen de la jurisprudencia¹¹:

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 397/2005 de 18 marzo de 2005 (RJ 2005\6573).

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1920/2001 de 26 octubre de 2001 (RJ 2001\9390).

- Acción u omisión voluntaria no intencional.
- Marginación de la presencia de consecuencias nocivas de la acción u omisión, siempre previsibles y evitables.
- Infracción del deber objetivo de cuidado normalmente exigido por el ordenamiento jurídico, costumbre o reglas de convivencia social.
- Creación de un riesgo no permitido.
- Producción de un daño.
- Relación de causalidad entre el proceder descuidado que originó el riesgo y el daño sobrevenido.

Dándose todos estos requisitos, podríamos encontrarnos ante un homicidio imprudente, con pena para el autor menor al del homicidio doloso. La imprudencia podrá ser graduada en función de la falta de diligencia percibida, la mayor o menor previsibilidad del resultado, o el grado de infracción del deber. De esta forma se podría recurrir al homicidio por imprudencia grave (art. 142 CP) o a la falta por homicidio por imprudencia leve (art. 621.2 CP). El primero de los supuestos, el de imprudencia grave, tiene lugar por la dejación de los más elementales deberes de cuidado y, a su vez, este delito de homicidio por imprudencia grave, podría ser agravado, por razón de los medio utilizados para la comisión del delito (como vehículos a motor o armas de fuego).

Cuestión interesante y de especial importancia en el caso que nos ocupa, sería la del homicidio preterintencional. Este delito podría darse en aquellos supuestos en los que, tras una conducta inicial de lesiones, y como consecuencia de las mismas, aún sin ánimo de matar, el agredido muere. En este caso, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, entiende que se produciría un concurso ideal de delitos entre la lesión dolosa y el homicidio imprudente¹². Sin embargo, atendiendo al caso en concreto, podría tratar de distinguirse entre el dolo de matar y el dolo de lesionar, para ello deberíamos de respaldarnos en una serie de indicios como los siguientes: relaciones entre autor y víctima, personalidades, actitudes previas (amenazas), medio utilizados, zona del cuerpo afectada, conducta posterior del autor, etc¹³.

Atendiendo a según se trate de dolo de matar y no lesionar, dolo de lesionar y no matar la condena podrá ser una u otra.

La consumación del delito es otra de las claves en este caso. El delito de homicidio se consuma al producirse la muerte, pero es perfectamente posible que tenga lugar la tentativa. Sin embargo, en ese caso, crea debate diferenciar entre lesiones consumadas o tentativa de homicidio. Existe la posibilidad de aplicar concurso ideal entre homicidio intentado y lesiones imprudentes o, únicamente, apreciar la tentativa de homicidio.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1853/2001 de 17 octubre de 2001 (RJ 2002\1200).

¹²Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 746/2008 de 21 julio de 2008 (JUR 2008\380700).

¹³Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 468/2008 de 9 julio de 2008 (RJ 2008\4503).

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 82/2009 de 2 febrero de 2008 (RJ 2009\33).

La respuesta siempre la encontraremos en el caso concreto en el que nos encontremos. Si el autor de los hechos ha actuado con ánimo de matar (“*animus necandi*”) o si únicamente por dolo a lesionar (“*animus laedendi*”).

En relación al “*animus necandi*”, la jurisprudencia entiende por ánimo de matar tanto el dolo directo como el eventual, es decir, tanto si la acción tiene como propósito provocar la muerte, como si aún sin poder afirmar aquello, el autor conoce el peligro concreto que crea su conducta y, aún así, la realiza¹⁴.

Transcribiendo lo expuesto en el Fundamento de Derecho segundo de la STS de 17 de abril de 2000¹⁵, “*las seis circunstancias a tener en cuenta para deducir el “animus necandi” son:*

- a) *La dirección, el número y la violencia de los golpes*
- b) *Las condiciones de espacio y tiempo*
- c) *Las circunstancias conexas con la acción*
- d) *Las manifestaciones del propio culpable, palabras precedentes y acompañantes a la agresión y actividad anterior y posterior al delito*
- e) *Las relaciones entre el autor y la víctima*
- f) *La misma causa del delito”.*

Atendiendo a todas estas circunstancias, podrá determinarse si existe “ánimo de matar” y, por consecuencia homicidio mediante dolo eventual.

2.2 Análisis del delito de asesinato

Los artículos 139 y 140 del Código Penal se encargan de tipificar el delito de asesinato. Comparte similitud con la conducta típica del homicidio, ya que consiste en matar a otro, pero tiene una diferencia esencial. En esta muerte, deben concurrir alguna de las tres circunstancias siguientes: alevosía, ensañamiento o precio, promesa o recompensa. Existiendo una sola de estas circunstancias cabría el delito de asesinato.

A continuación trataremos de describir estas circunstancias:

- Alevosía: se define en el art. 22.1 CP al determinar que “*hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera preceder de la defensa por parte del ofendido*”.

Por tanto, deben de haberse empleado medios, modos o formas de ejecución tendentes a asegurar la finalidad, eliminando cualquier posible defensa de la víctima, el

¹⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 529/2005 de 27 abril de 2005 (RJ 2005\5218).

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 732/2006 de 3 julio de 2006 (RJ 2006\3985).

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 736/2000 de 17 abril de 2000 (RJ 2000\3266).

sujeto activo debe de tener intención de provocar una situación de total indefensión de la víctima y ha de comprobarse que verdaderamente ha tenido lugar dicha indefensión.

- Ensañamiento: consiste en el aumento deliberado del dolor (físico o psíquico) de la víctima, de forma innecesaria para la ejecución del delito. Por ello, para darse esta circunstancia deben de haberse causado padecimientos innecesarios para la ejecución del delito, y que exista una voluntad clara, dirigida al aumento inhumano del dolor del sujeto pasivo.

- Precio, promesa o recompensa: la motivación del autor para llevar a cabo el delito, debe de ser la entrega u ofrecimiento de la retribución mediante precio o recompensa. Por ello, es imprescindible el acuerdo (ofrecimiento y aceptación) no siendo necesario, sin embargo, el previo pago.

En este caso, como en el homicidio, cabe igualmente la tentativa siempre que no se haya conseguido el resultado buscado de matar y deberá de valorarse en función de cada caso concreto.

2.3 Aplicación de agravantes o/y atenuantes

Tanto para el delito de asesinato, como para el de homicidio, existen una serie de agravantes y atenuantes que podrán modificar la pena del agresor, a su favor o en su contra. Sin embargo, únicamente explicaremos aquellas que podríamos considerar que tendrían cabida en el caso concreto.

En este sentido, el CP establece en su 23 CP la figura de la circunstancia mixta de parentesco, según la cual se podrá atenuar o agravar la responsabilidad del agresor como consecuencia de la especial relación que mantuvieran el autor y la víctima, entre ellas, el vínculo matrimonial. La norma general establece que en los delitos contra las personas, como las lesiones, el asesinato o el homicidio, esta circunstancia tiende a considerarse como agravante.

Por otro lado, en el caso objeto de informe jurídico, se narra que María ha realizado los hechos bajo una situación de ira y obcecación provocada, según el texto indica, por una situación de celos. Para analizar esta situación, debemos localizar el artículo 21.3 del Código Penal en el que se indica que será una circunstancia atenuante *“obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”*. Sin embargo, atendiendo al caso concreto, debemos de analizar si esta situación podría englobarse en dicha atenuante.

Para ello, analizaremos la jurisprudencia relativa al tema, tanto para valorar la opción en la que la situación de María sí se subsumiría en la atenuante, como el caso contrario.

Atendiendo, en primer lugar, a la STS 357/2005 de 20 de abril, el fundamento de la atenuante que nos encontramos describiendo se encuentra *"en la disminución de la imputabilidad (o de las facultades volitivas e intelectivas) que se pretende por la ofuscación de la mente y de las vivencias pasionales determinados por una alteración emocional fugaz (arrebato) o por la más persistente de incitación personal (obcecación) pero siempre produciéndose por una causa o estímulo poderoso"*. Bien lográndose por una alteración, o por una incitación personal, se precisa de una estimación inicial externa y con entidad suficiente para provocar un *"estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente, de modo que sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio completo o incompleto, exceda del leve aturdimiento que suele acompañar a ciertas infracciones"*¹⁶.

Este arrebato, ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor a partir de una razonable conexión temporal entre la causa o el estímulo y la equivocación o la pasión con la que se ha actuado. Como regla general *"el estímulo ha de ser tan importante que permita explicar (que no justificar) la reacción concreta que se produjo. Si esta reacción es algo absolutamente discordante, por exceso notorio, respecto del hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación"*¹⁷.

Por ello, debe de existir una relación de causalidad entre los estímulos y el arrebato u obcecación y una conexión temporal, sino inmediatos si próximos, entre la presencia de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión¹⁸.

Respecto a los celos, que cabría pensar que fue lo que motivó la conducta de la agresora, la STS número 1188/10, de 30 de diciembre distingue entre *"la celopatía, inserta en el síndrome paranoico y la celotipia, como reacción vivencial desproporcionada, lo que puede dar lugar a la apreciación del trastorno mental transitorio completo o incompleto, según su intensidad, en el caso de celopatía y de la atenuante pasional simple o cualificada, también según su intensidad, en el de la celotipia"*¹⁹.

Este trastorno deberá de ser examinado por un médico forense que podrá determinar, o no, la existencia de algún trastorno de personalidad o de celopatía.

En caso de no haberse demostrado el trastorno de personalidad, la STS 904/2007 de 8 de noviembre²⁰ aclara que los celos no constituyen justificación del arrebato u

¹⁶ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1385/1998 de 17 noviembre de 1998 (RJ 2000\8063).

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 59/2002 de 25 enero de 2002 (RJ 2002\1850).

¹⁷ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 256/2002 de 13 febrero de 2002 (RJ 2002\3869).

¹⁸ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1110/1996 de 20 diciembre de 1996 (RJ 1996\9032).

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1474/1999 de 18 octubre de 1999 (RJ 1999\7575).

¹⁹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1188/2010 de 30 diciembre de 2010 (RJ 2011\416).

²⁰ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 904/2007 de 8 noviembre de 2007 (RJ 2008\545).

obcecación. Esto se encuentra respaldado por la STS 61/2010 de 18 de enero²¹ al determinar que *“los celos, como posible fundamento del quebrantamiento del acusado, más allá de aquellos casos en los que son el síntoma de una enfermedad patológica susceptible de otro tratamiento jurídico-penal, no pueden justificar, con carácter general, la aplicación de la atenuante de arrebató u obcecación”*.

2.4 Problema de validez de la prueba

El artículo 18.3 de la Constitución Española, garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones. Sin embargo, la C.E. no da una definición de “comunicación”, pero según la doctrina mayoritaria se podrán incluir en este concepto *“todos los medios modernos de comunicación que existen actualmente y que pueden ir apareciendo en el futuro atendida la revolución tecnológica”*, no existiendo un “*numerus clausus*” respecto de los medio de comunicación que pueden ser objeto de vigilancia.

Este derecho constitucional puede verse limitado por las intervenciones telefónicas debidamente autorizadas por el poder judicial. Para que dicha limitación pueda llevarse a cabo debe de existir, en primer lugar una comunicación a través de cualquier infraestructura, por lo que se exige una distancia real entre los comunicantes. También se exige que la comunicación se realice por canal cerrado, para cumplir con la expectativa de secreto. Se admite, por tanto, que es posible intervenir una conversación verbal por teléfono o una comunicación escrita vía postal (art. 579 LECrim), de igual forma que una comunicación informática o electrónica.

Antes de continuar avanzando en la cuestión que nos ocupa, debemos mencionar la principal legislación a la que haremos referencia. Al tratarse de un asunto de validez de prueba, debemos acudir a la legislación procesal vigente en la fecha en la que se juzgue el caso. En el hipotético caso en que nos encontremos a día de hoy considerando la validez de las escuchas, debemos acudir a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con todas aquellas reformas que haya sufrido hasta la fecha.

El concepto de intervención telefónica ha sido definido por la jurisprudencia²² del TS, en el cual se determina que *“las intervenciones telefónicas implican la actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales este se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigaciones de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios”*.

²¹ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 61/2010 de 28 enero de 2010 (RJ 2010\3010).

²² Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1889/1994 de 31 octubre de 1994 (RJ 1994\9076).

Jurisprudencia y doctrina tienen claras sus dos funciones, por un lado su función investigadora como medio lícito en el proceso penal, de recabo de elementos de convicción, y por otro lado como medio de prueba en sí.

Entonces, como ya hemos dicho, para atender a la regulación de las intervenciones telefónicas, nos guiaremos por los artículos 579.2 y 579.3 de la LECrim, relativos a la correspondencia escrita o telegráfica.

Así pues, a tenor de estos artículos, el juez podrá acordar mediante resolución motivada la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado o de terceras personas sospechosas de haber cometido un delito si existen indicios de que se podrán averiguar datos relevantes para la investigación del delito. El plazo de la autorización podrá ser de hasta tres meses, prorrogable por iguales periodos mientras que el juez lo considere oportuno para la investigación.

En cuanto a los requisitos necesarios para estimar oportuna dicha medida, como ya hemos mencionado, al suponer una limitación de los derechos fundamentales, deberá de ser argumentada en función de la valoración de una serie de principios.

En primer lugar encontramos el principio de legalidad, al que deberá de atender en función al artículo 579 LECrim, respondiendo a la necesidad de que *“hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa”*, así como los demás requisitos formales que exige dicho artículo.

Así, las intervenciones telefónicas deberán de responder a la necesidad de averiguar algún delito en concreto, no un hecho general, pues tendrá que estar incluido en alguno de los siguientes casos:

- Delitos dolosos castigados con pena límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
- Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
- Delitos de terrorismo.

Por otro lado, la autorización debe de atender al principio de jurisdiccionalidad, de forma más concisa a la exclusividad jurisdiccional en su adopción. Tal y como se establece en la STS de 25 de octubre de 2002²³: *“la CE confía en exclusiva en el Poder Judicial la ponderación en la práctica de los valores que representan el derecho fundamental y sus limitaciones legítimas”*.

Además, este mismo Tribunal determina una serie de elementos que deberán de ser respetados en atención al principio de jurisdiccionalidad: la resolución judicial, motivación suficiente, dictada por un juez competente en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional y, como ya explicaremos posteriormente, con una finalidad específica.

Otro de los principios que deben de cumplirse para poder proceder con una intervención telefónica es el de la proporcionalidad, principio que el juez debe de tener

²³ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1748/2002 de 25 octubre de 2002 (RJ 2002\971).

en cuenta a la hora de establecer dicha medida, debiendo de motivar el auto en el que autoriza dicha intromisión en la intimidad, *conteniendo los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias de ponderación de la restricción de derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva*²⁴. Así mismo, el Tribunal Constitucional²⁵ determina que la proporcionalidad implica *“que la medida sólo puede ser adoptada por resolución judicial que exprese la ponderación exigida por el juicio de necesidad en atención a los fines legítimos y a las circunstancias concretas de cada momento”*.

En cuanto al último requisito, la motivación, el Tribunal Supremo señala, en la Sentencia de 25 de octubre de 2002²⁶, que *“en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios”*.

Además, con el interés de continuar salvaguardando aquellos derechos constitucionales que esta medida pone en riesgo, la intervención telefónica tendrá que ser instada de oficio por el juez, o por petición policial mediante oficio interesando dicha intervención y argumentando su necesidad.

Dicho oficio policial deberá de estar lo suficientemente motivado, incluyendo los datos que le llevan a la policía a interesar tal medida. Así, en caso de que el juez fuera a conceder dicha intervención mediante auto, podrá remitir la motivación al oficio policial, ya que así lo permite la STS de 21 de julio de 2000²⁷ al señalar que *“la motivación de estos autos depende sobre todo del material en base al cual se han tomado las decisiones. Si el Juez de Instrucción se ha remitido a informes policiales con suficiente consistencia como para acreditar desde el punto de vista de la experiencia criminalística suficientes motivos de sospecha, la motivación por remisión no vulnera ningún derecho fundamental, toda vez que el informe policial se integra en el auto por tal remisión”*.

Bajo el control judicial, serán las fuerzas policiales las que lleven a cabo las intervenciones, facilitando al Juez copia íntegra de todo lo grabado.

Como hemos explicado en atención al principio de legalidad, en virtud del artículo 579 LECrim, las intervenciones telefónicas se fundamentan en la necesidad de descubrir un delito en concreto. Pues bien, en el caso de la aparición de alguna información sobre un la existencia de otro posible delito, inmediatamente debe de ponerse en conocimiento del Juez para que adopte la decisión que proceda, pudiendo estimar, o no, una ampliación del Auto que autorizó la intervención a esa nueva

²⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1850/2000 de 29 diciembre de 2000 (RJ 2000\10478).

²⁵ Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 166/1999 de 27 septiembre de 1999 (RTC 1999\16).

²⁶ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1748/2002 de 25 octubre de 2000 (RJ 2002\9713).

²⁷ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1313/2000 de 21 julio de 2000 (RJ 2000\6772).

conducta delictiva, que no sería la misma por la que se solicitaron las escuchas en un primer momento.

En la Sentencia de 29 de julio de 2005²⁸, se pone en duda la validez de la actuación judicial al no haber puesto en conocimiento inmediato al juez de la sospecha e la existencia de un nuevo delito:

“Lo que debió de hacerse por la Policía Nacional es ponerse inmediatamente en conocimiento del Juzgado de Instrucción el hallazgo o noticia criminis derivada de la escucha telefónica (...) para que fuera éste el que acordara lo precedente, y, como lejos de hacerlo decidieron seguir investigando con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones un delito u nos autores para los que no contaba con resolución judicial autorizado la intervención telefónica, resulta que todas las conversaciones así interceptadas no pueden ser tenidas en cuenta como prueba a los efectos de los delitos enjuiciados en este pleito”.

Por ello, en caso de no haber solicitado la autorización correspondiente, podrá procederse a eliminar del procedimiento la grabación en concreto, así como todas aquellas pruebas derivadas de esa intervención no autorizada, apoyando la teoría de los frutos del árbol envenenado.

Esta teoría se sustenta en la idea de que aquellas pruebas de un delito obtenidas de forma ilícita no podrán ser valoradas en un proceso judicial y serán declaradas nulas. Esta interpretación se encuentra respaldada por la tesis que refleja, la cual opina que sería nulo el medio de prueba ilícito, así como todos los que derivarían del mismo.

Esto es así en virtud del principio de especialidad, el cual implica que, una vez concedida la autorización de las escuchas telefónicas para indagar en un determinado hecho delictivo en concreto, no cabe investigar delitos distintos, por lo que de surgir nuevos hechos que podrían constituir hecho delictivo y no previstos en la autorización inicial, deberá de solicitarse que se extienda la licencia judicial de escucha a estos nuevos hechos, de modo formal.

Además, para atender a la teoría de los frutos del árbol envenenado y decretarse la nulidad de la intervención, debe quedar acreditada la conexión de antijuridicidad entre la prueba viciada de inconstitucionalidad y las pruebas derivadas, en caso de que gracias a esa escucha nula, y al conocimiento de ese nuevo delito, se hayan conseguido pruebas nuevas que fundamenten ese presunto hecho delictivo.

Sin embargo, existen varias tesis con opiniones diversas. La tesis directa, por ejemplo, determina que únicamente sería nulo el medio de prueba que vulneró los derechos fundamentales, no el resto aún derivando del método anterior. Es decir, no podría valorarse lo encontrado mediante prueba ilícita, pero sí las pruebas que se deriven de ella.

²⁸ Sentencia Juzgado de lo Penal núm. 8 de Sevilla; núm. 272/2005 de 29 julio de 2005 (ARP 2005\500).

El Tribunal Constitucional ha variado su interpretación con el devenir del tiempo. En un primer momento parecía acercarse más a la teoría directa, sin embargo, posteriormente ha ido matizando su posición y acercándose a la teoría de los frutos envenenados, aún sin llegar a identificarse totalmente con la misma. La teoría que mayoritariamente respalda la jurisprudencia en atención al Tribunal Constitucional es aquella denominada “conexión de antijuridicidad”. Esta declara inválidas únicamente las pruebas conectadas de forma inescindible a las ilícitamente obtenidas, es decir, aquellas que vulneraron el derecho fundamental del investigado.

2.5 Consecuencias jurídicas

2.5.1 Consecuencias jurídicas relativas al delito cometido por María.

A tenor de la narración y de los datos ofrecidos en el caso objeto de informe jurídico, se considera que no parecen apercibirse ninguna de las circunstancias propias del tipo del asesinato.

Por un lado, en cuanto al ensañamiento, la literalidad del caso hace pensar que el acto ha sido rápido y no estaba destinado a causar deliberadamente un dolor mayor del necesario para provocar la muerte.

En cuanto a la alevosía, tampoco podremos afirmar su existencia atañéndonos a los hechos, ya que nada parece indicar la indefensión de la víctima. Cuestión diferente se establecería en el caso de que algún testigo presencial pudiera afirmar que Manolo se encontraba totalmente despistado, y María haya cometido el acto por la espalda, golpeándolo de forma que Manolo no pudiera defenderse de alguna manera.

En cuanto a la última de las circunstancias, precio o recompensa, el caso no parece referirnos nada al respecto.

Sin embargo, esta apreciación podría variar en función de que se obtuvieran datos más explícitos sobre el suceso, ya que la escasa información de la que disponemos no nos permite hacer una valoración más exacta. La principal dificultad para la valoración del caso radica, además, en la inexistencia de cuerpo. Lo cual, a pesar de suponer una complicación, no significa que la agresora no pueda ser condenada, ya que la LECrim prevé dicha posibilidad de condena sin que haya aparecido el cuerpo del delito. Así, el artículo 699 LECrim²⁹ aclara este supuesto en relación a la confesión de los procesados.

Por todo ello, podría considerarse que los hechos que se narran no encajarían en el supuesto de asesinato.

²⁹ Art. 699 LECrim: “De igual modo se procederá si en el sumario no hubiese sido posible hacer constar la existencia del cuerpo del delito cuando, de haberse éste cometido, no pueda menos de existir aquel, aunque hayan prestado su conformidad el procesado o procesados y sus defensores”.

Sin embargo, la tipología del delito podría coincidir con la del homicidio. La cuestión a plantear sería la siguiente: ¿homicidio doloso o imprudente?

Atendiendo a la literalidad del caso, se describe el acto mediante la utilización de expresiones que podrían hacer que nos inclinásemos más confiados hacia una de las dos opciones.

Se narra que María golpea a Manolo fuertemente en la cabeza y lo tira por la borda. En referencia al hecho de tirarlo por la borda, no queda lo suficientemente claro si lo golpea y posteriormente lo empuja para tirarlo por la borda (lo que podría constituir dolo directo) o si, como consecuencia del golpe en la cabeza o por la inercia del mismo, lo golpea y como consecuencia se cae por la borda (pudiendo constituir dolo eventual u homicidio imprudente). Lo que parece evidente es que el hecho de que “*lo tira por la borda*”, hace creer que María no tenía únicamente ánimo de lesionar, sino también de provocarle la muerte, ya que posteriormente a la caída en el mar, ni acude en búsqueda de ayuda ni intenta ayudarle ella misma. Atendiendo a la probabilidad del resultado de muerte, ampara igualmente el dolo apreciado en el tipo, que podría considerarse directo respaldándonos en la utilización de la expresión “*lo tira por la borda*” en la narración de los hechos.

Por ello, podría considerarse que el caso no se encuentra subsumido en el caso de un homicidio imprudente, sino que la tipología se corresponde con un homicidio doloso, atendiendo al ánimo de matar de la esposa.

En todo caso, una vez que regresa el declarado fallecido, Manolo, el homicidio doloso no sería tal, ya que este delito se consuma cuando se produce la muerte, pero es perfectamente posible la tentativa, caso en el que nos encontramos.

Una vez que apreciamos que el homicidio no había sido tal, ya que la víctima se encuentra con vida, ¿podría existir duda alguna entre la calificación de lesiones consumadas o tentativa de homicidio?

Como ya hemos expresado con anterioridad, esta no es cuestión baladí, ya que de ella derivan importantes consecuencias jurídicas. Sin embargo, apreciando “ánimo de matar” en la narración de los hechos, consideramos que nos encontramos ante una tentativa de homicidio.

En cuanto a la aplicación de agravantes o atenuantes, consideramos que cabría aplicar la circunstancia mixta de parentesco, y desechar la opción de aplicar la atenuante por arrebató u obcecación ya que, observando la narración de los hechos, no parece apreciarse ningún trastorno de la conducta, ni celopatía tal y como se ha explicado en este dictamen. Sin embargo, deberá de ser un facultativo el que valore estas opciones.

2.5.2 Consecuencias jurídicas relativas a la validez de las escuchas telefónicas.

En el caso que nos ocupa, atendiendo a la narración de los hechos, debemos de presentar diferentes hipótesis, ya que no disponemos de una información completa.

Por un lado, si se conociera que, una vez que se detectan indicios de la existencia de un delito diferente al que motiva la autorización de las escuchas, así como de un individuo diferente al que atañe la autorización inicial, ello se comunica inmediatamente al órgano judicial y este, mediante auto y cumpliendo con los requisitos y principios exigidos, autoriza una nueva intervención telefónica para la investigación de este nuevo delito, las escuchas podrían considerarse totalmente válidas. De esta forma, se aceptarían en un proceso judicial como prueba determinante para la acusación del delito que correspondiera a María.

Sin embargo, en el caso de que la policía, una vez que detectan mediante la primera escucha autorizada, los indicios del delito supuestamente cometido por María, no comunicaran inmediatamente al órgano judicial la aparición de este nuevo delito, por lo que no se hubiera extendido la autorización de la escucha o no se haya emitido una nueva, la prueba podría ser considerada nula, y no podría tenerse en cuenta en proceso judicial alguno.

Todo ello atendiendo a que la primera autorización de intervención telefónica era totalmente lícita. En el caso de existir duda sobre la licitud de la primera autorización, deberíamos de estudiar la posibilidad de aplicación de cada teoría.

3. Cuestión relativa a las consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y contra Elisa, así como la vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de María.

3.1 Análisis del comportamiento agresivo de Marcial.

Al elaborar un informe jurídico sobre estos hechos, debemos de atender a la normativa que estaba en vigor cuando sucedieron estos, siempre y cuando la ley posterior no sea más beneficiosa para el reo. No siendo este el caso, nos remitiremos a la L.O. 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, compaginándola con las distintas faltas o delitos que el Código Penal recoge en cuanto a las lesiones.

En primer lugar, en cuanto a las lesiones, la doctrina mayoritaria considera que el bien jurídico que el Código Penal protege en este tipo es la salud de las personas, tanto en su vertiente física, como en la psíquica.

El tipo básico de las lesiones se recoge en el artículo 147.1 del C.P. y se resume en causar una lesión que requiera objetivamente para su sanidad, un tratamiento médico o quirúrgico. Por ello, no basta causar cualquier lesión para que sea constituido el delito, sino que tienen que darse las características que analizamos a continuación.

- Debe de haberse causado lesión, por cualquier medio o procedimiento, ya sean medios violentos como comportamientos e otro tipo, pero que inciden en la salud del sujeto pasivo.
- Debe de tener lugar una asistencia facultativa, entendiéndose por esta la atención o cuidados que podrán ser prestados por profesionales de la sanidad a quien los precise. La finalidad de esta asistencia será paliar, disminuir o eliminar el quebranto de la salud o la aparición de signos de menoscabo.
- Debe de ser necesario un tratamiento médico o quirúrgico con la finalidad de curar aquellos deterioros en la salud. En este punto, debemos de explicar que no nos referimos al primer acto médico, sino a una acción prolongada de cuidados profesionales.

En cuanto al tratamiento quirúrgico se entiende por un tratamiento reparador de cualquier alteración funcional u orgánica del cuerpo. En este tipo de tratamientos se podrán englobar, según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, los puntos de sutura

y la inmovilización de alguna parte del cuerpo³⁰.

Recapitulando, para reconocer un delito de lesiones deben darse, una primera asistencia facultativa y un tratamiento médico o quirúrgico. En el caso contrario no nos encontraríamos ante un delito, sino que nos situaríamos ante una de las faltas del artículo 617CP: causar lesión no definida como delito, ya que no ha necesitado recibir asistencia médica o tratamiento médico o quirúrgico, o golpear o maltratar de obra sin causar lesión.

Además, debemos de mencionar que la acumulación de 4 faltas en el plazo de un año, se castiga como delito (art. 147.1 2º CP).

Atendiendo a los medios utilizados o al resultado producido puede aplicarse una atenuante, si así lo considera el juez, por escasez de peligro, o una agravante, por lo contrario.

En cuanto a las agravantes del delito de lesiones, las encontramos en los arts. 148 a 150 CP, y se diferencian en función de la modalidad comisiva de las lesiones o por las características personales de la víctima.

Para el análisis de las agravantes en función de las características personales de la víctima debemos de atender al art. 148 CP mediante el que se gravan los siguientes casos:

- Que se hayan utilizado armas, instrumentos o medios que hayan puesto en concreto peligro la vida o salud física o psíquica del lesionado³¹.
- Ensañamiento o alevosía.
- Víctima menos de 12 años o incapaz.
- Si la víctima fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de efectividad, aun sin convivencia.
- Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Por otro lado, los arts. 149 y 150 CP se encargan de especificar las agravaciones en función del modo que se ha cometido la agresión y de cuál fue el resultado obtenido por el dolo de lesionar del autor. Así pues, en función de ello tenemos las siguientes agravantes:

- Por pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, un sentido, impotencia o esterilidad, deformidad grave o grave enfermedad somática o psíquica.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 661/1997 de 12 mayo de 1997 (RJ 1997\4542).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª), núm. 574/2007 de 30 mayo de 2007 (RJ 2007\4973).

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 96/2000 de 1 febrero de 2000 (RJ 2000\728): empleo de arma blanca.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1324/1998 de 10 noviembre de 1998 (RJ 1998\9416: arrojar al fuego).

En este punto, debemos de explicar una serie de conceptos para que queden lo suficientemente claros. En primer lugar, con inutilidad se hace referencia la incapacidad de la parte del cuerpo que ha sufrido dicha lesión, para realizar los actos normales que tiene atribuidos como función esencial. Diferenciándose de la pérdida en que esta, además de su inutilidad, supone un menoscabo anatómico, una mutilación del miembro.

A la hora del análisis del grado de inutilidad, la jurisprudencia no es unánime al determinar el grado necesario para la aplicación de la agravante. Por un lado, parte de la jurisprudencia³² declara que sólo será relevante la inutilidad si es total, ya que sólo en ese caso será equiparable a la pérdida. Otra corriente jurisprudencial mantiene que basta con una inutilidad parcial³³ y, por último, una corriente intermedia mantiene que podrá ser relevante la parcial si la inutilidad es muy elevada³⁴.

Sin embargo, esta pérdida debe de producirse sobre una parte del cuerpo en concreto y el Código especifica que deberá de ser sobre un órgano o miembro principal o un sentido. En relación al primero de ellos, órgano o miembro principal, se define como todos aquellos cuya ineficacia funcional supone un significativo acortamiento de la vida o suponen un descenso apreciable de la validez de vida de la persona agredida. Y, con el término sentido, se hace referencia a aquella función que poseen determinadas partes del cuerpo de captar estímulos y transmitirlos al sistema nervioso central.

En cuanto al término esterilidad, en cuanto a la graduación no existe discusión, a que se considera que esta debe de ser total y definitiva, y se define como la incapacidad para procrear por medios naturales. La impotencia podrá englobarse como un supuesto específico de esterilidad.

La deformidad, que para su sumisión en dicho artículo debe de ser grave, debe de ser visible y permanente, pudiendo ser un concepto valorativo en función de los cánones de belleza. Al apreciarse mediante un criterio subjetivo, la jurisprudencia ha tratado de establecer una serie de requisitos para la dicha apreciación como la irregularidad física en el cuerpo del lesionado, que esta sea permanente, visible a simple vista y que se aprecie una desfiguración o fealdad respecto de lo que ordinariamente habría de considerarse en ese lugar del cuerpo³⁵.

Por último, en cuanto a la grave enfermedad somática o psíquica, debe de suponer un padecimiento tal, que cause un gran menoscabo en la calidad de vida de la víctima, siendo esta permanente o definitiva.

- Mutilación genital, en cualquiera de sus manifestaciones.

³²Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 402/2002 de 8 marzo de 2002 (RJ 2002\4927).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 321/2004 de 11 marzo de 2004 (RJ 2004\2064).

³³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1330/2004 de 11 noviembre de 2004 (RJ 2004\7723).

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 470/2005 de 14 abril de 2005 (RJ 2005\4355).

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 2/2007 de 16 enero de 2007 (RJ 2007\252).

- Pérdida o inutilidad de órgano o miembro no principal, o deformidad no grave. Encontrándose referido en el artículo 150, supone una agravante de menor calibre, o de menor pena, por verse afectados miembros no principales o por tratarse de una deformidad no grave.

La jurisprudencia considera miembros u órganos no principales, entre otros, la falange de un dedo, un dedo³⁶ o un testículo³⁷. Por otro lado, constituyen supuestos de deformidad no grave la pérdida de piezas dentales o la pérdida de carne por un mordisco en el mentón, oreja, nariz³⁸...

Existen otro tipo de lesiones en función de la persona sobre la que se ejerzan tales, que se tipifican y castigan de forma separada al tipo general y que se introducen en el Código Penal por la L.O. 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género.

La citada ley orgánica castiga:

- Causar menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito por el Código Penal, se equipara con la falta recogida en el artículo 617.1CP.
- Golpear o maltratar de obra sin causar lesión (la falta recogida en el art. 612.2 CP)

Siempre y cuando, la víctima sea:

- Mujer que es o ha sido esposa del autor, o mujer que está o ha estado ligada al autor por análoga relación de efectividad aún sin convivencia, o una persona especialmente vulnerable.
- Cónyuge o ex cónyuge (exceptuando mujeres) o persona que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aún sin convivencia.
- Descendientes, ascendientes o hermanos, pudiendo ser por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge conviviente.
- Menores o incapaces que con él convivan o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento del cónyuge o conviviente.
- Persona amparada en cualquier otra relación por la que esté integrada en el núcleo de convivencia familiar.
- Personas que por su especial vulnerabilidad estén sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Así, endurece lo que el Código Penal podría considerar una falta, tipificando como delito la conducta consistente en el ejercicio de violencia física no constitutiva de lesión por parte de una persona sobre otra de las que pertenecen al ámbito de la relación familiar o sentimental, con o sin convivencia.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 294/2007 de 30 marzo de 2007 (RJ 2007\2078).

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1300/2004 de 16 noviembre de 2004 (RJ 2005\338).

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1630/2002 de 2 octubre de 2002 (RJ 2002\8686).

Se constituiría, entonces, como un delito de peligro abstracto para la salud de las personas. Si se llegase a causar un delito por lesiones, se aplicarían los delitos correspondientes (art. 148.4, 149 o 150 CP, con la circunstancia agravante de parentesco).

A su vez, este delito podrá ser agravado si el delito es cometido en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o de la víctima, o quebrantando penas del art. 48CP, entre las que se incluye la orden de alejamiento (art. 153.3 CP).

Atendiendo a los mismos sujetos pasivos, se tipifica la violencia habitual en el ámbito familiar (art. 173.2 Código Penal) como aquella conducta por la que se ejerce habitualmente violencia física o psíquica respecto a dichos sujetos.

La habitualidad, es cuestión importante en este tipo, por lo que debe de ser analizada en profundidad. Atendiendo a este requisito, la jurisprudencia dictamina que lo relevante para su apreciación no es el número concreto de actos de violencia, sino la existencia de una repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento³⁹. Además, la habitualidad debe de entenderse como la repetición de actos de idéntico contenido lesivo cobrando especial importancia la relación entre autor y víctima, la frecuencia con la que ocurre, la permanencia del trato violento⁴⁰...

En todo caso, se trata de castigar malos tratos continuados, sin ser necesario apreciar algún resultado de lesión.

Además, otro de los pilares fundamentales del tipo es la proximidad temporal de los actos, que podrán ser atraídos a este nuevo procedimiento independientemente de que hayan sido, o no, enjuiciados en otros procesos anteriores. Esto puede ser así ya que la jurisprudencia considera que el bien jurídico protegido es otro que el de la lesión individual, ya que se considera un atentado contra valores constitucionales como el derecho a la dignidad y a protección a la familia, entre otros. Así, en este nuevo proceso, se aprecia la habitualidad, las violencias puntuales que ya han podido ser castigadas, ahora son consideradas de forma conjunta, permitiendo observar una situación de degradación de la víctima.

Por ello, podrá tenerse en cuenta lo prescrito, lo no prescrito, lo juzgado y lo no juzgado.

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 105/2007 de 14 febrero de 2007 (RJ 2007\1606).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 607/2008 de 3 octubre de 2007 (RJ 2008\6418).

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 580/2006 de 23 mayo de 2006 (RJ 2006\3339).

3.2 El quebrantamiento de una orden de alejamiento y el consentimiento de la mujer maltratada en dicho quebrantamiento.

La narración del caso nos indica que durante el año 2012, se establece una orden de alejamiento que prohíbe al agresor aproximarse a las víctimas, ya que podría entenderse que en ella se englobarían su esposa y su hija, ambas agredidas. El caso no nos proporciona la información para comentar si se trata de una medida cautelar o de una pena privativa de derechos. Aún así, lo que parece estar claro es que el penado tiene prohibido acercarse a estar personas en cualquier sitio en el que se encuentren, ya sea su domicilio, lugar de trabajo, o cualquier otro.

Esta prohibición se ve incumplida en diciembre de 2012, ya que se retoma la convivencia entre agresor y víctimas.

La conducta consistente en este quebrantamiento de condena, aun siendo medida cautelar, se encuentra recogida en el artículo 486 del Código Penal, pudiendo ser castigada con pena de prisión.

Cuestión de especial importancia se plantea en el momento en el que la mujer maltratada, a favor de la cual se ha dictado una orden de alejamiento para su agresor, consiente que este la incumpla, retomando la convivencia con él.

Como ya hemos dicho con anterioridad, según el art. 468 del Código Penal, el quebrantamiento de la orden de alejamiento puede acarrear pena de prisión, pero ¿podría ser la mujer que sufre violencia de género castigada como inductora (o cooperadora necesaria) de un delito del artículo 468 CP si esta invita, o únicamente consiente, que el agresor incumpla la prohibición expresa impuesta en sentencia firme o como medida cautelar de orden de alejamiento, teniendo contacto con ella, o incluso retomando la convivencia?

Existen doctrinas diferentes y contrapuestas entre sí, en función de los autores o de la jurisprudencia a la que nos remitamos. Basaremos nuestra explicación entre la argumentación de José Antonio Vázquez Ramos (2006)⁴¹, diferente doctrina del TS y del Ministerio Fiscal⁴².

La opinión del autor se basa en que la conducta de la mujer que consiente el quebrantamiento de la medida cautelar es punible, ya que para éste constituye una inducción o una forma de participación, ya sea cooperación necesaria o complicidad, según el caso concreto, de un delito del artículo 468 de nuestro Código Penal.

⁴¹ RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2006). Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña (AFDUDC)*, 10, 1227-1236.

⁴² MINISTERIO FISCAL, Circular 6/2011: Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer; VII 2.1. “Quebrantamiento consentido” de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005⁴³, entiende que, la voluntad de la mujer de readmitir la convivencia de su marido supone el ejercicio de su derecho a “vivir juntos”. Así, considera la decisión de la mujer “libremente autodeterminada”, y estima que, *“en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener -en su caso- otra medida de alejamiento”*. En definitiva, esta sentencia del TS aprecia que la decisión de reanudar la convivencia supone que la mujer entiende que ya no es necesaria la protección de la medida, por lo que voluntariamente ésta decaería, sin perjuicio de una posterior necesidad de protección si se diera el caso.

José Antonio Vázquez Ramos (2006), por el contrario, considera que *“el cumplimiento o incumplimiento de una orden de alejamiento dictada para proteger a una mujer maltratada no es un asunto privado de la pareja”*, sino que la resolución judicial supone un límite al derecho a convivir que debe de ser respetado para salvaguardar la integridad de la víctima y el bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento de condena, el interés del Estado en la efectividad de las resoluciones judiciales.

Ha sido el Ministerio Fiscal, en la Circular 6/2011 del FGE, el que ya ha tomado postura ante esta cuestión, al decidir no promover acusación alguna contra la mujer que consiente el quebrantamiento de condena del agresor, estimando que no puede afirmarse, en tales casos, ni la autoría por inducción ni la cooperación necesaria.

Lo que parece estar claro, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, es que, a pesar del consentimiento de la mujer, no se excluye la punibilidad de quien quebranta una orden de alejamiento por violencia de género⁴⁴. Asimismo, se consagra *“el criterio de la punibilidad de estas conductas desobedientes, con carácter absoluto, bien se trate de incumplimiento de pena o de medida de seguridad y cualquiera que fuere la actitud adoptada por la mujer”*. Es decir, el consentimiento de la víctima no exime al incumplidor de responsabilidad criminal, declarando el TS, en sentencias posteriores, la irrelevancia del consentimiento de la víctima a la reanudación de la convivencia.

El único supuesto en el que el incumplidor podría encontrarse exento de responsabilidad tendría lugar si éste, con motivo de la conducta receptiva de la persona protegida, cayese en eventual equivocación y pudiera acreditarse la concurrencia de un error de prohibición (art. 14 CP). *“El error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente”*⁴⁵.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1156/2005 de 26 septiembre de 2005 (RJ 2005\7380).

⁴⁴ Acuerdo de pleno del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 25 noviembre 2008 (JUR 2009\34004).

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 172/2009 de 24 febrero de 2009 (RJ 2009\450).

Sin embargo, parte de la jurisprudencia no admite a quien quebranta una orden de alejamiento alegar error de prohibición⁴⁶, argumentando que *“el error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, (...) por otro lado, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente”*.

3.3 Consecuencias jurídicas

3.3.1 Consecuencias jurídicas referentes al comportamiento agresivo de Marcial.

En la narración del caso se describe que, *“durante el matrimonio de Marcial y María, ésta recibe varias palizas de su marido, además de un continuo maltrato psicológico”*. Sin embargo, debemos de analizar los hechos de manera individual atendiendo, entre otras circunstancias, a la habitualidad.

La primera agresión tiene lugar en el mes de enero del año 2010, cuando la esposa recibe *“un fuerte golpe en la cara que le produce un importante derrame en el ojo derecho”*. En el caso no se concreta si María ha recibido, a consecuencia del golpe, una primera asistencia facultativa o un tratamiento médico o quirúrgico. En caso de que ni siquiera haya acudido al médico, la acción podría subsumirse en el caso de lesión no definida como delito por el Código Penal, equiparada con la falta recogida en el artículo 617.1CP, que la Ley 1/2004 tipifica como delito, al consistir en el ejercicio de violencia física no constitutiva de lesión por parte de una persona sobre otra de las que pertenecen al ámbito de la relación familiar o sentimental, con o sin convivencia, en este caso su esposa.

En el caso de que haya acudido a profesionales de la salud por dicha lesión, si el derrame hubiera provocado la necesidad de un tratamiento médico o quirúrgico con la finalidad de curarlo, no bastando el primer acto médico, sino que sería necesaria una acción prolongada de cuidados profesionales, podrían ser considerado un delito de lesiones (art. 147.1 CP), agravado por el hecho de que *“la víctima fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de efectividad”* (art.148 CP).

La segunda agresión, tiene lugar en el mes de marzo del mismo año donde, además de *“hablarle violentamente”*, el marido le propina dos puñetazos en la barriga. En el caso de entender que no ha sido necesario un tratamiento médico, nos encontraríamos en la misma situación que en la agresión anterior, definiendo la agresión

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 519/2004 de 28 abril de 2004 (RJ 2004\3998).

como lesión no definida como delito por el Código Penal , pero que sí se tipifica como tal en la L.O. 1/2004. Sin embargo, a tenor del caso, podría entenderse que María ya estaba embarazada en el momento en el que tuvo lugar la agresión, por lo que en caso de haber recibido asistencia y tratamiento médico, podríamos englobarlo en el caso de delito de lesiones agravado por la condición de esposa del sujeto pasivo.

Estos hechos comprendidos a lo largo del año 2010 podrían verse agravados por el tipo del artículo 153.3º CP, al haber tenido lugar en el domicilio común en donde el matrimonio residía.

En septiembre del año 2012, María ingresa en el hospital a causa de una agresión y permanece ingresada casi 3 meses, durante los cuales es intervenida quirúrgicamente dos veces por lesiones en el hígado y bazo. Además, a consecuencia de dicha agresión, presenta cicatrices en la cara. En este caso, parece que la agresión cumpliría con todos los requisitos para constituir el delito de lesiones tipificado en el artículo 147.1 del Código Penal ya que, con motivo de la agresión, la víctima precisa de un tratamiento médico y quirúrgico.

Además, en el análisis de esta agresión debemos de prestar especial importancia a las agravantes. Por un lado, debería de aplicarse la agravante establecida en función de la especial relación de la víctima y el agresor (art.148 CP) y la recogida en el artículo 149.1 CP relativa a la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, un sentido, impotencia o esterilidad, deformidad grave o grave enfermedad somática o psíquica. Esta segunda agravante se podría fundamentar en la deformidad grave referida a las cicatrices que María presenta en la cara. Para ello, las cicatrices tendrían que tener la suficiente entidad como para suponer una *“irregularidad física en el cuerpo del lesionado, que esta sea permanente, visible a simple vista y que se aprecie una desfiguración o fealdad”*⁴⁷. En caso de ser mínimas dichas cicatrices, podría valorarse que se subsumiera en este tipo o que pudiera constituir una deformidad no grave (art. 150CP).

En el supuesto no se dice que la lesión en el hígado y el bazo suponga la inutilidad de los mismos, por lo que no entraremos a estudiar la posibilidad de constituir agravante.

Por otro lado, en octubre de 2013, tras haber ingerido alcohol y cocaína, Marcial quebrantando una orden de alejamiento, agrede de nuevo a su esposa en el estómago y a su hija menor de edad, provocándole un *“importante derrame en el ojo derecho”*. En el momento en el que ambas son llevadas al hospital, la esposa sufre un ataque al corazón debido a la ansiedad que padece.

En relación a la agresión que sufre la esposa, de nuevo podría subsumirse en el delito de lesiones tipificado en el Código Penal agravado por el hecho de ser su esposa. Ya que, en este caso, la agresión provoca un ataque al corazón, lo cual supone tanto una asistencia médica como un posterior tratamiento.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 2/2007 de 16 enero de 2007 (RJ 2007\252).

En el caso de la agresión a la hija, al derivar en un derrame en el ojo, debemos de hacer la misma diferenciación que en la primera de las agresiones. En caso de ser necesario un tratamiento médico o quirúrgico, nos encontraríamos ante un delito de lesiones agravado por las características personales de la víctima. Si no se apreciase tratamiento médico ni intervención quirúrgica, constituiría una lesión no recogida como delito por el código Penal pero que asciende a tal por la L.O 1/2004 al tratarse de un descendiente.

Además, en ambas agresiones podrían tener cabida dos agravantes (art.153.3 CP). La primera de ellas en relación a que los hechos tuvieron lugar en el domicilio familiar y, la segunda, debida al quebrantamiento de la orden de alejamiento que recaía sobre Marcial.

El hecho de que el agresor, en estas últimas dos lesiones se encontrara bajo los efectos de sustancias tóxicas podría estudiarse en cuanto a la exención de la responsabilidad criminal, ya que el artículo 20.2 CP determina que estará exento de tal responsabilidad *”el que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, 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”*. Ello debería de ser analizado concienzudamente en función del caso que nos ocupa, ya que con la información que nos aporta el supuesto práctico no parece que podamos extraer una conclusión firme y definitiva.

Se menciona en el caso, que Marcial *“decide voluntariamente ingresar en una clínica con expresa voluntad de desintoxicarse, intentando reparar el daño causado”*.

Este hecho hace que debamos de mencionar la oportunidad que ofrece el Código Penal de suspender la ejecución de las penas privativas de libertad. Concretamente, en virtud a lo referido en el artículo 87 CP relativo régimen de suspensión pensado para los penados que hayan cometido el hecho por su dependencia a las sustancias que en el artículo 20.2 del mismo Código se enumeran, entre las que se encuentran bebidas alcohólicas y drogas. Así mismo, deben de concurrir una serie de requisitos. Por un lado, en caso de considerarse que el autor del delito ha actuado bajo los efectos de su dependencia a dichas sustancias, para poder ser valorada dicha suspensión, la pena impuesta, o la suma de las impuestas, no podrá ser superior a cinco años (art. 87.1 CP). Además, el condenado deberá de haber satisfecho la responsabilidad civil y, por último, sería necesario que un centro público o privado homologado certifique que en el momento de decidir sobre dicha suspensión de la pena, el agresor se encuentra deshabitado o está siguiendo un tratamiento de deshabitación de las sustancias que consumía.

Cumpliendo estos requisitos, el órgano sentenciador podrá valorar la adecuación de dicha suspensión en función de la peligrosidad del sujeto y de las circunstancias de los hechos.

3.3.2 Consecuencias jurídicas referentes al quebrantamiento de la orden de alejamiento y al consentimiento de la víctima.

Respetando el criterio del Ministerio Fiscal y de la jurisprudencia mayoritaria, podría entenderse que María carecería de responsabilidad alguna por la permisibilidad en cuanto al retorno a la convivencia con Marcial.

En cuanto al agresor, tras el incumplimiento de la medida de protección de la víctima, comete una infracción tipificada en el artículo 468 del Código Penal, al no apreciarse beneficio alguno para el agresor, a consecuencia del consentimiento de la víctima.

4. Cuestión sobre 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, especificando qué derechos ostentan cada uno sobre el inmueble citado.

4.1 Remisión a las consecuencias de la declaración de fallecimiento.

En la primera de las cuestiones del trabajo, como parte de la contextualización de la respuesta, hemos detallado pormenorizadamente las consecuencias de la declaración de fallecimiento, tanto las personales, como las patrimoniales.

En lo que se refiere a los efectos de carácter patrimonial, habíamos considerado que el principal de ellos es la apertura de la sucesión del declarado fallecido, pasando a heredar el patrimonio de la persona fallecida sus herederos y legitimarios.

Asimismo, habían sido establecidas unas cautelas en nuestro Código Civil debido a la posibilidad de que el declarado fallecido reapareciera. En primer lugar, los herederos se encontrarían obligados a formalizar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles e inmuebles pertenecientes al declarado fallecido (art. 196.4 CC). Además, éstos no podrán disponer a título gratuito de los bienes que reciban de la herencia, aunque sí a título oneroso (arts. 196.2 y 197 CC) y, por último, en caso de haber legados, estos quedarían en suspenso durante cinco años (art. 196.3 CC).

Por otro lado, en cuanto a los efectos de índole personal, debemos de recordar que se disuelve el vínculo matrimonial y, por tanto se procede a la liquidación de la sociedad de gananciales (art.1392.1º CC) o a la extinción del régimen de participación (art.1415 CC), según corresponda en el caso concreto en el que nos encontremos.

Así pues, analizaremos en primer lugar la disolución del vínculo matrimonial y, a continuación, la apertura de la sucesión. Sin olvidarnos, una vez expuestos ambos efectos, de la declaración de fallecimiento del artículo 197 CC que regula los derechos de la persona reaparecida.

4.1.1 Disolución del vínculo matrimonial

El Código Civil, en el artículo 1.315, concede la posibilidad de que los cónyuges estipulen en las capitulaciones matrimoniales cual será su régimen económico matrimonial, siendo, a falta de indicación alguna por parte de los cónyuges, el de sociedad de gananciales (art. 1.316 CC).

Entendiendo como régimen económico matrimonial el conjunto de reglas que rigen la situación que el matrimonio instaura en el ámbito patrimonial, tanto entre ambos, como con terceros.

En el caso objeto de comentario, nada se nos dice sobre las capitulaciones matrimoniales de Manolo y María, por lo que analizaremos su régimen económico matrimonial en función de una hipótesis. Tanto la narración del caso, al realizar la descripción de los bienes del matrimonio en función de bienes privativos y comunes, como la regla subsidiaria que el Código Civil nos ofrece en este caso, parecen indicarnos que deberíamos de apostar por el régimen de gananciales.

Así pues, *“mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella”*. Además, el Código Civil⁴⁸

⁴⁸ 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 adquiera 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 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.*

Los bienes mencionados en los apartados 4.º y 8.º no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho”.

Artículo 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”*.

establece un listado de los bienes que serán gananciales y de cuales podrán ser considerados privativos. Atendiendo a la escueta narración del caso y a los preceptos del código entendemos que los bienes considerados gananciales serán la casa y la cuenta bancaria, a tenor del art. 1.361 CC que esclarece que tendrán carácter ganancial aquellos bienes de los que no se pruebe su carácter privativo en beneficio a uno de los cónyuges.

En este mismo sentido, se considerará bien privativo el piso que pertenecía a Manolo con anterioridad a contraer matrimonio con María y a la constitución de la sociedad de gananciales.

En cuanto a la disolución de la sociedad de gananciales, versa el artículo 1.382 del Código que ésta tendrá lugar *“cuando se disuelva el matrimonio, cuando sea declarado nulo, cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges, cuando los cónyuges convengan un régimen económico matrimonial distinto en la forma prevenida en este Código”*. Recordando pues que unos de los efectos de la declaración de fallecimiento era la disolución del matrimonio, con encontramos en uno de los casos de disolución de la sociedad de gananciales.

La liquidación de dicha sociedad se encuentra comprendida en los artículos 1.396 y ss. del Código. En síntesis, en primer lugar debe de elaborarse un inventario que comprenda la totalidad del activo y del pasivo de la sociedad de gananciales. Una vez cumplido este requisito, los bienes que se consideren gananciales podrán ser atribuidos por mitades a cada uno de los cónyuges. Por su parte, los bienes privativos corresponderán al cónyuge al que perteneciesen como tal en un principio.

En relación con los bienes descritos en el caso, ya hemos mencionada la existencia de una casa y de una cuenta bancaria que pertenecen a la sociedad de gananciales. Por ello, una vez que se proceda a su liquidación, ambos bienes deberán de atribuirse por mitades a cada uno de los ex cónyuges. La doctrina del Tribunal Supremo⁴⁹ respalda esta clasificación al considerar en numerosas ocasiones como bienes gananciales la vivienda familiar y una cuenta bancaria en la que ambos cónyuges son titulares.

En cuanto al piso que había adquirido Manolo con anterioridad a su matrimonio con María, tras la disolución de la sociedad de gananciales continuará siendo privativo del mismo cónyuge.

4.1.2 Apertura de la sucesión

Como ya hemos dicho con anterioridad, en cuanto a los efectos patrimoniales, debemos de analizar la apertura de la sucesión a favor de los herederos de la persona declarada fallecida.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 100/2013 de 14 febrero de 2013 (RJ 2013\1859).

Debemos de recordar la definición de herencia que nos ofrece el artículo 659 de nuestro Código Civil al determinar que *“la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte”* y, según el art. 658 CC, *“la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley”*. Llamándose le primera de ellas testamentaria y la segunda legítima (art.658. 2º CC).

De la narración del caso no se puede confirmar si la sucesión ha de ser testada o intestada. Sin embargo, en el presente dictamen presentaremos la hipótesis de que se trata de una sucesión testada y que María habría sido nombrada heredera universal en testamento por su esposo, Manolo.

Así pues, en virtud del artículo 661 CC el heredero, en este caso María, sucederá al difundo *“en todos sus derechos y obligaciones”*.

Estando Manolo capacitado para testar al no subsumirse en ninguno de los impedimentos del artículo 663 CC, podrá *“disponer (...) de todos sus bienes o de parte de ellos⁵⁰”* a título de herencia o de legado⁵¹.

No podremos tratar, sin embargo, la forma del testamento, que se encuentra regulada en los arts. 676 y ss. del Código ya que desconocemos toda la información relativa al asunto. De todas formas, para la resolución del dictamen, entenderemos que la forma en la que se ha realizado es testamento será totalmente válida en derecho.

No estando María incapacitada por la ley para suceder (art. 745 CC) y atendiendo a la hipótesis de que Manolo no tendría herederos forzosos⁵², podrá *“disponer por testamento de todos sus bienes o parte de ellos a favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos⁵³”*.

En la narración del caso no se indica la existencia de ascendientes del declarado fallecido, ni descendientes, por lo que se considera que no existiría incumplimiento alguno de la legítima al declarar a su esposa heredera universal.

En cuanto a la incapacidad por causa de indignidad contemplada en el art. 756, debemos de hacer un análisis más profundo. La primera de las causas que se recoge en el punto primero del artículo recoge que será incapaz de suceder *“el que fuera*

⁵⁰ Art. 667 Código Civil: *“El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento”*.

⁵¹ Art. 668 Código Civil: *“El testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado.*

En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia”.

⁵² Art. 807 Código Civil: *“Son herederos forzosos: los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes; a falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes; el viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código”*.

⁵³ Art. 763 Código Civil: *“El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos.*

El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo”.

condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida (...) del causante". Sin embargo, creemos oportuno descartar esta posibilidad ya que, en el momento de la declaración de fallecimiento y, por tanto, de apertura de la sucesión, no existía sentencia firme y, ni siquiera estaba siendo investigada por el delito que posteriormente se descubre. Por otro lado, el punto 4º del mismo artículo declara nuevamente incapaz al *"heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio"* y continúa diciendo *"cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar"*. Descartamos de nuevo esta justificación de la incapacidad por causa de indignidad de María al apreciar que ella, no tiene obligación legal de acusarse a sí misma.

Por ello, podríamos considerar la capacidad plena de María para suceder a Manolo en sus derechos y obligaciones. Así, a la heredera le corresponderían la totalidad de los bienes descritos en el caso: la mitad de la casa y de la cuenta bancaria que eran de Manolo tras la disolución de la sociedad de gananciales, y el piso que era propiedad privativa de Manolo.

Todo ello en cuanto a la apertura de la sucesión testada. Sin embargo, la sucesión abierta por motivo de la declaración de fallecimiento tiene una serie de peculiaridades.

En primer lugar, *"los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento"* (art.196 CC). Además, este plazo es el mismo que se exige para la entrega de los legados, en caso de haberlos.

Una de las principales obligaciones de los sucesores será la de formar notarialmente un inventario lo suficientemente detallado de cada uno de los bienes muebles, junto con una descripción de todos los bienes inmuebles que poseyera en ese momento el declarado fallecido.

Entendidos cumplidos todos estos requisitos y obligaciones, debemos de atender al artículo 197 del Código Civil que versa sobre la posibilidad de la posterior aparición del declarado fallecido y de los efectos patrimoniales que estos tendrá. La literalidad de este artículo anuncia 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"*.

Del artículo se extrae que el declarado fallecido recuperará su patrimonio en el estado en el que se encuentre, pudiendo entenderse que será independientemente de las mermas sufridas durante el tiempo en el que se encontró ausente.

Por otro lado, el aparecido no podrá reclamar rentas, frutos o productos obtenidos con sus bienes durante el tiempo en el que estuvo ausente. Ello se entiende, siempre y cuando, sus sucesores actuaran de "buena fe". Entendiéndose como tal la creencia de que el declarado fallecido estaba realmente fallecido y no se conocía de su

existencia. En caso de que tuvieran noticia alguna acerca de que el declarado fallecido continuaba con vida podrían ser declarados poseedores de mala fe y, en ese caso, sí podrían tener que restituir los frutos percibidos en dicho período de tiempo.

El artículo al que no referimos, también prevé la obligación de restituir al reaparecido el precio de los bienes vendidos o los bienes que se hayan adquirido con el referido precio. Se establecería, entonces, un supuesto de subrogación en el que el reaparecido podría obtener todo el precio obtenido por la venta del bien, y no sólo aquel que únicamente no se hubiera consumido. Cuestión diferente es la de la restauración de los bienes, que sí serán devueltos en el estado en el que se encuentren en dicho momento. En cambio, si se hubieran enajenado se atenderá al precio completo, como ya hemos dicho, sin atender a que ya se hubiera consumido parte de ese precio obtenido por la venta.

4.2 Consecuencias jurídicas

Como hemos explicado en la argumentación jurídica, una vez que María ha pasado a suceder a Manolo en todos sus bienes y obligaciones, y siempre que hayan transcurrido más de cinco años, podrá enajenar, incluso a título gratuito todos sus bienes.

En la narración del caso no se indica en qué fecha han tenido lugar las enajenaciones, sin embargo, la reaparición de Manolo tiene lugar en el año 2014, transcurridos más de cinco años desde su declaración de fallecimiento, por lo que podría entenderse que María habría cumplido el plazo fijado por ley.

Asimismo, en cuanto a la reaparición del declarado fallecido y respaldado por la argumentación jurídica, Manolo tendrá derecho al precio obtenido por la venta del piso de A Coruña, a la mitad del precio obtenido con la venta de la casa que pertenecía a la sociedad de gananciales y a la mitad de la cantidad del dinero que quedase en la cuenta bancaria de la que ambos eran titulares antes de su desaparición y posterior declaración de fallecimiento.

Destacando el hecho de que el piso de A Coruña haya sido vendido a una persona de confianza de María, por un precio inferior al que se supone que sería el precio de mercado, siempre y cuando este precio no suponga una cantidad irrisoria no tendrá ninguna relevancia a los efectos estudiados. Por lo que Manolo únicamente tendrá derecho al precio obtenido por dicha venta.

Se entiende, entonces, que tanto la venta a Eustaquio, como a Miriam, serán totalmente válidas, ya que se producen cuando la vendedora (María) es válida propietaria de ambos inmuebles.

Otro tema que también podría crear controversia sería el gasto de gran parte del dinero que se encontraba en la cuenta corriente que formaba parte de la sociedad de

gananciales antes de la declaración de fallecimiento de Manolo. Una vez que su esposa hereda la parte que se encontraba en titularidad del fallecido, podrá disponer libremente de la totalidad del dinero depositado en dicha cuenta.

En cuanto a los posibles frutos o intereses percibidos con motivo de los rendimientos de la cuenta bancaria, debemos de remitirnos nuevamente al artículo 197 CC que nos ofrece las pautas a seguir en caso de reaparición del declarado fallecido. Así, Manolo tendría derecho, en caso de haberlos, a los intereses generados desde la fecha en la que se dejase sin efecto la declaración de fallecimiento, no de los anteriores. De todas formas, en el supuesto de hecho no se indica información alguna sobre los intereses.

Finalmente, debemos recalcar que todos estos actos entienden efectuados con buena fe por María, entendiéndose que ella actúa bajo la creencia de que su marido había fallecido realmente.

Por ello, Manolo no podría llevar a cabo acción alguna más que reclamar lo que le pertenece en virtud del artículo 197 del Código Civil y que ya hemos enumerado con anterioridad: el precio obtenido por la venta del piso de A Coruña, la mitad del precio obtenido con la venta de la casa que pertenecía a la sociedad de gananciales, la mitad de la cantidad del dinero que quedase en la cuenta bancaria y, en caso de haberlos, los intereses que esta hubiera generado desde el momento de su reaparición.

Por otro lado, Miriam y Eustaquio serían propietarios de pleno derecho, ya que adquirieron dichas viviendas mediante un contrato de compraventa, entendemos que totalmente válido, entre la legítima vendedora y el comprador.

Finalmente, debemos de destacar que se ha llegado a todas estas conclusiones teniendo en cuenta que se desconoce la vecindad civil de los protagonistas, por lo que hemos aplicado para su desarrollo el Régimen General recogido en el Código Civil.

Conclusiones

Una vez expuestas todas las cuestiones a resolver en relación al caso práctico que nos ocupa, debemos de concluir esquematizando aquellas respuestas que han cobrado mayor importancia en el contexto del trabajo.

En cuanto a la primera de las cuestiones abordadas, y una de las principales del caso, debemos de recordar que, una vez que se insta declaración de fallecimiento del primer marido, el vínculo matrimonial se disuelve, por lo que María está en su derecho de contraer un segundo matrimonio. Además, considerando válida la doctrina mayoritaria, tras el regreso del declarado fallecido, dicho vínculo no se restaura, por lo que el segundo matrimonio continuaría siendo válido y el primero seguiría estando disuelto.

Por otro lado, en cuanto al posible delito cometido por María, hemos considerado que podría tratarse de un homicidio, en grado de tentativa tras reaparecer Manolo, ya que no consideramos que se aprecie el tipo del asesinato. Además, en cuanto a las escuchas telefónicas por las que se descubre la posibilidad de que se haya cometido el delito, únicamente con la narración del caso no consideramos que se pueda apreciar su validez o invalidez, por lo que planteamos diferentes posibilidades a lo largo de la cuestión.

En relación a las lesiones de las que María ha sido víctima, en la cuestión tercera analizamos cada una de ellas y apreciamos si se subsume, o no, en según qué tipo delictivo. Además, realizamos un extenso análisis sobre la punibilidad del consentimiento de quebrantamiento de condena de una mujer víctima de violencia de género, y concluimos que esta permisibilidad en cuanto a la vuelta a la convivencia no sería punible, pero que tampoco exime al agresor de su responsabilidad por el quebrantamiento de dicha medida.

Para finalizar, realizamos una valoración del tratamiento de los bienes de Manolo una vez que María los habría heredado tras la declaración de fallecimiento de su primer marido y, consideramos, que no existe irregularidad alguna en atención a la doctrina, jurisprudencia y normativa que tenemos en cuenta para su estudio. Por ello, el reaparecido únicamente podría reclamar lo que el Código Civil le permite en virtud del artículo 197 CC.

Bibliografía

Monografías

- ALBALADEJO, M. (2013). *Derecho civil: Introducción y parte general*. Madrid: EDISOFER.
- ÁLVAREZ LATA, N., BUSTO LAGO, J. Y PEÑA LÓPEZ, F. (2015). *Curso de Derecho Civil de Galicia*. Barcelona: Atelier.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) (2012). *Manual de Derecho Civil: Sucesiones* (2ª ed.). Madrid: Bercal, S.A.
- CORCOY BIDASOLO, M. ET. AL. (2015). *Manual de derecho penal. Parte especial (actualizado con las LLOO 1-2015 y 2-2015): doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil: Volumen I. Parte general del Derecho civil y personas jurídicas* (13ª ed.). Madrid: Tecnos.
- FARRÉ TREPAT, E. (2011). *La tentativa de delito: Doctrina y jurisprudencia* (2ª ed.). Madrid: EDISOFER S.L.
- LASARTE, C. (2015). *Parte general y derecho de la persona: Principios de Derecho Civil I* (21ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- LUZÓN PEÑA, D-M. (2016). *Lecciones de derecho penal: Parte general* (3ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2016
- MAGRO SERVET, V. (2006). *Manual práctico de actuación policial-judicial en medidas de limitación de derechos fundamentales*. Madrid: La Ley.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C, DE PABLO CONTRERAS, P Y PÉREZ ÁLVAREZ, M. (2011). *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia* (3ª ed.). Madrid: Colex.
- MORETÓN TOQUERO, M. A. (2001). *Delitos contra las relaciones familiares: matrimonios ilegales*. Barcelona: Bosch.

Partes de monografías

- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Capítulo VIII: De la disolución del matrimonio. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil: Tomo I* (pp. 871-877). Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ GARCÍA, H. (2013). Capítulo II: De la declaración de fallecimiento. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil: Tomo II* (pp. 2012-2036). Valencia: Tirant lo Blanch.

Contribución a una publicación seriada

- MARZABAL MANRESA, I. (2013). El *animus necandi* y factores de riesgo en el delito de asesinato de pareja o ex pareja: Predicción de la violencia. *Revista de Derecho UNED*, 12, 439-461.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J. (2014). Responsabilidad penal del drogodependiente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16-03, pp. 03:1-03:27
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2006). Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña (AFDUDC)*, 10, 1227-1236.

Legislación

- Constitución Española, 1978.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- 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.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, aprobatorio del Código Civil.

-Relación de jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 3015/1989, de 3 de julio de 1989 (RJ1989/6052, Aranzadi)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 397/2005 de 18 marzo de 2005 (RJ 2005\6573, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1920/2001 de 26 octubre de 2001 (RJ 2001\9390, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1853/2001 de 17 octubre de 2001 (RJ 2002\1200, Aranzadi).
- Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 746/2008 de 21 julio de 2008 (JUR 2008\380700, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 468/2008 de 9 julio de 2008 (RJ 2008\4503, Aranzadi).

- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 82/2009 de 2 febrero de 2008 (RJ 2009\33, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 529/2005 de 27 abril de 2005 (RJ 2005\5218, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 732/2006 de 3 julio de 2006 (RJ 2006\3985, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 31 de enero de 1986 (RJ 1986/212, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 736/2000 de 17 abril de 2000 (RJ 2000\3266, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1385/1998 de 17 noviembre de 1998 (RJ 2000\8063, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 59/2002 de 25 enero de 2002 (RJ 2002\1850, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 256/2002 de 13 febrero de 2002 (RJ 2002\3869, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1110/1996 de 20 diciembre de 1996 (RJ 1996\9032, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1474/1999 de 18 octubre de 1999 (RJ 1999\7575, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1188/2010 de 30 diciembre de 2010 (RJ 2011\416, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 904/2007 de 8 noviembre de 2007 (RJ 2008\545, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 61/2010 de 28 enero de 2010 (RJ 2010\3010, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1889/1994 de 31 octubre de 1994 (RJ 1994\9076, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1748/2002 de 25 octubre de 2002 (RJ 2002\971, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1850/2000 de 29 diciembre de 2000 (RJ 2000\10478, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 166/1999 de 27 septiembre de 1999 (RTC 1999\16, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1748/2002 de 25 octubre de 2000 (RJ 2002\9713, Aranzadi).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1313/2000 de 21 julio de 2000 (RJ 2000\6772, Aranzadi).
- Sentencia Juzgado de lo Penal núm. 8 de Sevilla; núm. 272/2005 de 29 julio de 2005 (ARP 2005\500, Aranzadi).

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 661/1997 de 12 mayo de 1997 (RJ 1997\4542, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 574/2007 de 30 mayo de 2007 (RJ 2007\4973, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 96/2000 de 1 febrero de 2000 (RJ 2000\728, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1324/1998 de 10 noviembre de 1998 (RJ 1998\9416, Aranzadi)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 402/2002 de 8 marzo de 2002 (RJ 2002\4927, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 321/2004 de 11 marzo de 2004 (RJ 2004\2064, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1330/2004 de 11 noviembre de 2004 (RJ 2004\7723, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 470/2005 de 14 abril de 2005 (RJ 2005\4355, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 2/2007 de 16 enero de 2007 (RJ 2007\252, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 294/2007 de 30 marzo de 2007 (RJ 2007\2078, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1300/2004 de 16 noviembre de 2004 (RJ 2005\338, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1630/2002 de 2 octubre de 2002 (RJ 2002\8686, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 105/2007 de 14 febrero de 2007 (RJ 2007\1606, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 607/2008 de 3 octubre de 2007 (RJ 2008\6418, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 580/2006 de 23 mayo de 2006 (RJ 2006\3339, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 1156/2005 de 26 septiembre de 2005 (RJ 2005\7380, Aranzadi).
- Acuerdo de pleno del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 25 noviembre 2008 (JUR 2009\34004, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 172/2009 de 24 febrero de 2009 (RJ 2009\450, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 519/2004 de 28 abril de 2004 (RJ 2004\3998, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 2/2007 de 16 enero de 2007 (RJ 2007\252, Aranzadi).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), núm. 100/2013 de 14 febrero de 2013 (RJ 2013\1859, Aranzadi).