



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO;
CASO Nº2: VIOLENCIA DOMÉSTICA Y
VENTA DE COSA AJENA

Autor:

Tutor:

Gary Kyle Robertson Linares

Alfonso Ballesteros Soriano

ÍNDICE

Caso objeto de resolución.....	1
Abreviaturas.....	2
Cuestión 1.- Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial. Determinar las acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste	
1.1. La declaración de fallecimiento.....	3
1.2. El matrimonio entre Manolo y María.....	5
1.3. El matrimonio entre Marcial y María.....	9
1.4. Recapitulación.....	11
Cuestión 2.-Determinar las características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo, y determinar la validez de las escuchas telefónicas.	
2.1. Planteamiento.....	12
2.2. Tipos delictivos apreciables.....	13
2.3. Calificación de la conducta al momento de la acusación.....	20
2.4. Calificación de la conducta a día de hoy.....	22
2.5. Validez de las escuchas telefónicas.....	23
2.6. Recapitulación.....	28
Cuestión 3.-Consecuencias jurídicas del comportamiento agresivo que ostenta Marcial contra María y contra Elisa, así como la vuelta a la convivencia de ambos tras la primera denuncia de María	
3.1. Planteamiento.....	28
3.2. Delitos apreciables en la conducta de Marcial.....	29
3.3. Calificación de las distintas actuaciones de Marcial.....	34
3.4. Recapitulación.....	41
Cuestión 3.- Examinar la validez jurídica y las acciones a llevar a cabo por Manolo, con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por María a Eustaquio y a Miriam. Especificar qué derechos ostentan cada uno sobre el inmueble citado	
4.1. Apertura de la sucesión tras la declaración de fallecimiento	42
4.2. Liquidación de la sociedad de gananciales.....	44
4.3. Consecuencias patrimoniales de la reaparición de Manolo.....	45
4.4. Recuperación del patrimonio de Manolo.....	47
4.5. Recapitulación.....	49

CONCLUSIONES	50
BIBLIOGRAFÍA	53
LEGISLACIÓN	53
JURISPRUDENCIA	54
ANEXO I: DEMANDA DE DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO	55
ANEXO II: TABLA ESTADÍSTICA SOBRE EL NÚMERO DE MATRIMONIOS CIVILES Y CANÓNICOS CELEBRADOS EN ESPAÑA EN EL AÑO 1996	56
ANEXO III: TABLA ESTADÍSTICA SOBRE EL NÚMERO DE MATRIMONIOS CIVILES Y CANÓNCOS CELEBRADOS EN ESPAÑA EN EL AÑO 2009	57

VIOLENCIA DOMESTICA Y VENTA DE COSA AJENA

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

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

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

En el mes de abril de 2010, nace Elisa, hija de María y Marcial, y los comportamientos violentos de Marcial hacia María continúan. El 29 de septiembre de 2012, tras una violenta agresión de Marcial, María ingresa en el hospital, donde permanece hasta el 12 de diciembre del mismo año, teniendo que ser intervenida quirúrgicamente dos veces por lesiones en el hígado y bazo, así como presentando cicatrices en la cara derivadas de los golpes. Debido al profundo miedo que María tiene a que Marcial pueda hacerle más daño, decide denunciarlo, solicitando asimismo una orden de alejamiento. No obstante, en el mes de diciembre de 2012 Marcial regresa a casa, retomando la convivencia con María, y pese a que la orden de alejamiento sigue vigente. En la madrugada del 12 de octubre de 2013, Marcial, en un estado muy alterado, le propina tres golpes en el estómago a María, y además, le da un puñetazo a su hija Elisa, provocando un importante derrame en el ojo derecho. Ante esta situación, María llama a la policía y ambas son llevadas al hospital, donde María requiere de sedación debido a la profunda e incontrolable ansiedad que padece, que le produce un infarto al corazón. La policía le realiza una prueba de alcohol y drogas, dando éste positivo en cocaína, y dando en el caso del alcohol una tasa de 0,75 ml en aire espirado. Cabe mencionar en este punto que Marcial es una persona drogo dependiente y que, tras este último suceso, decide voluntariamente ingresar en una clínica con expresa voluntad de desintoxicarse, intentando reparar el daño causado.

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

ABREVIATURAS

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CEDH: Convenio Europeo para los Derechos Humanos.

CP: Código Penal.

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LH: Ley Hipotecaria.

RC: Registro Civil.

RH: Reglamento Hipotecario.

RRC: Reglamento del Registro Civil.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

.

Cuestión 1-Validez y eficacia jurídica del matrimonio entre María y Marcial. Determinar las acciones legales que pueda llevar a cabo Manolo con respecto a su matrimonio con María con la finalidad de poner fin a éste.

1.1. La declaración de fallecimiento.

La declaración de fallecimiento es una figura jurídica que permite presumir la muerte de una persona cuando ha estado desaparecida durante un determinado período de tiempo y bajo unas determinadas circunstancias. A falta de poder constatar su muerte cierta, con éste mecanismo se puede establecer el momento a partir del cual se reputa fallecida a una persona de forma que se puedan desplegar efectos similares a los de la muerte: apertura de la sucesión, acceso de sus familiares a prestaciones por viudedad u orfandad o indemnizaciones convenidas en seguros de vida. Se trata de una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual se considerará muerta a una persona, pero dicha presunción será revocada si el declarado fallecido reaparece, surgen pruebas de que se encuentra vivo o bien pruebas de su muerte cierta.

En el caso objeto de resolución en este trabajo nada se menciona sobre el proceso que se ha seguido para instar la declaración de fallecimiento de Manolo. Conviene analizar ese extremo más allá de la referencia ofrecida por el caso “debido a la desaparición de Manolo, y a la consecuente declaración de fallecimiento tiempo después” puesto que en función de los hechos los plazos pueden llegar a presentar grandes diferencias entre sí. Los supuestos que posibilitan instar una declaración de fallecimiento están recogidos en los artículos 193 y 194 de Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (en adelante CC). De entre todos ellos reclaman nuestra atención especialmente dos: el supuesto el artículo 193.3 y el del 194.2.

El artículo 193.3 CC establece que: “*procede la declaración de fallecimiento (...) cumplido un año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres meses*”. Podría parecer razonable tras una primera lectura del caso entender que Manolo se encontró en una situación de riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra su vida, pero no debemos de olvidar que no es hasta al menos dos años después de la desaparición de Manolo cuando conocemos la participación violenta que tuvo María en la misma, y por tanto no es este el caso que nos habilita para instar la declaración de fallecimiento.¹

Por su parte el artículo 194 CC en su apartado segundo establece que “*procede la declaración de fallecimiento (...) de los que se encuentren a bordo de una nave naufragada o desaparecidos por inmersión en el mar, si hubieren transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o desaparición sin haberse tenido noticias de aquellos*” La vigente redacción del mencionado artículo viene dada por el artículo 3 de la Ley 4/2000 de Modificación de la Regulación de la Declaración de Fallecimiento de los Desaparecidos con Ocasión de Naufragios y Siniestros, que supuso un acierto en la medida en que hasta ese momento la redacción del mismo establecía que procedería la declaración de fallecimiento “*de los tripulantes y pasajeros de una nave naufragada de quienes no se hubiere tenido noticias*” contados dos años desde el suceso. De no ser

¹ Sí sería este el cauce a seguir para instar la declaración de fallecimiento, por ejemplo, de aquella persona que, conocido su secuestro por parte de una banda terrorista, no se volviesen a tener noticias suyas. Vid. CORRAL TALCIANI, *La declaración de fallecimiento*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.

por dicha reforma legislativa, no podríamos encuadrar nuestro caso en este supuesto en la medida en que, en sentido estricto, no hubo un naufragio², sino que solamente cayó Manolo al agua. Así, sí que podemos encuadrarlo en este supuesto al preverse la declaración de fallecimiento para aquellos “*desaparecidos por inmersión en el mar*”

En la Exposición de Motivos de la Ley 4/2000 se constata la necesidad de regular de forma distinta los supuestos en los se ocasione la desaparición de una persona como consecuencia del ejercicio de las actividades marítimas y aéreas “*tanto de transporte como de pesca extractiva*” en tanto que si se da el caso de que haya una avería, incendio o condiciones climatológicas adversas el peligro potencial es mayor al encontrarse en el mar que si se encontrase en tierra firme. Es preciso, continúa, acortar los plazos para instar la declaración de fallecimiento en orden a poder acceder antes a cuestiones de carácter jurídico privado y patrimonial (como se ha señalado anteriormente, indemnizaciones de seguros, sucesión *mortis causa* o prestaciones sociales). Tal y como señala GUINEA FERNÁNDEZ, la Ley se olvida de mencionar los supuestos de navegación recreativa o de navegación en ríos, lagos o embalses, si bien es cierto que parece razonable emplear por analogía la nueva norma para entender incluidos esos supuestos.³

Es preciso también dedicar un breve espacio a la necesidad de publicidad que tiene la declaración de fallecimiento. Este requisito de publicidad⁴ viene dado por el artículo 2042 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, derogada en su práctica totalidad pero que en el momento de los hechos del presente caso mantenía en vigor su parte dedicada a la Jurisdicción Voluntaria⁵. El mencionado artículo establecía la necesidad de publicar la declaración de fallecimiento en el Boletín Oficial del Estado en un intervalo de 15 días, en un periódico de considerable tirada nacional de la capital del Estado así como en la capital de provincia en que hubiese tenido su última residencia el declarado fallecido y en la Radio Nacional.

Señalar que, como instrumento jurídico destinado a desplegar efectos similares a los de la muerte cierta como consecuencia de la imposibilidad de probar la misma, la declaración de fallecimiento que se decreta mediante auto judicial debe ser inscrita en el Registro Civil⁶, al igual que la declaración de defunción que se intenta suplir⁷.

Es necesario también cuestionarse en qué momento se debe de entender producida la muerte de una persona cuando se insta una declaración de fallecimiento. El

² De acuerdo con la Real Academia Española: “*pérdida o ruina de embarcación navegable en el mar*”

A efectos de naufragio resulta interesante la posibilidad de extender el concepto “naufragio” a supuestos en los que la nave resulta inutilizable, como en supuestos de encalladura. Esa idea la recoge Corral Talciani en base a la equiparación que hace el Código de Comercio en su artículo 840 entre la encalladura y el naufragio. Vid. Corral Talciani, *La declaración de fallecimiento*, cit. p. 147.

³ GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, Ed. La Ley, 2011, Madrid, cit. p. 177.

⁴ LASARTE, *Derecho de familia, Principios de Derecho Civil VI*, Ed. Marcial Pons, 8º edición, Barcelona, 2009.

⁵ A día de hoy ya no es así, debido a la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Tal y como señala ésta Ley en el último párrafo del apartado XIII de su Preámbulo, se procede a la derogación casi definitiva de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que se había mantenido en vigor en lo relativo a jurisdicción voluntaria y actos de conciliación.

⁶ En virtud del artículo 46 se inscribirá la declaración de fallecimiento al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento.

⁷ Vid. Art. 81 LRC: “*La inscripción hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece*”.

artículo 195 CC en su apartado segundo determina que “*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 anteriores, salvo prueba en contrario*”. La doctrina no es uniforme acerca de esta cuestión, pero parece razonable entender que el momento de fijación de la muerte presunta dependerá de en qué supuesto nos encontremos⁸. Este planteamiento responde a la introducción de la expresión “*con arreglo a lo preceptuado en los artículos anteriores*”, que induce a pensar que se refiere a los plazos que marcan los artículos 193 y 194 en función de los distintos supuestos ante los que cabe instar una declaración de fallecimiento (supuestos de ausencia simple o supuestos de ausencia cualificada⁹). Así, en los supuestos de ausencia simple se entenderá fijada la fecha de la muerte en el momento en que finalizó el plazo necesario para poder instar la declaración judicial de fallecimiento (cinco o diez años) y en los supuestos de ausencia cualificada (riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, siniestros, situaciones bélicas, naufragios o desaparición por inmersión en el mar como es nuestro caso) se fijará en el momento en el que sucedió el hecho peligroso.

En relación con el caso que nos atañe, la declaración de fallecimiento podría instarse a partir del 30 de septiembre del año 2007¹⁰, tres meses después de iniciado el viaje que Manolo y María realizan juntos, y ello porque a pesar de que el caso no establece con exactitud el día en que Manolo cae al mar, induce a pensar que sucede el día 30 de junio. El auto judicial que estima la demanda sucinta de declaración de fallecimiento debería de establecer, a la luz de lo expuesto, como momento del fallecimiento presunto el día 30 de junio de 2007.

1.2. El matrimonio entre Manolo y María

Años después de declarar el fallecimiento presunto de Manolo, éste reaparece y se encuentra con que María, su esposa en el momento de la desaparición, ahora está casada con Marcial. Se nos pregunta acerca de las acciones legales que puede llevar a cabo Manolo con la intención de poner fin a su matrimonio con María y, en orden a analizar ésta cuestión, debemos distinguir entre el supuesto de que hubiesen estado unidos por matrimonio canónico o matrimonio civil. Nada se nos dice a favor o en contra de una u otra idea, por lo que me pronuncio acerca del régimen a contemplar en función de qué supuesto entendamos que se da.¹¹

1.2.1. Matrimonio canónico

En el supuesto de que Manolo y María se hubiesen unido en matrimonio por el rito católico, nos encontraríamos con la situación de que el Derecho Canónico no admite la posibilidad de la presunción de muerte (declaración de fallecimiento) en sentido

⁸ GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, cit. p.222.

⁹ Los casos de ausencia simple son los recogidos por el art. 193 CC en sus dos primeros apartados (presunción de muerte en base a la desaparición prolongada en el tiempo o a la falta de noticias del sujeto) y los de ausencia cualificada son los marcados por el art. 193.3 y 194 CC (en los que interviene alguna circunstancia específica, como la violencia o el naufragio).

¹⁰ Vid. “Anexo I” en relación a una demanda ficticia para instar la declaración de fallecimiento de Manolo. Firmada a 1 de octubre de 2007 porque el día 30 de septiembre coincidió en domingo.

¹¹ A efectos de esta cuestión, Vid. “Anexo II”, para conocer el número de matrimonios canónicos y civiles celebrados en España en el año 1996.

estricto.¹²Lo que sí admite el Código de Derecho Canónico de 1983 es un procedimiento especial en el ámbito de los procesos matrimoniales para que se pueda contraer segundas nupcias si se puede acreditar la *certeza moral*¹³ de que se ha producido la muerte del desaparecido en base a las pruebas que existan. Así, en el canon 1707 reconoce como autoridad competente para instar esa declaración que consienta el nuevo matrimonio al Obispo diocesano que corresponda. Es importante atender a las distintas pruebas que se puedan dar en el caso del que se trate, puesto que, como se recoge en el apartado segundo del mencionado canon, “*no basta el solo hecho de la ausencia del cónyuge, aunque se prolongue por mucho tiempo*”.

Si el Obispo diocesano correspondiente autoriza un nuevo matrimonio derivado de la defunción presunta del cónyuge desaparecido del matrimonio anterior, se podrá contraer, pero ello no significa igualar el valor de ambos enlaces. A efectos del Derecho Canónico, la reaparición de Manolo supondría la subsistencia del matrimonio anterior (Manolo-María) y la nulidad sobrevenida del segundo matrimonio (Marcial-María) por impedimento de ligamen.

El impedimento de ligamen¹⁴ supone la imposibilidad de contraer matrimonio para quien se encuentre unido por un vínculo anterior. Está asentado en una cuestión de Derecho Natural y es una prueba de la negación de la bigamia y poligamia.¹⁵ Además de la declaración de muerte presunta, para contraer un nuevo matrimonio, se hace necesario tal y como dispone el Canon 1085 en su apartado segundo que “conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente”, lo que es lo mismo, es necesario además de la declaración de muerte presunta emitida por el Obispo diocesano una constatación¹⁶ de que el impedimento de ligamen ha desaparecido y no se contravenga el Canon 1085.1 El impedimento de ligamen hará en nuestro caso que, reaparecido Manolo, el vínculo que le unía con María resurja y el vínculo entre Marcial y María devenga nulo por razón del impedimento de ligamen.

En este supuesto y, a efectos de determinar las acciones que puede emprender Manolo con la intención de poner fin a su matrimonio con María, sería necesario obtener la nulidad matrimonial dictada por un Tribunal eclesiástico, que para obtener eficacia civil, debería ser ratificada por un Juez civil¹⁷, de acuerdo con el artículo 265 del Reglamento del Registro Civil que reza: “*la inscripción de las resoluciones sobre nulidad de matrimonio canónico (...) requieren que previamente su ejecución haya sido acordada por Juez civil competente.*” y con el artículo 80 CC que establece que “*las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico (...) tendrán eficacia en el oren civil, a solicitud de cualquiera de las partes,*

¹²GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, cit. p. 326.

¹³ La certeza moral en el ámbito canónico no tiene efectos civiles, porque para inscribir en el RC un nuevo matrimonio canónicamente autorizado en base a esa certeza moral de la muerte presunta del cónyuge previo es necesario, además, que se haya efectuado una declaración de fallecimiento por un Juez conforme a los arts. 193 y siguientes del CC para poder entender disuelto dicho matrimonio previo en los términos del artículo 85 del Código Civil.

¹⁴ Vid. Canon 1085 CDC.

¹⁵GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, cit. p. 325.

¹⁶ Se entiende como un paso más, lo que presenta cierto paralelismo con el régimen que establecía anteriormente el CC respecto del matrimonio civil. Además de la declaración de fallecimiento, se exigía la autorización para contraer nuevo matrimonio.

¹⁷ Vid. Art. 265 Reglamento Registro Civil: “*La inscripción de las resoluciones sobre nulidad de matrimonio canónico (...) requieren que previamente su ejecución haya sido acordada por Juez civil competente.*”

*si se declaran ajustadas al Derecho del Estado (...)*¹⁸. También sería necesaria la inscripción de la resolución canónica que declarase la nulidad matrimonial entre Manolo y María en el Registro Civil, de acuerdo a lo que dispone el artículo 76 de la Ley del Registro Civil: *“las sentencias y resoluciones sobre validez, nulidad o separación del matrimonio y cuantos actos pongan término a esta se inscribirá al margen de la inscripción del matrimonio”*.

Todo lo expuesto sería lo relativo en orden al régimen jurídico canónico, pero sin olvidar la importancia del artículo 85 CC el cual nos dice que *“el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”*.

Por lo tanto, en el caso de que estuviésemos hablando de un matrimonio canónico entre Manolo y María, para poner fin al mismo habría que solicitar la nulidad eclesiástica, lograr que un Juez civil la ratifique e inscribirla en el Registro Civil, pero solo a efectos del Derecho Canónico. A efectos civiles, el artículo 85 determina la disolución incondicional del vínculo matrimonial cuando uno de los cónyuges es declarado fallecido, sin diferenciar entre matrimonio civil y canónico, en tanto en cuanto se introduce la expresión *“sea cual fuere la forma y momento de su celebración”*. Así pues, Manolo no debería de hacer nada para poner fin a su matrimonio con María, pues éste se disolvió en el momento en que el Juez competente dictó auto declarando el fallecimiento presunto de Manolo.

1.2.2. Matrimonio civil

En el supuesto de que el matrimonio entre Manolo y María fuese civil acudiríamos al artículo 85 CC que establece como causa de disolución del matrimonio, junto al divorcio y a la muerte, la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges.

La presente redacción del artículo 85 CC *“el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los dos cónyuges y por el divorcio”* viene dada por la Ley 30/1981 de 7 de julio, que vino a poner fin a una discusión doctrinal sobre si el matrimonio subsistía en estado de letargia¹⁹ o por el contrario se disolvía cuando se decretaba el fallecimiento presunto de uno de los cónyuges.

Esta disolución es una disolución irrevocable, no como sucede en el ámbito del Derecho Canónico, en donde se reconoce la posibilidad de disolver el matrimonio previo pero supeditado a la no reaparición del declarado fallecido. Si el declarado fallecido reaparece no se restaura el matrimonio. Esta disolución irrevocable del matrimonio cuando se insta una declaración de fallecimiento se hace patente por distintas razones:

En primer lugar apreciamos esa característica si atendemos a la derogación del tercer párrafo del artículo 195 CC con la entrada en vigor de la Ley 30/1981. El

¹⁸ Tal y como señala LASARTE *en Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, cit. p. 80; el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 1979 entre España y la Santa sede establece que las resoluciones eclesiásticas carecen de eficacia civil automática, pero el Juez civil que la haya de autorizar no será competente para una revisión de fondo del caso en cuestión. Es decir, el Juez civil que hubiese de autorizar la nulidad matrimonial entre Manolo y María no sería competente para revisar el fondo del caso sino que solamente debería de estudiar el ajuste o desajuste de dicha decisión eclesiástica al ordenamiento jurídico español (argumento que ya expuso el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de Noviembre de 1995).

¹⁹ GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, cit. p. 337.

derogado artículo, cuya redacción aportaba la Ley de 8 de septiembre de 1939 establecía que “*la declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio*”. Como señala LASARTE²⁰, con esa norma se daba la situación de que el cónyuge presente accedía al estado civil de viudo pero no tenía la libertad de volver a contraer matrimonio. La derogación de ese planteamiento deja entrever el carácter irrevocable de la disolución del matrimonio como consecuencia de la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, puesto que el único motivo por el que se podría defender la necesidad de un requisito a mayores que la propia declaración de fallecimiento para que el cónyuge presente volviese a contraer matrimonio sería precisamente la revocabilidad del efecto disolutorio de la declaración, y por tanto, al derogar la norma, se reconoce dicho efecto irrevocable.

En segundo lugar, es cierto lo que expone GUINEA FERNÁNDEZ²¹ respecto a la relación entre la declaración de fallecimiento y el divorcio. El divorcio supone la disolución irrevocable del matrimonio, al igual que debe de hacerlo la declaración de fallecimiento, puesto que no parece razonable pensar que la disolución que aporta la declaración de fallecimiento no es absoluta cuando es tan fácil el hecho de divorciarse.

En tercer y último lugar, si acudimos al artículo 197 CC veremos el régimen aplicable a efectos patrimoniales en el supuesto en que el declarado fallecido reaparezca²². El hecho de que no existe una norma similar a dicho artículo permite reafirmar la idea de que el efecto disolutorio del matrimonio es definitivo.

La siguiente cuestión a analizar es la relativa al momento en que se debe de entender disuelto el matrimonio. Anteriormente se estableció que el momento en que se reputará muerta la persona sobre la que se inste la declaración de fallecimiento dependerá de si nos encontramos en un supuesto de ausencia simple o de ausencia cualificada²³. Podemos preguntarnos si el matrimonio se entenderá disuelto a partir de la declaración de fallecimiento en el momento en que ésta adquiera firmeza o bien si lo hará a partir del momento en que la declaración de fallecimiento entienda como fallecida a la persona a la que se refiera. De la redacción del artículo 85 CC se desprende la idea de que el matrimonio se reputa disuelto desde que adquiere firmeza el auto judicial que la fija. No obstante GUINEA FERNÁNDEZ²⁴ opina, junto a otras posturas, parece que con razón, que es necesario modificar y regular de forma distinta éste extremo en la medida en que en los supuestos de ausencia cualificada (peligro para la vida, siniestros, naufragios, guerra...) es más recomendable entender como momento de disolución del vínculo matrimonial el momento en que se fija la muerte presunta del sujeto, es decir, el momento del peligro u hecho peligroso que puede haber desencadenado la muerte de la persona pero cuya certeza no es demostrable.

Así pues, en tanto en cuanto el artículo 85 CC recoge que el matrimonio se disuelve con la declaración de fallecimiento, en orden a determinar las acciones a ejercitar por Manolo para poner fin a su matrimonio con María, se constata que no es necesario ejercer ninguna acción, pues una vez otorgada la declaración de fallecimiento del cónyuge desaparecido se pierde la condición de casado, y en caso de reaparecer no la recupera. Si siguiese en vigor el artículo 195.3 del CC se podría argumentar que

²⁰ LASARTE, *Derecho de familia, Principios de Derecho Civil VI*, p. 100.

²¹ GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, cit. p. 338.

²² *Vid. Infra*. “4.3. Consecuencias patrimoniales de la reaparición de Manolo”.

²³ *Vid. Supra*. “1.1. La declaración de fallecimiento”.

²⁴ GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, cit. p.348.

Manolo debería ejercer la acción de divorcio que le reconoce el Código Civil, pero como ha sido derogado y ahora la declaración de fallecimiento disuelve por si misma el matrimonio, Manolo no debe de hacer nada para ver cumplido su deseo.

1.3. El matrimonio entre Marcial y María

Al igual que sucedía en el caso de Manolo y María, deberemos diferenciar entre los supuestos de que el matrimonio celebrado entre los mismos sea canónico o sea civil, puesto que nada dice el caso acerca de ello, y el régimen puede cambiar. Nada se nos dice en el caso planteado a favor o en contra de una u otra idea²⁵, por lo que expongo en este trabajo ambas posibilidades y cómo funcionaría cada régimen en función del supuesto que contemplemos.

1.3.1. Matrimonio canónico

Si consideramos que el nuevo matrimonio que contrae María con Marcial contrajo por el rito católico debemos de tener en cuenta lo siguiente.

El Derecho Canónico considera indisoluble el matrimonio. Así se desprende del canon 1141 el cual determina que *“el matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano, ni por ninguna causa fuera de la muerte.”* No obstante lo anterior, existen determinadas excepciones para poder entender disuelto el matrimonio, entre las cual se encuentra la que se ha señalado anteriormente: el derecho canónico reconoce la posibilidad en el ámbito de los procesos matrimoniales de contraer segundas nupcias si se puede acreditar la certeza moral²⁶ de que el cónyuge desaparecido está muerto (Canon 1707), pues la única causa de disolución es la muerte.

Ahora bien, a ojos de la Iglesia Católica y del Derecho Canónico, la reaparición de Manolo años después de contraído un nuevo matrimonio por María en base a la posibilidad reconocida por el Canon 1707 supondría la restauración del primer matrimonio y la nulidad sobrevenida del segundo matrimonio por razón del impedimento de ligamen²⁷. Así, el nuevo matrimonio habría sido valido durante los años en los que Manolo se encontró desaparecido pero después sería nulo, al modo de entender del Derecho Canónico, y el matrimonio anterior seguiría activo.

Sin perjuicio de lo anterior, no debemos olvidar que si bien la mera celebración del matrimonio canónico produce efectos civiles, para su pleno reconocimiento se requiere su inscripción en el Registro Civil. Así lo dispone el artículo 70 de la Ley del Registro Civil: *“los efectos civiles del matrimonio canónico o civil se producirán desde la celebración. Para que los efectos sean reconocidos bastará la inscripción del matrimonio.”*, debiendo promover dicha inscripción, en virtud del artículo 71 LRC, los propios contrayentes.

1.3.2. Matrimonio civil

El derecho a contraer matrimonio se reconoce en el artículo 44 CC, tanto entre hombres y mujeres como entre personas del mismo sexo.

²⁵ Al igual que en el supuesto del matrimonio entre Manolo y María, se recogen las cifras que comparan el número de matrimonios civiles y canónicos en el año 2009: vid. “Anexo III”.

²⁶ Vid. *Supra*: “1.2.1 Matrimonio canónico” en relación al matrimonio entre María y Manolo.

²⁷ *Ibidem*.

Señala LASARTE²⁸ la novedad que introdujo la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, que trajo consigo la posibilidad de los alcaldes para autorizar el matrimonio civil, pues hasta el momento esa competencia estaba reservada a los jueces, aparte de la competencia reservada a sacerdotes para autorizar el matrimonio canónico. De esta forma, el artículo 49.1 CC establece que “*cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código o En la forma religiosa legalmente prevista.*”

La aptitud para poder contraer matrimonio viene dada en función de distintas condiciones que se han de cumplir por aquellas personas que deseen casarse.

En primer lugar existe un requisito de edad para poder contraer matrimonio. El Código Civil no se pronuncia acerca de cuál es la edad mínima para casarse, sino que se pronuncia en los siguientes términos “*no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados*”.²⁹ Así, debemos entender que, al estar fijada la mayoría de edad en España en los 18 años por los artículos 12 CE y 315 CC, solo pueden casarse en nuestro país los mayores de 18 años o los que siendo menores, sean mayores de 16 y se encuentren emancipados de acuerdo a la decisión de un Juez.³⁰ De acuerdo con los hechos narrados en el caso, éste requisito se cumple.

En segundo lugar, debemos atender a lo dispuesto en el artículo 56 CC en su apartado segundo para los supuestos en los que se observe en alguno de los contrayentes anomalías psíquicas. Hasta la reforma del año 1981 se impedía de plano la posibilidad de celebrar matrimonio a aquellos sujetos que se encontrasen en esta situación, pero ahora se les permitirá siempre que en el expediente matrimonial previo conste “*dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*”. Señala LASARTE³¹ que esta exigencia se dará tanto en el supuesto de que el sujeto en cuestión esté declarado incapaz judicialmente como si no. En nuestro caso, el texto no da a entender que se dé la presencia de anomalías psíquicas, por lo que esta condición en orden a la aptitud matrimonial de Marcial y María parece verse cumplida.

En tercer y último lugar, el artículo 46 CC introduce en su apartado segundo la imposibilidad de contraer matrimonio para “*los que estén ligados por vínculo matrimonial*”³². Ya hemos señalado anteriormente que el artículo 85 determina la disolución del matrimonio como consecuencia de la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges. Por tanto, el cónyuge presente podría celebrar un nuevo matrimonio

²⁸ LASARTE, *Derecho de familia, Principios de derecho civil VI*, Ed. Marcial Pons, 8ª edición, Barcelona, 2009, cit.p. 38.

²⁹ Vid. Art 46.1 CC.

³⁰ Existe no obstante una posibilidad de que un Juez otorgue dispensa a un mayor de 14 años para celebrar matrimonio, recogida en el artículo 48.2 CC.

³¹ LASARTE, *Derecho de familia, Principios de derecho civil VI*, cit. p. 38

³² Señala BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Manual de Derecho civil, Derecho de Familia*, Ed. Bercal, Madrid, 2007, p. 49, que al regir la monogamia en nuestro país “*no pueden contraer matrimonio aquellos individuos que han celebrado un previo matrimonio válido y subsistente, aunque no haya sido inscrito en el Registro Civil*” puesto que la inscripción no tiene carácter constitutivo a la vista del art. 48 CC.

sin verse inmersa en la prohibición recogida por el 46.2 CC³³. Así, vemos que se constata el cumplimiento de esta exigencia en orden a la celebración de un nuevo matrimonio por María.

En base a lo anterior, se determina la validez del vínculo entre María y Marcial al ver cumplidos los requisitos necesarios en orden a la celebración del matrimonio.

En cuanto a la eficacia del matrimonio, el artículo 61 CC determina en su apartado primero que *“el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración”*. No obstante, continúa el mismo artículo en su apartado segundo determinando que para el pleno reconocimiento de esos efectos *“será necesaria su inscripción en el Registro Civil”*. Es decir, la celebración del matrimonio (que incluye la presencia de la aptitud matrimonial de Marcial y María, la prestación del consentimiento y las formalidades del negocio) en sí misma produce efectos civiles pero para que estos sean reconocibles *erga omnes* es necesaria su inscripción en el Registro Civil. Así, el artículo 69 de la Ley del Registro Civil establece que *“la inscripción hace fe del acto del matrimonio y de la fecha, hora y lugar en que se contrae.”*

En virtud de lo expuesto, el Matrimonio entre María y Marcial es válido y eficaz incluso después de reaparecido Manolo.

1.4. Recapitulación

-Una vez analizada la cuestión de la declaración de fallecimiento y las diferencias que pueden existir en función de qué clase de matrimonio existiese entre las parejas, en respuesta a la pregunta planteada concluyo que:

-La unión entre María y Marcial es válida y eficaz bajo el régimen del Código Civil (que es lo que importa a efectos prácticos) al estar disuelto el primer matrimonio en virtud del artículo 85 CC. A efectos de Derecho Canónico este matrimonio es nulo en virtud del impedimento de ligamen.

-El matrimonio entre Manolo y María no sigue vigente a ojos del Código Civil en base a la disolución que implica la declaración de fallecimiento (art. 85CC) por lo que Manolo no tendría que llevar a cabo ninguna acción para poner fin al mismo. A efectos del Derecho Canónico, este matrimonio sigue existiendo, por lo que si Manolo quisiese poner fin al mismo a ojos de la Iglesia Católica también debería de promover una causa de nulidad matrimonial ante los tribunales eclesiásticos.

³³Como ya se ha señalado, se trata de una disolución irrevocable la consecuente a la declaración de fallecimiento en virtud del 85 CC, por lo que no queda supeditada a la no reaparición el cónyuge desaparecido. Aunque Manolo reaparezca, como es el caso, se sigue entendiendo que María no estaba ligada por vínculo matrimonial a efectos del 46.2 CC. Esto es contrario a lo que sucede a efectos del Derecho Canónico, en cuyo caso la reaparición de Manolo supone la restauración del primer matrimonio y la nulidad del segundo. Así, se daría la situación de que a ojos de la Iglesia Católica Manolo y María siguen casados, pero a efectos civiles, María está casada con Marcial.

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

2.1. Planteamiento

La respuesta a esta cuestión hace necesario mencionar primero una serie de detalles que en caso de no tener presentes se haría muy dificultosa la labor de entenderla.

En primer lugar debemos de tener una visión crítica y abierta sobre los hechos, puesto que a pesar de la acusación de asesinato por parte de las autoridades a María, es posible que nosotros entendamos razonable calificar su conducta de forma distinta. Ello se deriva de la propia lectura del caso, que al emplear la expresión “*golpea fuertemente en la cabeza a Manolo y lo tira por la borda del barco*” deja la puerta abierta a una interpretación doble: podemos entender que lo golpeó y a continuación lo tiró por la borda en una acción sucesiva o bien podemos entender que lo golpeó en la cabeza y a consecuencia de dicho golpe Manolo se cayó por la borda al mar. En función de que entendamos, la calificación puede ser distinta.

En segundo lugar, la cuestión planteada es determinar las “*características del delito cometido por María en el barco hacia Manolo*” pero sin ofrecer ningún detalle que nos permita saber en qué momento debemos de calificar la conducta. Podemos calificarla a efectos del año 2010³⁴, que es cuando, de una lectura del caso, se entiende que se realiza la acusación (cronológicamente después de contraído el matrimonio con Marcial y antes de comenzar los malos tratos), o bien podemos calificar la conducta de María a efectos del año en que nos encontramos, con la importancia que tiene el hecho de que Manolo reaparece y que está vivo.³⁵

Por tanto, la estructura elegida para dar respuesta a la cuestión planteada es primero recoger la teoría sobre los delitos que a mi juicio pueden haberse cometido de acuerdo con la conducta de María (homicidio, asesinato o lesiones), en función de las distintas versiones del Código Penal que debemos tener presentes³⁶, para después hacer un análisis sobre la viabilidad de cada posible acusación diferenciando entre que se produzcan en el año 2010 o en el año 2016.

³⁴ Teniendo en cuenta que, por norma general, se emplea la legislación vigente al momento de la comisión del hecho. Si bien también es cierto que, al tratarse de un enjuiciamiento penal el artículo 2 del CP establece en su apartado segundo la retroactividad de aquellas leyes penales que favorezcan al reo incluso en los supuestos en los que ya hubiese recaído sentencia firme y el sujeto se encontrase cumpliendo condena.

³⁵ También tendremos que tener en cuenta la reforma que ha experimentado el CP en el año 2015 en materia de regulación del homicidio y asesinato.

³⁶ El viaje en barco se realiza el 30 de junio de 2007, fecha de la presunta comisión del ilícito por tanto debemos tener presente la versión vigente desde el 22 de febrero de 2007 hasta el 21 de noviembre del mismo año; la acusación se produce, entiendo yo, a finales del año 2009 y antes de empezar los episodios de malos tratos en enero de 2010, por lo que debemos tener presente la versión del CP vigente entre el 1 de mayo de 2008 hasta el 5 de julio del 2010; y por último si calificamos a día de hoy debemos tener en cuenta la versión vigente desde el 28 de octubre del año 2015.

2.2. Tipos delictivos apreciables

2.2.1. Delito de homicidio

El artículo 138 del CP (tanto en la versión vigente en el momento de los hechos como en el de la acusación) dispone que “*el que matare a otro será condenado, como reo de homicidio con la pena de prisión de diez a quince años*”.

El homicidio se configura como un tipo de prohibición de resultado, en el que la conducta punible es la de matar a otra persona sin importar los medios empleados (siempre que no se trate de uno de los que convierten la conducta en asesinato), por lo que se acepta su comisión tanto en supuestos de omisión como por acción.

El bien jurídico protegido por este tipo delictivo es la vida humana, que se reconoce como derecho fundamental por nuestra Constitución en su artículo 15, y más concretamente, se protege la vida humana independiente. Este concepto es fuente de controversia y ni la jurisprudencia ni la doctrina se pronuncia de forma uniforme acerca de cuándo debe entenderse que una persona está viva. El TS entendió en algún momento que la persona está viva ya en el momento previo al parto en el que aparecen las contracciones y el periodo de dilatación (STS 726/1998); algunos autores abogan por entender que la vida comienza con la expulsión del feto del seno materno y con respiración pulmonar autónoma (requisito exigido por el TS en su sentencia de 20 de mayo de 1975); y otros establecen necesario también el corte del cordón umbilical (tesis sostenida por el TS en sentencias como por ejemplo 746/1996). Por otra parte, MUÑOZ CONDE³⁷ entiende que en cuanto a determinar el comienzo de la vida humana solo hemos de estar al desprendimiento del claustro materno, sin importar que se corte el cordón umbilical, que se produzca parto natural o cesárea, o que haya respiración pulmonar autónoma o no.

Juega una importancia vital el dolo³⁸, que nos permitirá discernir, de darse, entre el tipo básico del art. 138 CP y otras modalidades de comisión imprudentes.

La Real Academia Española define el dolo como la “*voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud*” y en cuanto al dolo en el homicidio MUÑOZ CONDE³⁹ lo entiende como el “*conocimiento y la voluntad de realizar las circunstancias del tipo objetivo, es decir, saber que se mata a otra persona y querer hacerlo*.” El Tribunal Supremo por su parte lo define como “*la conciencia y voluntad respecto de los elementos objetivos del tipo, es este caso la acción apta para matar y el resultado de muerte*”⁴⁰. Se trata por tanto de entender que con la conducta que se va a llevar a cabo se producirá un resultado de muerte y querer que así suceda.

³⁷ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 17ª edición, Madrid, 2011, cit. p.33.

³⁸ Entendiéndolo como la intención de matar, que se mata a otra persona y querer hacerlo. Cabe lo que se conoce como dolo eventual, que consiste en que se prevea la muerte de la otra persona como una consecuencia probable de la acción cometida pero que se ejecute la misma sin importar dicha posibilidad.

³⁹ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal parte especial*, cit. p. 38.

⁴⁰ STS 114/2000, de 2 de febrero.

Existe una segunda clase de dolo, frente al dolo directo, llamado eventual, que consiste en no querer producir la muerte de la víctima pero sí prever la posibilidad objetiva de que se produzca y no prestarle atención a la misma.⁴¹

Es posible que se dé un resultado de muerte sin haber mediado dolo en la conducta del autor, pero que se haya producido una imprudencia, lo que constituye el límite mínimo para la imputación de un delito. La figura del homicidio es uno de los delitos que se integran en la lista *numerus clausus* de delitos que se condenan cuando se cometen por imprudencia⁴², pudiendo tener ésta carácter grave o leve⁴³, lo que nos situará en un supuesto del tipo básico (pena de prisión de uno a cuatro años, art. 142.1 CP) o en una conducta constitutiva de falta (multa de uno a dos meses, art. 621.2 CP).

En relación con el dolo, puede darse el caso en el que nos encontremos ante un resultado de un delito de lesiones y quepa la duda de si su autor trataba de provocar la muerte y falló o si por el contrario su intención iba dirigida a la consecuencia de, efectivamente, producir un resultado de lesiones. En orden a responder a ese interrogante, el TS ha venido fijando a lo largo de los años⁴⁴ distintos criterios para discernir el dolo del matar del dolo de lesionar, tales como: la existencia de amenazas previas a la comisión del hecho, las condiciones que se diesen a la hora de cometer el hecho (lugar, espacio y tiempo), atender al arma empleada en función de su mayor o menor gravedad, así como la zona del cuerpo afectada por la acción realizada. Para el caso que es objeto de resolución en este trabajo podría ser interesante analizar la cuestión del arma o utensilio empleado, que no sabemos cuál fue, y por tanto, no sabemos el grado de peligrosidad del mismo, y la zona afectada, que según se desprende de la lectura del caso fue la cabeza.

Es importante, a mi juicio, a efectos de calificar la conducta, analizar la cuestión referente a la comisión de homicidio por omisión⁴⁵. El art. 12 CP determina que en los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión “*cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga (...) a su causación*”, y finaliza equiparando la omisión a la acción en los supuestos en los que “*exista una específica obligación legal o contractual de actuar*” o “*cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*”. No obstante lo anterior, no bastará la concurrencia de una posición de garante del autor respecto de la víctima para poder encuadrar el supuesto de producción de muerte dentro de una comisión de homicidio por omisión, sino que se requiere, además, que la presencia de la conducta omitida hubiese evitado el resultado de muerte⁴⁶.

⁴¹ El TS lo califica en su Sentencia de 29 de mayo de 1992 como los supuestos en que “*el resultado parece como probable, aunque consistiendo, en estos casos el agente a su cargo el evento dañoso*”.

⁴² El art. 12 CP determina que solo se castigarán los delitos imprudentes cuando así lo disponga la Ley expresamente.

⁴³ Uno u otra se determina en función de la gravedad de la infracción del deber de cuidado del que se trate, que se determina atendiendo a la conducta delictiva en cuestión, a la mayor o menor previsibilidad del hecho y a la mayor o menor infracción de la diligencia de cuidado que socialmente se entiende aceptable.

⁴⁴ Vid. STS 721/97; STS 468/2008.

⁴⁵ Es una conducta que se suele reconocer en el supuesto de madres que no impiden la conducta delictiva de su pareja respecto de sus hijos, considerándolas así coautoras de dichos delitos. Vid. STS 20/2002, de 22 de enero.

⁴⁶ Es decir, que el sujeto al omitir mata. Vid. VIVES ANTÓN, *Derecho penal parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición, Valencia, 2010, cit. p. 48.

También conviene analizar la cuestión del conocido homicidio preterintencional que se da cuando como consecuencia de unas lesiones dolosas, producidas sin dolo de matar, se produce la muerte de la víctima. Dicha conducta es imputable a título de imprudencia (es, por tanto, una modalidad de homicidio por imprudencia). No se daría por tanto, en aquellos supuestos en los que la muerte sobrevenga por causas fortuitas y resultase del todo imprevisible, lo que conllevaría únicamente responsabilidad penal por las lesiones cometidas.⁴⁷ Sí mediase imprudencia, y siempre que no hubiese dolo (directo o eventual) respecto de la muerte, sí que se trataría de un homicidio preterintencional, que se ha resuelto de formas muy diversas a lo largo del tiempo tanto por la jurisprudencia⁴⁸ como por la doctrina.

Parece razonable condenar por un delito de homicidio imprudente en aquellos casos en los que se produzca la muerte y las lesiones iniciales sean de poca envergadura, quedando absorbidas por el delito de homicidio. Si, por el contrario se tratase de lesiones graves (en atención a lo dispuesto por el art.149 CP)⁴⁹ apreciaríamos un concurso ideal de delitos entre las lesiones dolosas o su comisión en grado de tentativa y el homicidio imprudente, pero en cualquier caso, tal y como señala VIVES ANTÓN⁵⁰ la muerte sobrevinida de la víctima no puede redundar en un beneficio a efectos de condena para el autor si la lesión intentada se configuraba muy grave, pues la pena que lleva aparejada el homicidio imprudente es prisión de uno a cuatro años (art. 142. CP) y la de las lesiones muy graves en grado de tentativa (inferior en dos años a la pena por las consumadas) es de un año y seis meses a seis años y por tanto deberíamos de estar al precepto penal más grave (las lesiones) en virtud de lo dispuesto por el artículo 8.4 CP a efectos de concurso de normas: “*en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.*”

Claro que la calificación de las lesiones intentadas iniciales puede complicarse en muchos supuestos, pues puede ser que entre las lesiones y la muerte no exista margen de tiempo o puede ser difícil de determinar qué clase de lesiones pretendía cometer el sujeto en concreto (esto no sucede por ejemplo, en casos que se dan mutilaciones de miembros u órganos). MUÑOZ CONDE⁵¹ entiende que en esos casos se debe instar un informe pericial que determine las hipotéticas lesiones que se habrían llegado a producir a consecuencia de la conducta del sujeto en supuesto de no haberse producido finalmente la muerte y en base esas lesiones supuestas resolver aplicando un concurso entre las mismas (intentadas o consumadas) y un homicidio imprudente. Si es imposible determinar las consecuencias de las lesiones iniciales en caso de no haber mediado muerte finalmente, se entiende que se debe de condenar por homicidio imprudente.

Para finalizar, en cuanto a la figura del homicidio, debemos de hacer mención a la reforma operada sobre el CP en el año 2015, que reformuló la configuración de los delitos de homicidio y asesinato. Ahora se recoge el tipo delictivo de homicidio y, por

⁴⁷ VIVES ANTÓN, *Derecho penal parte especial*, cit. p. 56.

⁴⁸ STS 16/1997 y 194/2003 resuelven un caso de homicidio preterintencional condenando por falta de lesiones en concurso con homicidio imprudente; STS 1253/2005 solo por falta de lesiones; STS de 14 de mayo de 2005 solo por homicidio imprudente.

⁴⁹ Vid. Infra “2.2.3. Delito de lesiones”

⁵⁰ VIVES ANTÓN, *Derecho penal parte especial*, p. 56.

⁵¹ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal parte especial*, cit. p. 42. Basa esta línea de pensamiento en la STS de 15 de octubre de 1990, en la que se condenó aplicando un concurso entre lesiones dolosas graves y homicidio imprudente en un caso de muerte sobrevinida a consecuencia de unas quemaduras dolosas en la cara y tórax.

primera vez en España, el homicidio agravado. El tipo básico continúa siendo el mismo, dispuesto por el art. 138.1: “*el que matare a otro será castigado como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años*”. Pero dicho artículo en su apartado segundo establece el régimen del homicidio agravado, conducta (matar a otro) que será castigada con pena superior en un grado a la del homicidio básico, cuando concurra alguna de las circunstancias del primer apartado del nuevo art. 140 CP en la comisión del hecho o cuando el mismo sea, además, constitutivo de un delito de atentado conforme al art. 550 CP⁵².

Las circunstancias recogidas por el primer apartado del art. 140 CP son “*que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad*”; “*que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima*”; o “*que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal*”

También debemos tener en cuenta la desaparición de las faltas con la nueva regulación, y derivado de ello la desaparición falta de homicidio, cuando se comete con imprudencia leve, a la que hacíamos mención antes, y que ahora queda derivado a la jurisdicción civil.

2.2.2. Delito de asesinato

Hasta la reforma del CP operada en 2015 el asesinato se entendía como un tipo cualificado y dependiente del delito de homicidio, o al menos eso era lo que permitía interpretar el hecho de que la rúbrica del Título I del Libro II (que es donde se recogía hasta entonces la regulación sobre los delitos contra la vida) rezaba: “*Del homicidio y de sus formas*”.

SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO⁵³ se refieren al asesinato como el delito que ocasiona “*la muerte de otra persona si concurre en la ejecución alguna de las circunstancias que se recogen en el art. 139 CP*”. La conducta se iguala, por tanto, a la del homicidio, pero se agrava esta si concurre una de las tres circunstancias del 139.

El mencionado artículo reza “*será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo (...) alevosía; precio, recompensa o promesa; o con ensañamiento aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*”.

Por tanto, se configura como una conducta similar al homicidio, figura con la que comparte elementos como el bien jurídico protegido, la acción, el sujeto activo y pasivo (cualquier persona) y es admisible una calificación de asesinato tanto a conductas activas como omisivas (con salvedades). Las tres circunstancias que se mencionan en el 139 coinciden con algunas de las agravantes genéricas que recoge el

⁵² Art. 550 CP: “*son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas. En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones.*”

⁵³ SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal parte especial*, Ed. Dykinson, 15ª edición, Madrid, 2010, cit. p. 41.

art. 22, y basta con que se de una de ellas (“*el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes*”) para movernos del marco del homicidio al del asesinato, lo que supone hablar de una pena de quince a veinte años de prisión en vez de una de diez a quince. Si además se da más de una de las circunstancias del 139, nos encontraremos en lo que se conocía con la legislación anterior como asesinato agravado, con una pena de veinte a veinticinco años de prisión.

a) Alevosía

Esta circunstancia coincide con la primera que introduce el art. 22 CP en cuanto a agravantes genéricas, el cual sostiene que hay alevosía “*cuando el culpable comete cualquier de los delitos contra las personas empleando en a ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o indirectamente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*”.

De ello se desprenden cuatro requisitos⁵⁴ para apreciar la alevosía: que nos encontremos ante un delito contra las personas; que se hayan empleado medios, modos o formas dirigidos a asegurar la ejecución y a eliminar una posible defensa de la víctima; una actitud consciente de esos medios o al menos un aprovechamiento de indefensa de la víctima; y que efectivamente esa conducta haya derivado en una situación de indefensión.

La conducta alevosa no requiere premeditación o preparación ya que puede surgir al momento de realizarse la conducta delictiva, en cualquier momento durante la ejecución de la misma e incluso puede aparecer y finalmente encontrarnos ante una conducta constitutiva de homicidio.⁵⁵ Hay medios que de plano se consideran alevosos, como el empleo de veneno o la provocación de un incendio, y se entiende que la concurrencia de alevosía absorbe otras agravantes genéricas del art.22 CP como puede ser el abuso de confianza y superioridad y el empleo de disfraz. No obstante lo anterior, conviene señalar que el dolo debe de extenderse tanto al resultado producido (la muerte) como a la alevosía.⁵⁶

Se distinguen tres clases de alevosía: la alevosía proditoria, que es la consistente en tender una emboscada o trampa a la víctima; la súbita (“*ex improvisu*”), cuando se sorprende a la víctima de forma inesperada; y la alevosía empleada con aprovechamiento de las circunstancias de la víctima.⁵⁷

Por último, y en relación a las salvedades mencionadas anteriormente respecto a la admisibilidad de un asesinato cometido por omisión, no parece razonable admitirlo cuando la circunstancia apreciada es la alevosía. Como se ha dicho, la alevosía consiste en emplear medios tendentes a asegurar la ejecución de la conducta, lo que implica necesariamente una conducta activa, una especial forma de ataque.

⁵⁴ VIVES ANTÓN, *Derecho penal parte especial*, cit.p. 75.

⁵⁵ STS 29 septiembre 1989, el Tribunal resuelve condenando por homicidio en un caso en el que primero se dispara un arma de fuego a traición contra la víctima, fallando en la ejecución, e instantes después con la víctima apercebida del peligro y frente al agresor, vuelve a disparar provocándole la muerte.

⁵⁶ Así, la STS 1279/2006 concluyó que “*se exige que el conocimiento y la voluntad del autor abarque no sólo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues el sujeto ha de querer el homicidio y ha de querer realizarlo con la concreta indefensión de que se trate*”.

⁵⁷ Esta circunstancia puede apreciarse en supuestos en los que la víctima es un niño, un anciano, un minusválido, y también se incluyen los supuestos en los que la víctima se encuentra durmiendo o ebria. No obstante, parece razonable entender la concurrencia de abuso de superioridad cuando no es la víctima quien emborracha a la víctima o la duerme mediante el empleo de narcóticos, y en caso contrario, sí se puede entender conducta alevosa.

b) Precio, premio o recompensa.

La segunda circunstancia recogida por el art. 139 CP coincide con la tercera que integra el art. 22, con la salvedad de que la expresión “mediante” empleada por el artículo de las agravantes genéricas es sustituida por la preposición “por” en el 139 CP, lo que, en opinión de MUÑOZ CONDE⁵⁸, supone una acentuación del “*carácter motivador de esta circunstancia.*”

No se podrá apreciar esta circunstancia si el autor del crimen ya estaba decidido a cometerlo antes de la oferta de un precio, premio o recompensa por su conducta, sino que es necesario que haya sido una oferta anterior a la comisión y que esta se produjese para obtener un beneficio estrictamente económico. Si se da ese supuesto, en el que el autor resolvió cometer el crimen sin que afectase en su decisión la existencia de una oferta, no se calificaría como asesinato sino como homicidio, y en ese caso el sujeto que realizase la oferta no encontraría sanción penal a su conducta.

En los casos en los que la circunstancia apreciada para convertir el homicidio en asesinato es la mediación de un precio, premio o recompensa, no es incompatible con una conducta omisiva. La oferta de beneficio económico puede ir encaminada a la omisión de un deber que termine por implicar la muerte de un persona, convirtiéndose así en un asesinato cometido por omisión en el que concurre esta circunstancia.

c) Ensañamiento

La tercera y última circunstancia que convierte el homicidio en asesinato recogida por el art.139 del CP de 2010 coincide con la quinta de las agravantes genéricas introducidas por el art. 22 CP con la salvedad de que en la figura del asesinato solo se requiere para su apreciación que el autor actúe “*con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*”, mientras que para el caso de una agravante genérica también se requiere que el dolor sea “*innecesario para la ejecución del delito*”. La conducta consiste en aumentar el dolor de la víctima de forma deliberada e inhumana⁵⁹, pudiendo ser un dolor tanto físico como psíquico, pero que en la medida en que el dolo también debe abarcar las circunstancias cualificadoras tanto como la conducta en sí, no cabe apreciar el ensañamiento en supuestos en los que se actúa de forma ciega en base a un estado de alteración (obcecación, arrebató u otro estado pasional)⁶⁰.

Tampoco en los supuestos de ensañamiento parece admisible el asesinato derivado de una conducta omisiva, aunque es cierto que una omisión puede suponer una prolongación temporal del dolor que sufre la víctima, si ésta está aparejada a la forma de morir⁶¹, no innecesario, y por tanto no hay ensañamiento; y si no está relacionado el dolor con la forma de morir ya no estaríamos ante una omisión si no ante un dolor derivado de una conducta activa.

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal parte especial*, cit. p. 51.

⁵⁹ La STS 1081/2007 de 20 de diciembre contemplaba esta circunstancia cualificadora en un caso en el que, consciente de ello, tras una primera puñalada mortal de necesidad, el autor asestó veinte más a la víctima.

⁶⁰ STS de 30 de octubre 1987.

⁶¹ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal parte especial*, cit. p 51, reconoce que efectivamente la mayoría de las formas en las que se produce la muerte violenta de alguien suponen dolor y sufrimiento, y como el art 139 no introduce la expresión “que sea innecesario”, podría plantearse la apreciación de ensañamiento, pero es necesario que el sujeto autor de delito quiera por un lado matar a la víctima y por otro producirle sufrimiento.

La reforma del CP del año 2015 cambió sustancialmente el sistema de configuración del homicidio (como se ha señalado anteriormente) y del asesinato, reconociéndose ahora el asesinato, ya no como un tipo cualificado de homicidio, sino como una figura delictual autónoma e independiente del homicidio. Asimismo se introduce la figura del asesinato hiperagravado además de la que ya existía del asesinato agravado⁶². Además, se añade una nueva circunstancia al art. 139 para considerar asesinato la muerte violenta de alguien: que se mate para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra el mismo.

Ahora el asesinato agravado se sigue dando cuando concurren dos de las circunstancias recogidas en el 139 pero la pena impuesta es de 15 a 20 años, calculada en su mitad superior (antes, recordemos, se castigaba con pena de 20 a 25). El asesinato hiperagravado lo recoge ahora el CP en su artículo 140, sancionando la conducta con pena de prisión permanente revisable si la víctima es menor de dieciséis años de edad, o se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad; el hecho fuese subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; o el delito se hubiese cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal. Por tanto, debemos de encontrarnos primero ante una conducta consiste en matar a otra persona, que se de alguna de las circunstancias del 139 y que medie también alguna de estas tres circunstancias del 140 para imponer pena de prisión permanente revisable.

2.2.3. Delito de lesiones

El bien jurídico protegido por el delito de lesiones es la salud de las personas, tanto en su vertiente física como psíquica. El tipo básico se recoge en el artículo 147.1 CP que castiga con pena de seis meses a tres años a quien *“por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental (...) siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”*⁶³. El problema surgirá entonces a la hora de determinar que podemos entender por tratamiento, que es lo que nos permitirá diferenciar el delito de la falta de lesiones. Se entiende generalmente que “tratamiento” es un proceso o método empleado para sanar enfermedades o lesiones, sin que se pueda considerar como tratamiento la mera vigilancia o seguimiento médico del curso de la lesión.⁶⁴

⁶² Esto redundante en que a día de hoy encontramos cinco modalidades de delito respecto a una misma conducta, la de matar a otra persona, en función de circunstancias variables: homicidio, homicidio agravado, asesinato, asesinato agravado y asesinato hiperagravado.

⁶³ El TS determina en su Sentencia 1100/2003 en este sentido que el concepto de tratamiento médico o quirúrgico no es incompatible con el de primera asistencia: *“los tratamientos quirúrgicos, aun en los casos de cirugía menor, siempre necesitan unos cuidados posteriores, -aunque de hecho no los preste una persona titulada-, que han de tener una prolongación en el tiempo”*.

⁶⁴ No es necesario que la víctima se someta al tratamiento, sino que como arroja el art. 147, sea *“objetivamente”* necesario. En este sentido, los puntos de sutura se consideran tratamiento médico o quirúrgico a efectos de calificar una conducta como delito de lesiones (SSTS 524/2006, 468/2007, entre otras), incluso en el supuesto en que las lesiones también pudiesen haber sanado sin su concurrencia (STS 453/2000).

Es necesario que exista una relación de causalidad para la existencia del delito, así como la concurrencia de dolo (directo o eventual)⁶⁵ respecto del resultado, admitiéndose la comisión por imprudencia.

El art. 147.2 introduce la posibilidad de rebajar la pena en supuestos de relevancia reducida cuando el hecho “*sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido*”, imponiéndose en ese supuesto una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

Asimismo, se recogen dos supuestos de lesión agravados, al igual que el atenuado, atendiendo a distintas circunstancias. Por un lado, el art. 148 CP sanciona con la pena de dos a cinco años de prisión a los que cometiesen las lesiones del art. 147 CP si se empleasen armas o medios “concretamente peligrosos” para la vida⁶⁶; si hubiere mediado ensañamiento⁶⁷ o alevosía; si la víctima es menor de doce años o incapaz⁶⁸; si la víctima fuese o hubiese sido esposa del autor (o unión por análoga relación) aun sin convivencia; y si la víctima fuese una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.⁶⁹ Por otro lado, el art. 149 CP castiga con pena de prisión de seis a doce años a quien cause la pérdida o inutilización de un órgano o miembro principal, deformación grave⁷⁰, provoque grave enfermedad somática o psíquica, provoque esterilidad o impotencia o prive de un sentido a la víctima. Si se produce respecto de un órgano no principal⁷¹ o la deformación no es grave, la pena impuesta será de tres a seis años (art. 150 CP).

El análisis respecto a las lesiones en esta pregunta es breve, pues prefiero hacer mención en la siguiente cuestión a aspectos como las lesiones en el ámbito familiar, las lesiones al feto y el cambio que supuso la entrada en vigor del nuevo CP en 2015⁷².

2.3. Calificación de la conducta al momento de la acusación

Si entendemos que la cuestión planteada tiene como finalidad calificar la conducta al momento de descubrirse la verdad con las escuchas telefónicas, como se ha

⁶⁵ Vid. *Supra* “2.2.1. Delito de homicidio” los criterios para determinar la concurrencia de dolo de lesionar y dolo de matar .

⁶⁶ Se entiende como medio concretamente peligroso para la vida el empleo de armas blancas (STS 1261/1998), barras de hierro (STS 375/2006), cristales, botellas, escopetas, bates de béisbol, etc. Como medio concretamente peligroso se entiende el hecho de prender fuego a la víctima, de empujarla al vacío, el empleo de un vehículo en marcha o patear la cabeza de la víctima

⁶⁷ STS 2387/2001 de 11 de diciembre determina que para apreciar esta circunstancia deben darse conjuntamente que se haya producido efectivamente una causación de daños innecesarios para la lesión y que su autor asuma y comprenda tal carácter innecesario y deliberado. La STS 1077/98 determina que “*es preciso que el autor haya revelado un especial nivel de barbarie*”.

⁶⁸ El art. 25 CP determina los parámetros para entender la circunstancia de incapaz a efectos de esta agravación.

⁶⁹ VIVES ANTÓN, *Derecho penal parte especial*, cit. p. 144. entiende que este supuesto comprende a los hijos menores y a las personas ancianas o enfermas que residan con el autor de la lesión.

⁷⁰ Reitera jurisprudencia describe el concepto de deformidad como “*toda irregularidad o anormalidad física o alteración corporal externa, visible y permanente, que suponga una alteración somática de un órgano o de una zona corporal, produciendo una desfiguración o fealdad ostensible a simple vista, con suficiente entidad cuantitativa para modificar peyorativamente el aspecto físico del afectado*”. Vid. SSTS 830/2007, 1174/2009 o 1373/2009, entre otras.

⁷¹ A efectos de diferenciar órgano principal de órgano no principal la STS 517/2002 estableció que “*son principales aquéllos que tienen autonomía funcional, y son no principales los que carecen de tal autonomía, sirviendo tan solo para facilitar el funcionamiento de los principales, como acontece con los dedos respecto de la mano*”.

⁷² Vid. *Infra*. “3.2. Delitos apreciables en la conducta de Marcial”.

dicho anteriormente, parece razonable entender que la acusación se produce en torno a finales del año 2009 y principios del año 2010. A continuación se estudiará la viabilidad, a mi juicio, de calificar la conducta de María como una de los delitos comentados, diferenciando en cada caso entre el supuesto de que entendamos que María tiró a Manolo en una acción distinta a la de golpearle en la cabeza o si por el contrario solo le golpeó y, a consecuencia de este golpe, Manolo cayó al agua.

2.3.1. Acusación por un delito de homicidio

Si entendemos que María primero golpea a Manolo en la cabeza y a continuación lo empuja y hace caer al agua, a mi juicio parece proceder una acusación por homicidio, en el que si no viésemos del todo clara la concurrencia del dolo directo de matar, sí podría verse la del dolo eventual, al resultar previsible el resultado de muerte de una persona a la que se tira al mar tras golpearla en la cabeza “fuertemente”. La pena en ese supuesto sería de prisión por un tiempo de diez a quince años, rebajada al aplicarse la atenuante de arrebató pasional.⁷³

Si por el contrario entendemos que María solo tiene intención de golpear a Manolo en la cabeza, podríamos encontrarnos ante un supuesto de homicidio preterintencional. Es importante para ello que no haya mediado dolo directo o eventual, respecto del resultado de muerte. A la hora de castigar la conducta, hemos visto que se ofrecen distintas posibilidades y, a efectos de nuestro caso, castigar por un delito de homicidio parece lo más razonable, en la medida en que resulta imposible determinar la entidad de la posible lesión ocasionada a Manolo como consecuencia del golpe (solo se nos dice que se le golpea fuertemente y, además, el cuerpo no está presente para realizar un informe pericial sobre las hipotéticas lesiones producidas). La pena sería, por tanto, de entre uno y cuatro años de prisión (igual que el homicidio cometido con imprudencia leve) a la que deberíamos añadir la circunstancia atenuante de arrebató pasional⁷⁴.

2.3.2. Acusación por un delito de asesinato

La única forma en la que se podría pensar en la comisión de un asesinato es si entendemos que María golpeó a Manolo en la cabeza y a continuación lo arrojó al mar. La única circunstancia que nos permitiría convertir la conducta de homicidio en asesinato sería la alevosía⁷⁵, que es en la que a mi juicio se basan las autoridades para proceder con esa acusación y, más concretamente, de entre las que hemos visto, sería una alevosía sorpresiva (o *ex improvisu*).

⁷³ La primera lesión, cuya entidad desconocemos, parece no ser especialmente grave y por ello quedaría absorbida por los cargos de homicidio. En cuanto a la circunstancia atenuante de arrebató pasional, la misma la recoge el art. 21. 3 CP: “*obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*”. El Tribunal Supremo en su Sentencia 634/2005 describe el arrebató como “*una reacción momentánea que los seres humanos experimentan ante estímulos poderosos que producen una honda perturbación del espíritu, que ofusca la inteligencia y determinan a la voluntad a obrar irreflexivamente. Supone la pérdida momentánea del dominio sobre sí mismo*”.

⁷⁴ En virtud del art. 66 CP se impondría la pena en su mitad inferior por concurrir una sola atenuante, sin ninguna agravante.

⁷⁵ La mediación de precio, premio o recompensa parece estar descartada de plano, y el enseñamiento hemos visto que tiene que consistir en causar dolor innecesario para la producción de muerte y, en este caso, el dolor y sufrimiento que puede llevar aparejado el morir ahogado no entra dentro de ese supuesto.

No obstante, no comparto esa visión, en la medida en que la alevosía requiere emplear medios tendentes a asegurar la ejecución de la conducta y a evitar una posible defensa de la víctima. En nuestro supuesto no vemos ninguna concreta que María haya llevado a cabo para asegurar el resultado de muerte, más allá del hecho del golpe y el consecuente empujón (hipotético) al mar. No se han empleado medios que anulasen la defensa de la víctima, como podría ser por ejemplo haberlo sedado a continuación haberlo tirado al mar.

Si por el contrario no se produjo más acción que la de golpear a Manolo en la cabeza como respuesta a un arrebató pasional, a mi juicio es del todo impensable acusar de asesinato, pues no habría forma de entender la concurrencia de alevosía, y mucho menos de ensañamiento o precio, premio o recompensa.

2.3.3. Acusación por un delito de lesiones

De las tres posibles calificaciones que podrían darse a la conducta de María, la de considerarlo un delito de lesiones es para mí la menos viable de todas. En el supuesto de que golpee a Manolo y a, continuación lo tire, es descartable de plano y, en el caso de que únicamente lo golpee, los hechos siguientes requieren que busquemos otra calificación pues se produjo un resultado de muerte. Por ese motivo me parece más razonable entenderlo comprendido en el marco del homicidio preterintencional (a la postre, un tipo de homicidio imprudente).

En cualquier escenario posible, además nos encontraríamos con la dificultad añadida de medir el resultado de la lesión producida, si es que se llegó a producir una lesión a efectos del art. 147 CP y no solo una conducta constitutiva de falta (delito leve a partir del 2015). Desconocemos el objeto empleado por María para golpear “fuertemente” a Manolo en la cabeza, desconocemos la entidad de las heridas causadas (si es que se produjeron) y el hecho de no encontrarse el cuerpo del fallecido imposibilita la constatación de las mismas. Lo anterior, con la importancia que tiene, pues como hemos visto, los marcos punitivos son bien distintos en función de que circunstancias se den⁷⁶.

2.4. Calificación de la conducta a día de hoy

En el supuesto de que entendamos que la cuestión planteada tiene por objeto calificar la conducta de María a día de hoy, debemos de tener en cuenta, por un lado, la reforma del Código Penal y, en segundo lugar y más importante todavía, el hecho de que Manolo reaparece. Nuevamente, al igual que en el apartado anterior, diferenciaré los supuestos de que María tire a su marido o el supuesto de que este caiga como consecuencia del primer golpe.

2.4.1. Acusación por un delito de homicidio

Si entendemos que María golpea y posteriormente tira a Manolo, una acusación por delito de homicidio no procede, dada la supervivencia de la presunta víctima. Se

⁷⁶ Si se produce una lesión del tipo básico, la pena prevista sería de seis meses a tres años de prisión. Se nos dice que “golpea fuertemente” a Manolo en la cabeza, pero no con qué, por lo que si se tratase de un objeto especialmente peligroso para la vida podría llevar aparejada una pena de prisión de dos a cinco años. Además, si se produjese una lesión en la cara (no sabemos qué parte de la cabeza le golpea) podría imponerse una de las penas previstas por el art. 149 o por el art. 150 CP en caso de deformidad grave o no grave, con penas de prisión de entre seis y doce años y de entre tres y seis, respectivamente.

trataría, en cualquier caso, de un homicidio en grado de tentativa, con la rebaja en condena que ello supone, además de la relativa a la atenuante de arrebató pasional.

Si por el contrario entendemos que únicamente lo golpea, la acusación debería ser por un cargo de lesiones, de difícil identificación pues desconocemos el objeto con el que golpeó a Manolo y la entidad de las heridas producidas. Además, a día de hoy estos cargos se encontrarían prescritos, excepto en el supuesto de que se produjesen las lesiones más graves previstas por el art. 149 CP (por grave deformidad, prisión de entre seis a doce años), que prescribirían a los quince años de la comisión.⁷⁷

2.4.2. Acusación por un delito de asesinato

Al igual que en el supuesto del homicidio, el hecho de que Manolo sobreviva, nos limita las posibilidades. En cualquier caso se trataría de una tentativa de asesinato pero, remitiéndome a lo anteriormente explicado, no aprecio ninguna circunstancia que nos permita calificar la conducta como un asesinato: ni alevosía, ni ensañamiento, ni precio y tampoco la nueva circunstancia recogida por el CP de 2015 (comisión para cometer otro delito o impedir su descubrimiento) que, además, no podría ser apreciada en virtud el principio de irretroactividad de las normas.

2.4.3. Acusación por un delito de lesiones

A pesar de que Manolo reaparezca, la calificación de la conducta como un delito de lesiones se presenta complicada. Si entendemos que María golpea y tira a Manolo, nos encontraríamos en el marco de una tentativa de homicidio, y, en caso de que no lo tirase intencionadamente, sí que podríamos pensar en unas lesiones. No obstante, de nuevo se presentaría el mencionado problema de medir la entidad de la lesión producida y además se encontraría prescrito el delito.

2.5. Validez de las escuchas telefónicas

2.5.1. Teoría general sobre las escuchas telefónicas

La intervención de las comunicaciones telefónicas se constituye como un medio probatorio muy eficaz para la investigación de determinados delitos y el logro de una condena. De acuerdo con jurisprudencia reiterada⁷⁸ son una diligencia practicada en la fase de instrucción del proceso encaminada a garantizar la prueba de la existencia del delito, así como de sus autores en la fase de juicio oral. También resulta cierto el hecho de que mediante las escuchas telefónicas se encuentra el camino a la obtención de más elementos probatorios distintos a las propias escuchas. Esa idea de garantizar la prueba en la fase de juicio oral es importante en tanto en que solo las pruebas que se practiquen en dicha fase vincularán a los Tribunales⁷⁹, para poder así permitir a los acusados la posibilidad de aportar elementos y medios de defensa que rebatan la acusación.⁸⁰

El derecho a un proceso con todas las garantías, que se consagra en el artículo 24.2 de la CE, supone la prohibición de utilizar pruebas ilícitamente obtenidas, tal y como reconoce el TC en su sentencia 49/1999. Así, el derecho a la presunción de inocencia solo se puede ver enervado por pruebas de cargo que hayan llegado al proceso cumpliendo con todas las garantías. En esta línea el TS fija dos criterios a la hora de

⁷⁷ Vid. *Infra*. “3.3.1 Factor de la prescripción”.

⁷⁸ SSTS 31/10/1994; 18/12/2004 /18/07/2000; 19/12/1997.

⁷⁹ A excepción de la prueba anticipada y preconstituída legalmente previstas.

⁸⁰ Idea recogida en sentencias como la STC 2/2002.

entender legítimamente obtenida una prueba: que no se haya infringido de forma directa o indirecta un derecho fundamental⁸¹ y que se hayan cumplido las garantías procesales que exige el derecho a la presunción de inocencia. La infracción del contenido de un derecho fundamental supone la nulidad del valor probatorio de la prueba en cuestión⁸², mientras que si lo que se da es un incumplimiento de las garantías procesales, se invalida esa prueba pero no las que se hubiesen obtenido a partir de la misma.⁸³

El derecho fundamental que podemos entender vulnerado en nuestro supuesto es el que recoge el artículo 18 de la Constitución en su apartado tercero: “*se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”. En orden a establecer si se vulnera o no el contenido del derecho fundamental, debemos tener presentes distintas cuestiones: el principio de legalidad, la reserva jurisdiccional y el principio de proporcionalidad.

En primer lugar, el principio de legalidad, supone la importante necesidad de que cualquier acto procesal limitativo de cualquier derecho fundamental se encuentre habilitado legalmente.⁸⁴ El artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos⁸⁵ acordado en Roma el 4 de noviembre de 1950, reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, añadiendo en el apartado segundo que “*no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de ese derechos, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley*”⁸⁶. Esa necesaria previsión legal no apareció en España hasta el año 1988 en el que se publica la Ley Orgánica 2/1998 de 25 de mayo por la que se modificó el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) que hasta ese momento solo protegía frente a intervención las comunicaciones postales y telegráficas⁸⁷. Respecto de esa previsión legal es necesario que se cumplan una serie de requisitos de calidad⁸⁸ que el TEDH entendió incumplidos con la Sentencia Valenzuela contra España de 30 de julio de 1998, si bien es cierto que reconocía el cumplimiento de la accesibilidad de la norma, al preverse y reformarse el artículo de forma que se incluyesen las intervenciones telefónicas no se cumplían todas las condiciones necesarias para asegurar su previsibilidad, dado el carácter escueto de la norma. El TC se ha pronunciado en ese sentido también, lo que implica, tal y como dice LOPEZ-

⁸¹ En esa línea se manifiesta también el art.11 LOPJ.

⁸² STS 27/12/1998.

⁸³ Idea recogida por la STS 29/04/1995, que en nuestro supuesto supondría la invalidez de las escuchas telefónicas pero no de los otros medios probatorios que se hubiesen podido obtener en base a las mismas.

⁸⁴ STC 49/1999

⁸⁵ El artículo 10.2 junto con el 96 C.E establecen la integración en nuestro ordenamiento de aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado español. En adelante, CEDH.

⁸⁶ Efectivamente, en el apartado primero no se menciona el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, pero el TEDH interpretó en el asunto “Valencia Díaz contra España” este artículo de forma que se incluye ese derecho, al igual que lo ha hecho en otros sentidos como el derecho a la propia imagen y a la protección de la reputación profesional en los asuntos Polanco Torres y Movilla Polanco contra España.

⁸⁷ A efectos de nuestro caso no juega, pero es de señalar que en el año 2015 se reformó la LECrim y ahora existe una regulación diferenciada para las escuchas telefónicas, que en vez de enmarcarse junto a las postales y telegráficas en el art. 579 se regulan en los arts. 589 y siguientes.

⁸⁸ El TC en su Sentencia 169/2001 recogió una serie de condiciones para entender cumplida la calidad de la previsión que coincide con lo dictado por el TEDH en las Sentencias Kruslin y Harvij de 24 y 26 de abril de 1990: es necesario definir las categorías de personas susceptibles de intervención, la naturaleza de las infracciones a las que pueda dar lugar, la fijación de un límite temporal para las mismas y las condiciones del establecimiento de las transcripciones consignando las conversaciones interceptadas.

BARAJAS PEREA,⁸⁹ la necesaria intervención del TC y del TS para suplir la falta de regulación en orden a establecer los requisitos para la legitimidad de las escuchas telefónicas.

En segundo lugar, el principio de reserva jurisdiccional que se aprecia en el art. 18.3 CE “*salvo resolución judicial*”, que supone que la limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (al igual que otros) queda reservado a la autoridad judicial⁹⁰ y se rechaza la posibilidad de que sea cualquier otra clase de autoridad quien pueda restringir o limitar este derecho, aunque esta no sea una limitación compartida por el 8.2 CEDH pues este artículo solo hace mención a la “injerencia de autoridad pública” y no lo limita a la judicial, pudiendo apreciarse así que el régimen del ordenamiento jurídico español es más restrictivo en cuanto a limitación de este derecho fundamental se refiere. La resolución que acuerde una injerencia en el derecho fundamental que nos ocupa debe ser una resolución minuciosamente motivada en la que se debe de hacer constar la necesidad de la medida⁹¹, y el auto judicial que la acuerde (no parece razonable entender que con una mera providencia se cumpla el requisito de minuciosa motivación)⁹² debe de ser previo a la intervención y no meramente confirmatorio o revocatorio de un acuerdo anterior para intervenir las comunicaciones por alguna autoridad no judicial.

· En tercer lugar y, en cuanto al principio de proporcionalidad, es necesario decir que en la medida en que se trata de una medida que restringe un derecho fundamental debe ser excepcional y no ordinaria, debe razonarse que objetivamente sea necesario limitar el derecho fundamental para lograr la prueba del delito y la condena, y que en caso de poder obtener dicho objetivo mediante el empleo de una medida menos gravosa, deberá hacerse de ese modo. Este razonamiento y ponderación debe de efectuarse en el momento de autorizar la intervención en base a los datos e información que se posean y no, como dijo el TC en su sentencia 16/2000, *ex post*, a la vista de los resultados que se hubiesen obtenido con las escuchas.

En relación con el principio de proporcionalidad también se encuentra la necesidad de que el objeto de las escuchas integre un hecho punible grave, pero no existe ningún criterio legal de como determinar esta gravedad, a lo que la doctrina tampoco ofrece una solución clara dada la división que existe y es opinión extendida la necesidad de una determinación legal de los supuestos para los que se pueda acordar esta medida. Algunos autores entienden que se puede determinar la gravedad en términos cuantitativos de la pena prevista para el delito que se trate, por ejemplo para aquellos casos con una pena de prisión superior a 9 años, y otros abogan por permitir la intervención telefónica para aquellos delitos considerados graves de por sí. Por su parte

⁸⁹LOPEZ-BARAJAS PEREA, *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Ed. La Ley, 2011, Madrid, p.98.

⁹⁰ Señala ANNA MARCO URGELL en su trabajo *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.)* de la Universidad Autónoma de Barcelona, p. 117, que este principio queda fuera del marco del art. 24.2 C.E que reconoce el derecho al juez predeterminado por la Ley. Es decir, que el Juez de instrucción que acuerde la medida no debe estar predeterminado por la Ley en cumplimiento del 24.2 C.E.

⁹¹ En ese sentido se pronuncia el TC en Sentencias como la 85/1994 en su fundamento jurídico tercero, la 49/1999 así como el TS en su Sentencia de 12 de enero de 1995.

⁹² En este sentido el TS autorizó en su sentencia de 2 de noviembre de 1993 la posibilidad de acordar una intervención telefónica mediante providencia, pero que dos años más tarde fue tumbada por el TC en su Sentencia 181/1995, reafirmando la necesidad de que sea acordado por auto suficientemente motivado.

el autor LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁹³, entiende que el artículo 8.2 CEDH es demasiado amplio y permisivo pues reconoce la posibilidad de intervenir telefónicamente en muchos supuestos: “*la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás*”. El autor propone otra redacción del artículo con la que se establezca como norma general la no intervención y que solo se acuerde la misma en supuestos tasados atendiendo al principio de necesidad mencionado anteriormente (que no haya otra medida menos gravosa para lograr el objetivo). Esa falta de normativa sobre los criterios para entender la gravedad de cada supuesto es suplida por la labor jurisprudencial del TC y del TS, que establecen que no solo nos debemos fijar en la pena que tenga aparejada el tipo delictivo del que se trate, sino que también debemos de estar a la entidad del bien jurídico que se protege así como a la relevancia e impacto que tienen en la sociedad.⁹⁴ Por lo general se entiende proporcional el empleo de escuchas telefónicas en delitos contra la salud pública en general, como es nuestro caso y tal como se recoge en la STS de 28 de noviembre de 1994, en cuyo fundamento jurídico séptimo se dispone literalmente que “*la medida parece justificada por afectar a un delito de gran trascendencia social, como es el tráfico de drogas*”. A efectos de resolver el caso planteado no nos ocupa, pero otros delitos para los que se reconoce la proporcionalidad de esta medida son por ejemplo los delitos de asesinato y parricidio, homicidio consumado y prostitución.⁹⁵

Por último, y ya no como un requisito de carácter material sino de carácter procesal, es necesario que la intervención telefónica se acuerde (por auto motivado, recordemos) en el marco de una instrucción judicial en curso, en base a indicios suficientes y no en meras conjeturas,⁹⁶ por lo que se debe de tener conocimiento previo de la comisión de un delito y debe de acordarse la medida con miras a la obtención de pruebas de cara a la fase de juicio oral. Debe de concretarse qué es lo que se investiga, a quien se investiga y cuál es la fuente de conocimiento de la posible implicación del sujeto intervenido en la comisión de ese delito⁹⁷, así como también es necesario constatar el número o números de teléfono que se intervienen, las personas cuyas conversaciones deben ser intervenidas y el tiempo de duración que tendrá la medida.

En el caso no se menciona nada sobre la presencia de todos los requisitos mencionados, pero parece razonable entender que se vieron cumplidos, pues, al tratarse de un supuesto de delito contra la salud pública (Marcial es investigado por tráfico de drogas) se cumple el requisito de gravedad del delito en cuanto a la proporcionalidad de la medida y, al no mencionarse nada que niegue la concurrencia de los demás requisitos, puede entenderse que fueron acordadas de forma correcta y, por ende, válidas.

2.5.2. Validez de las escuchas con respecto a la acusación de María

Una vez expuesta la teoría general sobre la validez de las escuchas telefónicas, y expuesta la opinión sobre la validez de las mismas con respecto a Marcial, debemos de hacer un análisis sobre la validez de las mismas respecto a un delito para el que no

⁹³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Ed. Akal, 1989, pp. 36 y ss.

⁹⁴ STC 185/2003; STS de 14 de junio de 1993

⁹⁵ Vid. SSTS 19/01/1996, 20/12/2001 y 3/12/1993, respectivamente

⁹⁶ Se trata así de evitar lo que el TC prohíbe por ejemplo en su Sentencia 171/1999, que son las llamadas intervenciones prospectivas o de prevención.

⁹⁷ STS 15 de abril de 1999; STS 19 de junio de 2000.

fueron autorizadas, así como para un sujeto distinto. La clave para responder a la cuestión planteada radicará en la propia expresión que emplea el texto del caso: “con motivo y a través” de las escuchas María es acusada de asesinato.

Como se ha establecido anteriormente, las escuchas telefónicas son una medida *post delictum* que se acuerda en la fase instructora de un proceso ya iniciado, con intención de obtener pruebas (la conversación) de la culpabilidad del sujeto intervenido en el delito investigado. Por ello, debemos pronunciarnos acerca de lo que sucede en los supuestos en los que se descubren elementos empleables en procesos distintos al que motivó la intervención telefónica (hallazgos casuales). La doctrina ofrece la solución a esa cuestión diferenciando dos supuestos distintos: que exista conexión entre los hechos investigados y los nuevos descubiertos o que no.

Si existe conexión entre los nuevos hechos descubiertos y aquellos que motivaron la intervención telefónica y se puede probar dicha conexión de acuerdo con el artículo 17 LECrim, se extenderá el carácter probatorio a los nuevos hechos descubiertos a través de esa escucha⁹⁸. Por tanto, la conversación intervenida solo podrá ser empleada como prueba en el juicio oral del nuevo hecho descubierto si guarda relación y es conexo al primer hecho investigado. La razón que explica este planteamiento es que en caso contrario podría darse la situación de conceder autorizaciones en blanco y sin límites, que contravendría flagrantemente el art. 18.3 CE. Esa no es la situación que se da en el caso planteado, pues el presunto tráfico de drogas llevado a cabo por Marcial no guarda relación con el presunto asesinato cometido por María a bordo del barco de acuerdo con el art. 17 LECrim. En ese caso, los nuevos hechos se reputan como *notitia criminis* y permiten la apertura de una nueva investigación acerca de lo descubierto, pero no puede ser empleado ese descubrimiento como prueba en sí mismo sino que deben de obtenerse otras pruebas que permitan concluir la comisión del delito descubierto. Así lo establece el TS en su Sentencia de 29 de abril de 2010, en cuyo fundamento jurídico séptimo se pronuncia acerca del principio de especialidad de las intervenciones telefónicas y, remitiéndose a la STS 276/96 de 2 de abril, recoge literalmente que “*en los supuestos en que se investiga un delito concreto y se descubre otro distinto, no puede renunciarse a investigar la notitia criminis incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello pueda hacer precisa una nueva o específica autorización judicial o una investigación diferente de la del punto de arranque*”

Por, tanto al decirse en el propio texto que “a través y con motivo” de las escuchas telefónicas acordadas para la investigación de Marcial se acusa a María de asesinato, si bien se concluye la validez de la medida al dar por cumplidos los requisitos necesarios, considero que no se puede proceder a la acusación de María por un cargo de asesinato basado única y exclusivamente en las escuchas (que es lo que induce a pensar que sucede en el caso), sino que las autoridades deberían obtener otras pruebas de cargo distintas a la confesión de María a su amiga Sara, de acuerdo con lo establecido por el

⁹⁸ El artículo 17 LECrim es el que establece el régimen de los delitos conexos. Tienen esa consideración:

“*Los cometidos por dos o más personas reunidas.*

“*Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.*

“*Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.*

“*Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.*

“*Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente*

“*Lo cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.*”

TS para los supuestos de hallazgos casuales que no queden comprendido en el ámbito de los delitos conexos del 17 LECrim.

2.6. Recapitulación

A la luz de lo expuesto, concluimos que:

-Si calificamos la conducta de María al momento de producirse por parte de las autoridades la acusación de asesinato, y entendemos que dirigió su intención tanto a golpear como a tirar a Manolo por la borda, sería autora presunta de un delito de homicidio (al menos, dolo eventual respecto del resultado de muerte), y por el contrario, si solo dirige su intención a golpear a Manolo y no a tirarlo, podría ser autora presunta de un delito de homicidio preterintencional. En el primer caso con una pena de prisión de diez a quince años y en el segunda con una pena de prisión también pero de entre uno y cuatro años. En ambos casos, a imponer en su mitad inferior en observancia de la circunstancia atenuante de actuación por arrebató pasional del art. 21 CP.

-Si calificamos a día de hoy, debemos tener presente la supervivencia de Manolo, que limita considerablemente el abanico de calificaciones posibles. Si entendemos que María dirigió su intención a golpear y a tirar por la borda a Manolo, podríamos entenderlo como una tentativa de homicidio, y si por el contrario solo la dirigió a golpearlo en la cabeza, se trataría de un presunto delito de lesiones. En el primer caso, con una pena de prisión de entre diez y quince años, con la rebaja en grado que conlleva la tentativa y la apreciación de la circunstancia atenuante de arrebató pasional, y en el segundo, con una pena de difícil concreción debido al desconocimiento sobre la entidad de la lesión producida con el golpe, y que, a menos de que se tratase de las más graves contempladas por el art. 149 CP, estarían prescritas a día de hoy.

-Respecto a la cuestión de la validez de las escuchas telefónicas, concluimos que sí son válidas si presumimos el cumplimiento de todos los requisitos que la Ley exige. No obstante, al no tratarse de delitos conexos a ojos del art. 17 LECrim el tráfico de drogas investigado por parte de Marcial y el presunto asesinato de Manolo por parte de María, las escuchas realizadas a ésta cuando la autorización judicial de intervención se extendía a aquel, solo permite su empleo como *notitia criminis* para la apertura de una nueva investigación encaminada a la obtención de nuevas pruebas de cargo. No podrían ser empleadas como prueba a efectos de una condena en el juicio oral, sino que tendrían que obtenerse otras nuevas.

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

3.1. Planteamiento

A la hora de dar respuesta a la tercera cuestión del caso objeto de resolución, el formato elegido para estructurarla es el mismo que el empleado en la segunda pregunta: en primer lugar recogeré la teoría general sobre los delitos que yo considero apreciables y después los trataré en el caso concreto de Marcial.

Una vez más se presenta la duda respecto del momento en que debemos “*calificar las consecuencias jurídicas del comportamiento que ostenta Marcial contra María y contra Elisa*”. En mi opinión, el caso no se pronuncia de forma clara en ese

sentido, principalmente porque no se menciona ninguna acusación por parte de las autoridades contra Marcial⁹⁹, en especial después de la agresión tan grave que ocasiona la hospitalización de María por más de dos meses, y porque se va sucediendo los hechos violentos de forma sucesiva en el tiempo sin que ninguna medida sea adoptada, salvo la orden de alejamiento que se infringe en el propio mes en que es dictada.¹⁰⁰

Por ello, me inclino más por calificar la conducta de Marcial al día presente, concluidos ya todos los episodios violentos, teniendo en cuenta al igual que sucedía en la anterior cuestión la reforma del CP del año 2015 y la máxima de aplicar la norma más favorable al reo.

3.2. Delitos apreciables en la conducta de Marcial

3.2.1. Delito de lesiones y violencia de género

A efectos del tipo penal de lesiones me remito a lo comentado antes en relación a la apreciación de este delito en la conducta de María respecto a Manolo¹⁰¹, pero es necesario añadir más información, como ya dije, importante a la hora de dar respuesta a esta pregunta y que encaja mejor aquí por su relación con los hechos que se tratan de calificar.

Como es sabido, para que sea posible calificar una agresión física como un delito de lesiones es necesario que objetivamente se requiera tratamiento médico o quirúrgico además de una primera asistencia facultativa, que en caso de no darse, se configuraba antes de la reforma del CP del año 2015 como una falta del art 617¹⁰². No obstante, a los efectos que nos ocupa, la aprobación de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros dotó de un nuevo contenido al art. 153 de forma que se elevaba a la categoría de delito (violencia no habitual de género o en el ámbito familiar) las conductas constitutivas de falta de lesiones cuando se cometiesen contra el cónyuge o ex cónyuge, o persona unida por análoga relación de afectividad aunque no mediase convivencia entre ellos, sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge, sobre los menos sujetos a la potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre otra persona amparada en cualquier relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar¹⁰³, llevando aparejada una condena de *“tres meses a un año de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de*

⁹⁹ A diferencia de lo que sucedía con la segunda cuestión de este caso, relativa a la conducta delictiva de María hacia Manolo, en la que si se nos dice que María es acusada por unos cargos de asesinato, lo que nos permitía tener la duda de si calificar los hechos al momento de la acusación o al momento actual.

¹⁰⁰ No sería desproporcionado el ingreso en prisión preventiva tras la paliza que ocasiona el ingreso hospitalario de María durante casi tres meses.

¹⁰¹ Vid. *Supra* “2.2.3. Delito de lesiones”.

¹⁰² Como es también conocido, la reforma del CP del año 2015 trajo consigo la supresión de las faltas, que pasan a configurarse como delitos leves. Así, ahora la antigua falta de lesiones se recoge en el art. 147.2 *“el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses”*.

¹⁰³ Vid. Art 173.2 a efectos de violencia habitual en el ámbito familiar.

especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”.

No obstante con la aprobación de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género se modifica el art. 153 CP para condenar con idéntica pena los supuestos en los que se lleve a cabo esa conducta contra las personas del 173.2 CP salvo en el caso de la esposa o mujer unida por análoga relación de afectividad aun sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, que se condena con prisión de seis meses a un año o con trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. Es decir, se agrava un poco más en el supuesto de que se dé contra la mujer o contra persona especialmente vulnerable que conviva con el autor y tenemos dos límites inferiores distintos en el marco punitivo (seis meses cuando la víctima es la mujer, ex mujer o persona unida por análoga relación de afectividad con el autor, y tres meses cuando la víctima es otro de los sujetos protegidos por el 172.3 CP). Si se produce la agresión de una mujer contra un hombre sería una pena de tres meses a un año de prisión y al revés sería de seis meses a un año,¹⁰⁴ diferencia que el Tribunal Constitucional ha establecido como no contraria al principio constitucional de igualdad en jurisprudencia reiterada¹⁰⁵.

Las penas anteriores se impondrán en su mitad superior (subtipo agravado), en virtud del art. 153.3 *“cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”*

3.2.2. Violencia habitual en el ámbito familiar

Con la aprobación de la mencionada LO 11/2003 de 29 de septiembre los malos tratos habituales pasaron a constituir un atentado contra la integridad moral sancionado por el art. 173.2 CP: *“el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él conviva o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentre sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un tres años, privación del derecho a la tenencia de y porte de armas de dos a cinco años (...)”*

Se configura así un tipo delictivo que trata proteger el bien jurídico de la integridad moral¹⁰⁶ que en su modalidad básica consistirá en el ejercicio habitual de

¹⁰⁴ MIRAT HERNÁNDEZ y ARMENDARIZ LEÓN, *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales*, Ed. Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2006, p. 78.

¹⁰⁵ Vid. SSTC 59/2008, 76/2008 o 107/2009, entre otras.

¹⁰⁶ Más concretamente contra la integridad moral en el ámbito familiar. El Tribunal Supremo manifestó en su Sentencia 1044/2009, de tres de noviembre que con este tipo penal *“se trata de proteger la*

violencia física o psíquica contra alguna o varias de las personas mencionadas en el artículo anterior. La habitualidad suele ser entendida generalmente como la repetición de tres comportamientos violentos, si bien matizando que debe mediar proximidad temporal entre los mismos, pero en cualquier caso siempre teniendo presente que no debe de ser darse únicamente sobre una misma víctima, sino con cualquiera de las enunciadas por el art. 173.2. CP¹⁰⁷. Otra línea señala que lo importante es que el Juez llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente, una situación en la que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares¹⁰⁸. Señalan SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO¹⁰⁹ que en estos delitos no se puede apreciar la circunstancia agravante de parentesco en la medida en que es inherente al propio tipo y que en realidad la agravación al respecto del parentesco nos lleva a una pena superior a la que nos llevaría la aplicación de la circunstancia mixta del art. 23 por sí sola.

Al igual que sucedía con los supuesto de violencia no habitual (art. 153), en este tipo delictivo también se prevé una serie de tipos agravados por el art. 173.2 párrafo segundo: *“se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”*.

Estos actos cuya habitualidad ocasiona este tipo delictivo pueden ser de diversa índole: coacciones, amenazas, detenciones ilegales, agresiones sexuales o abusos sexuales o lesiones. Un sector doctrinal entiende que la comisión de conductas constitutivas de delito del art. 153 (faltas elevadas legalmente a delito por razones de violencia de género o familia) quedan absorbidas al apreciar el tipo de violencia habitual en el ámbito familiar del 173 en la medida en que si no incurriríamos en un *bis in ídem*. No obstante se sostiene la opinión contraria, parece que con razón, siendo el propio Código Penal el que determina que se atenderá también a las penas de los actos individualizados cuya cuantificación ocasiona la apreciación de la habitualidad, y por tanto estaríamos ante un concurso entre la pena impuesta por el 173.2 y las penas individuales de los hechos que originaron el tipo de violencia habitual.¹¹⁰

dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno”.

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal parte especial*, p 181, señala que el concepto de habitualidad aquí exigido no coincide con otros conceptos de habitualidad que el CP ofrece, como por ejemplo en los arts. 94, 147.1, 234.2 o 299 en la medida en que aquí se permite calificar como habitualidad los actos que recaen sobre distintos sujetos pasivos y que no se especifica legalmente el número de agresiones necesarias.

¹⁰⁸ Vid. STS 343/2006, en la que se dice que *“la existencia de habitualidad no consiste e un acto concreto ni en la suma de actos concretos, sino en una forma desnaturalizada de la convivencia familiar que debe ser apreciada en forma total. Por tal razón no es necesario acreditar temporalmente cada hecho, sino una conducta persistente que define la forma socialmente inadecuada y reprobable de relacionarse con otra persona”*.

¹⁰⁹ SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal parte especial*, p. 191.

¹¹⁰ El Tribunal Supremo se pronuncia en ese sentido en su Sentencia 320/2005: *“existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor”*. Por tanto, no se incurre en ningún *“bis in ídem”*.

En el caso de que sean actos violentos ya juzgados y sancionados en un procedimiento anterior, no debe ello impedir su nueva valoración a los meros efectos de apreciar la habitualidad exigida por el 173.2.¹¹¹ No estaríamos incurriendo en un *bis in idem* en la medida en que los bienes jurídicos cuya protección se persigue son distintos (los actos violentos, físicos o psíquicos,¹¹² ya juzgados atentaban contra la salud e integridad física y en la violencia domestica habitual se protege la integridad moral) y no se vuelve a entrar a juzgar el hecho sino que se rescata su comisión a efectos de cuantificación para apreciar habitualidad en esa conducta hostil y violenta.

Tampoco influye a efectos de la habitualidad el hecho de que hayan prescrito los hechos que la originan¹¹³, ni que los mismos no hayan sido denunciados de forma previa.¹¹⁴

3.2.3. Delito de lesiones al feto

Este delito aparece tipificado por los arts. 157 y 158 CP, en su modalidad dolosa e imprudente respectivamente. El bien jurídico protegido con esta figura delictual es la salud y la integridad física del feto¹¹⁵, lo que necesariamente implica que cualquier conducta realizada una vez producido el nacimiento será reconducida a otra calificación delictiva en función del caso (homicidio, asesinato o lesiones).

El art. 157 CP determina que aquel que “*por cualquier medio o procedimiento causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años*”.

Por su parte, la modalidad imprudente (imprudencia grave) castiga los mismo hechos con pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses, y si fuese una imprudencia profesional la pena sería de inhabilitación para la profesión por un período de seis meses a dos años.

Se configura como un delito de resultado material consistente, o bien en la producción de una lesión o enfermedad que perjudique gravemente el normal desarrollo del feto, o bien la provocación de una tara física o mental en el mismo, entiendo como tales cualquier malformación que derive en un déficit permanente e irreparable¹¹⁶. La modalidad de comisión más frecuente es la imprudente del art. 158 CP que excluye de

¹¹¹ Vid. STS 687/2002.

¹¹² Las agresiones psíquicas se presentan como complicadas de probar sin quedar claro qué medios de prueba serán suficientes para afirmarlas.

¹¹³ La STS 580/2006 manifiesta que “*los hechos constitutivos de posibles faltas no prescriben a los efectos del presente delito y pueden ser valorados e integrados en la habitualidad, de forma que la prescripción comienza a correr a partir del último de los episodios violentos considerados*”.

¹¹⁴ Vid. STS 261/2005.

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal parte especial*, p 125. Define al feto como el “*óvulo fecundado ya anidado en el útero materno el ser que a partir de ese momento se genere durante todas las fases del embarazo hasta el momento mismo de su expulsión o extracción del seno materno tras el nacimiento*.”

¹¹⁶ El espectro se presenta amplio, abarcando tanto lesiones anatómicas o funcionales (como la privación de alguna extremidad), alteraciones somáticas (enfermedades respiratorias o cardíacas), o alteraciones psíquicas (por ejemplo disminución en la capacidad de desarrollo intelectual).

responsabilidad penal a la embarazada que realice la conducta. Entre la acción y el resultado debe mediar una relación de causalidad que muchas veces resulta difícil de probar¹¹⁷, pudiendo realizarse la acción sobre el feto o a través del cuerpo de la madre, cuyo consentimiento es irrelevante, en cuyo caso estaríamos ante un concurso ideal de delitos si se produjese también una lesión a la misma.¹¹⁸

3.2.4. Delito de quebrantamiento de condena

El quebrantamiento de condena se configura como un tipo delictivo que sanciona, tal y como establece el art. 468.1 CP a “*los que quebrantasen su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia*”, a una pena de prisión de entre seis meses y un año en caso de estar privados de libertad, y con una pena de multa de entre 12 a 24 meses en el caso contrario. Diferenciamos así dos ámbitos distintos de aplicación de este precepto, en función de que el sujeto que lo cometa se encuentre o no privado de libertad.

No obstante, el citado artículo dispone en su apartado segundo que se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año (la relativa a quienes quebranten una condena estando privados de libertad) a quien quebrante alguna medida del artículo 48 del CP ofendiendo a alguno de los sujetos contemplados por el art. 173.2 (sujetos integrantes del ámbito familiar). Es decir, que en atención a la importancia político criminal que tiene la violencia de género y familiar se agrava la condena en los supuestos que se quebranta una medida de las recogidas en el art. 48 CP para proteger a alguna persona contemplada por el 173.2.¹¹⁹ En términos generales, el bien jurídico protegido con esta figura es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, que el última instancia como establecen SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO¹²⁰, consiste en “*el cumplimiento de ciertas resoluciones judiciales*”.

La conducta consiste en quebrantar una condena, entendiendo por ello contravenir lo dictado por un Juez o Tribunal en virtud de una Sentencia¹²¹. No obstante no siempre se encuadrará en esta figura delictiva el quebrantamiento de una condena judicial sino que se reserva para aquellos casos en los que se contraviene una condena penal¹²², aunque tampoco para todas ellas, pues no encajará en este tipo tampoco el quebrantamiento de una multa.¹²³

¹¹⁷ Así lo entiende MUÑOZ CONDE en la medida en que la lesión o malformación se aprecia con el transcurso del tiempo resultando difícil determinar el momento de su causación y la certeza de que se deba a la conducta del sujeto y también porque todavía a día de hoy se desconoce el origen de algunas enfermedades y problemas prenatales, lo que imposibilita achacarlo con certeza a la conducta realizada. Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal parte especial*, cit. p. 126.

¹¹⁸ SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal parte especial*, cit. p. 132.

¹¹⁹ El art. 57 CP obliga en todo caso a la imposición de una de las medidas del art. 48 (privación de aproximación a la víctima o a sus familiares, prohibición de comunicación con la víctima, prohibición de regresar al lugar donde se cometió el delito o donde resida la víctima y prohibición de residir en determinados lugares) cuando se comete un acto violento contra una de las personas protegidas por el 173.2 antes mencionado.

¹²⁰ SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal parte especial*, cit. p. 918.

¹²¹ Que en virtud del art. 17.2 LOPJ son de obligado cumplimiento para todos, tanto particulares como Administraciones Públicas, autoridades o funcionarios, corporaciones y entidades públicas o privadas.

¹²² SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal parte especial*, cit. p. 919.

¹²³ QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Thomson Reuters, 8ª edición Pamplona, 2009.

El sujeto activo es aquel que esté en situación de poder quebrantar su condena, por tanto solo puede cometer el delito aquel sobre el que recaiga la pena impuesta. Ello guarda especial relevancia respecto de los supuestos en los que la propia víctima que se trata de proteger participa en la acción de contravenir la medida impuesta (sobre todo en supuestos como nuestro caso, de vuelta a la convivencia conyugal pese a estar presente una orden de alejamiento). En este sentido algún autor entiende que a falta de prever legalmente un sistema de participación material en el delito de quebrantamiento de condena (es decir regular los casos de inducción o cooperación en este delito) se presume la voluntad legal de no sancionar al participe en el quebrantamiento de las condenas cuando estamos hablando de situaciones en las que el sujeto condenado no está privado de libertad¹²⁴.

Es más, a efectos de quebrantamiento de las medidas contemplada por el art. 48, que es lo que a efectos de nuestro caso interesa, el TS vino a decir con su Sentencia de 25 de septiembre de 2005 que la voluntad de la víctima para cuya protección se dictó una de las mencionadas medidas supone el reconocimiento de querer revocar los efectos de la misma y por tanto enervar la tipicidad de la conducta del sujeto condenado. Es indudable el derecho de la mujer a reanudar la convivencia conyugal, pero esa voluntad debe manifestarse expresamente compareciendo voluntariamente ante el órgano judicial competente, para que el juez deje sin efecto la medida que funciona como obstáculo a ese deseo de retomar la convivencia.¹²⁵

Por último, el quebrantamiento de condena se configura como un delito doloso, que en caso de no estar presente la intención de quebrantar la medida impuesta (encontronazos casuales con la víctima) no será apreciado, y se aceptan formas imperfectas de ejecución (esto está más previsto para supuestos de escapismo y fuga que para quebrantamiento de órdenes de alejamiento).

3.3. Calificación de las distintas actuaciones de Marcial

De una lectura general del caso parece razonable entender que Marcial ha podido cometer hasta ocho delitos diferentes sobre los que nos hemos de pronunciar. En orden cronológico serían: la agresión producida en enero del año 2010; la agresión producida en marzo del mismo año, junto con una posible comisión de lesiones al feto; la agresión producida el 29 de septiembre del año 2012; un posible quebrantamiento de la condena como consecuencia de retomar la convivencia familiar; y las agresiones el 12 de octubre de 2013 a María y Elisa. Además, puede haberse cometido un delito de violencia habitual en el ámbito familiar.

En cualquier caso, antes debemos hacer referencia al papel que puede jugar la prescripción. Al decidir calificar los hechos a día de hoy, es posible que alguna de las acciones haya prescrito y no se pueda exigir responsabilidad penal por las mismas.

3.3.2. El factor de la prescripción

La prescripción supone la imposibilidad del Estado para valorar penalmente unos determinados hechos y atribuirle a su autor una determinada responsabilidad penal

¹²⁴ QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit. p. 1873.

¹²⁵ Así lo estableció el Tribunal Supremo en su Sentencia 61/2010.

como consecuencia del transcurso del tiempo¹²⁶. Entre sus fundamentos encontramos la ineficacia de la posible pena a imponer, el transcurso del tiempo y el principio de seguridad jurídica¹²⁷.

Los plazos de prescripción vienen marcados por el art. 131 CP, varían en función de la pena que lleve aparejada cada delito en concreto. Así, la redacción actual del mencionado artículo¹²⁸, determina que los delitos que lleven aparejada una pena de prisión de quince años o más, prescriben a los veinte años; los que estén castigados con pena de inhabilitación superior a diez años, o prisión superior a diez e inferior a quince, prescriben a los quince años; los delitos con pena recogida de prisión o inhabilitación superior a cinco años e inferior a diez, prescriben a los diez años; el resto de delitos prescriben a los cinco años excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben en el plazo de un año.

El plazo de prescripción de los delitos, de acuerdo con el art. 132 CP, comienza a correr desde el día en que se haya cometido la infracción punible¹²⁹, y en casos de delito continuado o delitos que requieran habitualidad, correrá desde el día en que “*se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta*”. En virtud del apartado segundo del citado artículo, dicho plazo de prescripción se interrumpe cuando “*el procedimiento se dirija¹³⁰ contra la persona indiciariamente responsable del delito, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena*”. También suspende el plazo de prescripción la querrela o denuncia formulada ante órgano judicial en la que se identifique a una persona como responsable de unos hechos constitutivos de delito, por un máximo de seis meses, tiempo en el que si se iniciase el procedimiento contra el denunciado se retrotraería la interrupción del plazo de prescripción al momento de formularse la querrela o denuncia, y en caso de inadmitirse las mismas o recaer resolución firme que acuerde no dirigir un procedimiento contra el denunciado, seguirá corriendo el plazo desde el punto en que lo dejó al momento de formularse aquella.

Por último, señalar que en los supuestos de “*tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, trata de seres humanos, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*” si la víctima fuese menor de edad el plazo de prescripción comienza a correr desde el día en que la misma

¹²⁶ El Tribunal Supremo (STS 1146/2006) la describe como la “*expresa renuncia por parte del Estado del derecho a juzgar en razón a que el tiempo transcurrido borra de alguna manera los efectos de la infracción*”.

¹²⁷ El Tribunal Supremo manifestó en su Sentencia 144/1998 que “*la incertidumbre de la respuesta jurídica no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, y mucho menos en el campo penal, por lo que es necesario marcar legalmente el tiempo durante el cual puede ejercitarse la pretensión punitiva*”.

¹²⁸ En este sentido hacer mención a que la redacción anterior a la reforma del Código Penal del año 2015 no empleaba el término “delito leve” sino falta, para las cuales marcaba un plazo de prescripción de seis meses.

¹²⁹ En delitos cometidos de forma imprudente el plazo comienza a computarse desde el día en que se produce el resultado material y no desde aquél en que se realizase la acción. Vid. STS de 1 de junio de 1999.

¹³⁰ Se entiende dirigido el proceso contra una persona desde el momento en que se dicte resolución judicial motivada en la que se atribuya su presunta participación en un hecho constitutivo de delito.

cumpliese la mayoría de edad o desde la fecha de fallecimiento en caso de que fallezca antes de cumplirla.

3.3.3. Agresión de enero del año 2010

Tal como narra el caso, la agresión producida en enero del año 2010 el primer episodio de una larga lista de hechos violentos cometidos por Marcial en el ámbito familiar. Así, el caso nos dice que Marcial propina un golpe en la cara a María, produciéndole un derrame en el ojo derecho, como consecuencia de un ataque de celos por encontrarla hablando con un amigo suyo por teléfono.

Considerando probados los hechos que narra el caso, la conducta de Marcial constituiría, como hemos visto, un delito leve de lesiones¹³¹ (antigua falta, antes de la reforma del año 2015), pero que se eleva a delito como consecuencia del art. 153 CP. Al tratarse de la mujer, es de aplicación el 153.2 que impone la pena de prisión de entre seis meses y un año, o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y la privación del derecho a tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años. Además, a la vista del art. 153.3, dicha pena será impuesta en su mitad superior en la medida en que el delito se perpetró en el domicilio común (el caso dice “*cuando Marcial llega a casa después de trabajar*”).

Pudiera parecer aceptable la consideración de los celos de Marcial como una circunstancia atenuante del art. 21.3 CP (“*obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*”). No obstante, no considero que los celos originados por ver a su mujer hablando con un amigo por teléfono constituyesen un estímulo “tan poderoso” que merezca la consideración de circunstancia atenuante de la responsabilidad penal, en la medida en que el Tribunal Supremo¹³² entiende que “*ha de tratarse de un estímulo tan potente, energético y eficaz que haya generado necesariamente una perturbación mental en el sujeto con alguna disminución de sus capacidades de conocer lo que hacía o de actuar de otra manera distinta*”.

Al tratarse de un delito cometido en el año 2010, en virtud del artículo 131 CP se encontraría prescrito a día de hoy, dado que lleva aparejada una pena de prisión inferior a cinco años y, por ese motivo, prescribe a los cinco años (enero del año 2015).

3.3.4. Agresión de marzo del año 2010

El caso narra que, tras increpar telefónicamente a María para que ésta regrese a casa, Marcial le propina dos golpes en la barriga. Dando por probados esos hechos, la conducta constituye nuevamente un delito leve de lesiones (antigua falta de lesiones, antes de la reforma del Código Penal del año 2015), en la medida en que no se produjo una lesión de entidad suficiente que requiera tratamiento médico o quirúrgico para sanar. No obstante, en virtud del art. 153.2 CP esos hechos se elevan a la categoría de delito cuya pena aparejada es de prisión entre seis meses y un año, trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y privación del permiso de tenencia y porte de armas por un periodo entre un año y un día y tres años. Dicha pena será

¹³¹ En la medida, recordemos, de que no se ha producido una lesión de entidad suficiente que requiera tratamiento médico o quirúrgico.

¹³² Vid. STS 95/2008.

impuesta en su mitad superior en aplicación del art. 153.3 CP, en la medida en que la agresión se cometió en el domicilio común (*“cuando ésta finalmente vuelve a casa, Marcial le propina dos puñetazos en la barriga”*).

Al igual que en el caso anterior, en aplicación del art. 131 CP este delito estaría prescrito en la medida en que se han cumplido cinco años desde la fecha de su comisión (prescrito desde marzo del año 2015).

La cuestión que más debería de reclamar nuestra atención en cuanto a este episodio agresivo es la referente al estado de embarazo avanzado de María. Estamos hablando de una agresión producida en el mes de marzo del año 2010, y el propio caso nos dice a continuación que *“en el mes de abril de 2010, nace Elisa, hija de María y Marcial”*, es decir, que tratándose de un embarazo normal y sin complicaciones, María se encontraba embarazada de ocho meses, aproximadamente. No escapa de toda lógica la peligrosidad que conlleva una conducta como la de Marcial, al poder producir un daño irreparable al futuro bebé, un daño grave a la Madre e incluso un posible aborto o la muerte de la madre.¹³³ Como hemos visto, se requiere producir una lesión o enfermedad grave que afecte al normal desarrollo del feto, o una grave tara física, tanto en la modalidad dolosa como la imprudente de los arts. 157 y 158 CP respectivamente. El caso no lo dice, por lo que parece razonable no imputar este delito a Marcial, pero no obstante sí parece lógico hacer mención a la peligrosidad que conllevó su conducta y a los peligros potenciales que podría haber ocasionado, sin perjuicio de que por una mera cuestión de suerte no se produjo ninguno de ellos.

3.3.5. Agresión del 29 de septiembre del año 2012

Este episodio constituye el más violento y grave de todos en la lista de agresiones de Marcial, en la medida en que ocasionó el ingreso hospitalario de María hasta el 12 de diciembre del mismo año, requiriendo para su curación intervenciones quirúrgicas en el hígado y en el bazo. Además, como consecuencia de esta paliza, el caso narra que María presenta cicatrices en el rostro. Los mencionados hechos constituyen de forma flagrante¹³⁴ un delito de lesiones, que podría tratarse del tipo más grave tipificado en el art. 149 CP, el cual impone una pena de prisión de seis a doce años a quien *“causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica”*. El supuesto que nos habilita para considerar la conducta subsumible en este tipo delictivo

¹³³ J. MACÍAS SEDA, J.L. ÁLVAREZ GÓMEZ y M.A. ORTA, Profesora asociada del Departamento de Enfermería de la Universidad de Sevilla, Catedrático del Departamento de Enfermería de la Universidad de Sevilla y Facultativo especialista de área del Hospital Maternal Virgen del Rocío de Sevilla, respectivamente, en su artículo *“Traumatismos en la embarazada”* señalan que los traumatismos aumentan la incidencia de abortos espontáneos, parto pretérmino, *abruptio* de placenta y muerte fetal, reconociendo el mayor peligro que conllevan cuanto más avanzado está el embarazo, en especial a partir de la semana 16, constituyendo la principal causa no obstétrica de muerte materna en los países industrializados. Reconocen también los malos tratos como una de las causas de traumatismos más frecuentes, considerando la violencia doméstica como un problema de salud pública.

¹³⁴ Se cumple el requisito de necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, que queda demostrado a la luz de los hechos narrados por el caso.

es la causación de una grave deformidad, al decírsenos en el caso que María presenta secuelas visibles en la cara.¹³⁵

En caso de no apreciar una deformidad de carácter grave, sino una simple deformidad facial¹³⁶, se imputaría un delito tipificado en el art 150 CP, condenando a una pena de prisión de tres a seis años. Este delito no estaría prescrito, principalmente porque al llevar aparejada una pena de prisión de entre tres a seis años (si consideramos la deformidad no grave) o de seis a doce (si consideramos la deformidad grave) los plazos de prescripción serían de diez y quince años, respectivamente, que como podemos apreciar no se han cumplido. Además, debemos tener en cuenta que el hecho de que María denuncie a Marcial y que el Juez dicte una orden de alejamiento supone dirigir un procedimiento contra el maltratador, hecho que suspende el cómputo del plazo de prescripción desde la fecha de interposición de la denuncia (art. 132.2. CP).

Es en este punto, cuando hay que hacer referencia al posible quebrantamiento de condena cometido por Marcial. Recordemos que el art. 468.1 CP condena a quienes “*quebrantasen su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia*” a una pena de prisión de entre seis meses y un año cuando estuviesen privados de libertad, y en caso contrario a una pena de multa de entre 12 a 24 meses. En nuestro caso Marcial no está privado de libertad al momento de retomar la convivencia familiar en diciembre del año 2010 lo que supondría imponer la pena de multa, pero precisamente ese hecho supone infringir la orden de alejamiento impuesta como consecuencia de la denuncia de María en virtud del art. 48 CP, lo que supone una pena de entre seis a doce meses de prisión en aplicación del art. 468.2 CP.

Lo que determinará si se cometió este delito o no será que María haya manifestado su voluntad de retomar la convivencia familiar o no. Como se ha mencionado anteriormente¹³⁷ el Tribunal Supremo (Sentencia 61/2010) determinó que la víctima “*deberá comparecer voluntariamente ante el órgano judicial competente e instar del juez la consiguiente resolución que, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, podrá dejar sin efecto el obstáculo para el restablecimiento de la comunicación y la convivencia*”. Como no conocemos si esa circunstancia se produjo o no, no podemos concluir la comisión del ilícito. Una u otra posibilidad dependerá de que se haya solicitado al Juez por parte de María la retirada de la orden de alejamiento para poder reiniciar la convivencia familiar.

3.3.6. Agresión del 12 de octubre del año 2013

La agresión cometida por Marcial el 12 de octubre del año 2013 se configura como el último de los episodios violentos que narra el caso. En esta ocasión la agresión

¹³⁵ En atención a diversa jurisprudencia, el hecho de que María presente cicatrices en la cara constituye un supuesto de deformidad a la luz del art. 149. CP. El Tribunal Supremo manifestó en su Sentencia 841/2009 que “*las heridas en el rostro que exigen puntos de sutura, con el consiguiente vestigio estético derivado de la acción medica orientada a restañar esas heridas, encuentra pleno encaje en la deformidad*”.

¹³⁶ El caso no es claro acerca de la gravedad de las cicatrices de María. La STS 396/2002 manifestó que “*no toda secuela que afecte al rostro deba inexorablemente enmarcarse en el ámbito del art. 149, que habrá de quedar reservado a los supuestos de degradaciones estéticas de singular y manifiesta relevancia y notoriedad que desfiguren el rostro de modo ostensible*”.

¹³⁷ Vid. “3.2.4. Quebrantamiento de condena”

se dirige por un lado hacía su mujer, María, y por otro, hacia su hija Elisa. De la agresión a María se nos dice que le da un golpe en el vientre, y respecto de la agresión a Elisa (una niña de tres años) se indica que le provoca un derrame en el ojo derecho.

Ambas conductas serán calificables como delitos leves (antiguas faltas antes de la reforma del Código Penal del 2015, como en los casos anteriores, elevadas a la categoría de delito en aplicación del art. 153.2 CP. La agresión a María, que no le produce una lesión en sentido estricto de acuerdo con los arts. 147 y ss. CP, llevaría aparejada una pena de prisión de entre seis meses a un año, o trabajos en beneficio de la comunidad por un periodo de entre treinta y uno y ochenta días y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas entre un año y un día y tres años. En relación con la agresión a su hija, tampoco calificable como lesión (no requiere tratamiento médico o quirúrgico), llevaría aparejada la misma pena, pues parece razonable entender que la previsión “*persona especialmente vulnerable*” que realiza el 153.2 CP alcanza el caso de una niña de tres años y medio, añadiendo también en este caso la posibilidad, en aplicación del mismo artículo, de acordar la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de Marcial respecto a la víctima.¹³⁸

No habría prescrito ninguna de las dos acciones, puesto que no se ha cumplido el plazo de cinco años marcado para este supuesto por el artículo 131 CP. Además, en relación a la agresión a Elisa, el plazo de prescripción de la misma comenzaría a correr a partir del mes de abril del año 2028, en aplicación del artículo 132.1 CP, fecha en la que Elisa alcanzaría la mayoría de edad (18 años). En cualquier caso, se nos dice que María llama a la policía y que ésta las traslada hasta el hospital, lo que parece indicar que se inicia un procedimiento de oficio contra Marcial que supondría la paralización del plazo de prescripción, tal como se ha expuesto anteriormente.

Dice el caso también que el acontecimiento de estos hechos provoca a María un episodio de ansiedad que acaba derivando en padecimiento de un infarto. Respecto de tal evento, no encontramos razones para imputar responsabilidad por el mismo a Marcial. No se trataría de un homicidio en grado de tentativa en la medida en que el dolo iba dirigido exclusivamente a un posible resultado de lesiones (golpe en la barriga), ni tampoco de un delito de lesiones graves por idéntico motivo. Para la producción de un infarto al corazón es necesario que previamente ya hubiese anomalías en la salud de María, actuando únicamente como desencadenante el comportamiento de Marcial, pero no es imputable al mismo.

Respecto de la cuestión de la drogadicción y del test positivo en alcohol realizado por la policía, parece razonable entenderla como atenuante subsumible en el artículo 20.7 CP, que determina el carácter atenuante de “*cualquier otra circunstancia de análoga significación*” al resto de circunstancias atenuantes previstas por el citado artículo, entre las que se encuentra la eximente incompleta (atenuante) por grave adicción (art. 21.1 CP en relación con el art. 20.2 CP) y la de actuar el culpable a causa de su grave adicción (art. 21.2 CP). La eximente, completa o incompleta, requiere una “*alteración psíquica que impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar*”

¹³⁸ Vid. Art. 153.2 CP: “*cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años*”.

conforme a esa comprensión”¹³⁹, extremo que no se da en nuestro caso porque Marcial ya venía actuando de forma similar desde años antes, y la circunstancia atenuante del art. 21.2. CP requiere que sea la grave adicción lo que motive al sujeto a delinquir, lo que no se da en nuestro caso.¹⁴⁰

Así, parece razonable entender aplicable una atenuante analógica¹⁴¹, que está prevista con carácter general, tal como señaló el Tribunal Supremo en su Sentencia 16/2009, de 27 de enero, para los supuestos en que “*la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa*”. Así lo entendemos, en la medida en que, como se ha dicho, Marcial ya venía actuando de forma similar con el tiempo, incluso de forma más grave (la agresión que ocasiona la hospitalización de María).

3.3.7. Delito de violencia habitual en el ámbito familiar

A la luz de todas las agresiones narradas y calificadas como delitos, parece razonable entender la concurrencia de un delito de violencia habitual en el ámbito familiar. La habitualidad que exige el art. 173.2 parece verse cumplida más que de sobra, si bien es cierto que se cabría alguna reserva acerca de la falta de cercanía temporal entre las agresiones. No obstante, parece acertado entender que sí se da este delito en la medida en que se da ese ambiente hostil y de temor que establece necesario la jurisprudencia para la apreciación del mismo¹⁴².

Como se ha dicho anteriormente, el hecho de que las dos primeras agresiones (enero y marzo del año 2010) estén prescritas no impide su valoración a efectos de determinar la existencia o no de un ambiente de violencia y temor,¹⁴³ ni tampoco el hecho de que María solo haya denunciado tres de las agresiones (la que la hospitaliza en septiembre del año 2012 y las sucedidas en octubre del 2013 contra Elisa también), sino que todas las agresiones son computables a efectos de determinar la existencia de este delito.¹⁴⁴

Dicho lo anterior, se impondría una pena de prisión de entre seis meses y tres años de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y si el juez o tribunal lo estimase adecuado al interés del menor, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad de uno a cinco años. Además, de acuerdo con lo establecido por el art. 173.2 en su párrafo segundo, la pena será impuesta en su mitad superior dado que los actos (el precepto solo requiere “*alguno o algunos de los actos*”)

¹³⁹ Vid. STS 1312/2004.

¹⁴⁰ Por ejemplo, un drogadicto que roba para poder costearse la droga.

¹⁴¹ En virtud del art. 66 CP: “*cuando concurra una sola circunstancia atenuante, la pena habrá de imponerse en la mitad inferior de la prevista en la norma*”.

¹⁴² Vid. *Supra* “Delito de violencia en el ámbito familiar”.

¹⁴³ STS 592/2004: “*no por exonerarse al sujeto activo de la acción de su responsabilidad penal puede deducirse de ello que quede borrada y sin efecto probatorio alguno la realidad fáctica de sus acciones agresoras, y, por tanto, su empecinamiento y habitualidad en ser llevadas a cabo*”.

¹⁴⁴ En este sentido recordemos ni siquiera es necesario probar cada concreto acto de violencia. Así lo manifestó el Tribunal Supremo en su Sentencia 1151/2009 al decir que “*no es necesaria la prueba individualizada de cada acto violento, bastando la inferencia que desde o acreditado quepa hacer de dicha reiteración de actos violentos*”.

se han cometido en el domicilio común.¹⁴⁵ Todo ello sin perjuicio de las penas individualizadas de los distintos actos (todas las agresiones) que suponen la apreciación de este delito, tal como establece el art. 173.2 CP.

Por último, en relación con la prescripción, este delito no estaría prescrito en la medida en que el plazo de prescripción de este delito empieza a correr, recordemos, a partir del último acto que lo ocasiona.¹⁴⁶

3.4. Recapitulación

A la luz de todo lo expuesto, procede afirmar la comisión por parte de Marcial de los siguientes delitos:

-En relación con la agresión de enero de 2010 un delito de lesiones tipificado por el artículo 153.2 CP con una condena de prisión de seis meses a un año, o trabajos en beneficio de la comunidad por un período de entre treinta y uno y ochenta de días y privación del permiso de tenencia y porte de armas de entre un año y un día y tres años, a imponer en su mitad superior por haberse perpetrado en el domicilio común.

-En relación con la agresión de marzo de 2010 un delito de lesiones tipificado por el artículo 153.2 CP idéntica al caso anterior.

-En relación con la agresión del 29 de septiembre de 2012 un delito de lesiones tipificado o bien por el art. 149 CP o bien por el art. 150 CP, en función de la gravedad de las cicatrices faciales de María, con una pena de prisión de seis y doce años o de tres y seis años, respectivamente.

-En relación con la agresión a María el 12 de octubre de 2013 un delito de lesiones tipificado por el artículo 153.2 CP con pena idéntica a las dos primeras agresiones de enero y marzo del año 2010.

-En relación con la agresión a Elisa el 12 de octubre de 2013 un delito de tipificado por el artículo 153.2 CP idéntica a los casos anterior con la salvedad de poder acordar la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad de Marcial respecto a Elisa.

-En relación con todas las agresiones narradas, un delito de violencia habitual en el ámbito familiar tipificado por el artículo 173.2 CP y con una pena de prisión de entre seis meses y tres años y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, a imponer en su mitad superior por haberse cometido al menos alguno de los actos en el domicilio común.

¹⁴⁵ El precepto señala que se impondrán las penas en su mitad superior “cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 (...) o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”. Conocemos de forma cierta que se cometieron algunos de los actos en el domicilio común, lo que basta para aplicar este precepto, pero respecto de la cuestión de haberse cometido alguno de los actos quebrantando la orden de alejamiento no lo podemos afirmar ni negar al no poder determinar con exactitud si la orden se retiró o no, tal como se ha expuesto anteriormente en relación a la comisión de un posible delito de quebrantamiento de condena.

¹⁴⁶ Vid. STS 580/2006.

Cuestión 4.- Examinar la validez jurídica y las acciones a llevar a cabo por Manolo, con respecto a la cuenta bancaria y a los dos inmuebles vendidos por María a Eustaquio y a Miriam. Especificar qué derechos ostentan cada uno sobre el inmueble citado

4.1. Apertura de la sucesión tras la declaración de fallecimiento

4.1.1. La apertura de la sucesión de Manolo

La primera cuestión que se debe analizar en orden a responder a la cuarta pregunta del caso es una de las consecuencias que lleva aparejada la declaración de fallecimiento en el orden patrimonial, relativa a la sucesión de la persona declarada fallecida.¹⁴⁷ La sucesión *mortis causa* se configura como la sustitución de una o varias personas en el conjunto de las relaciones jurídicas transmisibles que correspondían a una persona al tiempo de su muerte. Establece el artículo 657 CC que “*los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*”, pero como es sabido, no nos encontramos ante un supuesto de muerte comprobada sino presunta. No obstante, se equipara a efectos de sucesión la muerte cierta con la presunta en la medida en que el artículo 196 CC manifiesta “*firme la declaración de fallecimiento del ausente, se abrirá la sucesión en los bienes del mismo*”¹⁴⁸, procediéndose a su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaria o abintestato, según los casos, o extrajudicialmente.” Ello con la salvedad de las limitaciones y cautelas que el art. 196 exige en sus apartados siguientes, pero cumplidas aquellas, los llamados a suceder al declarado fallecido que aceptasen la herencia se configurarían como verdaderos herederos, al igual que en un supuesto de sucesión *mortis causa* donde se constate fehacientemente la muerte.

De los datos que ofrece el caso objeto de resolución parece razonable alcanzar tres conclusiones: en primer lugar, evidente que Manolo y María estaban unidos en matrimonio (celebrado en el año 1996); en segundo lugar que de dicho matrimonio no nació ningún hijo¹⁴⁹; y, por último, que los ascendientes de Manolo (padres o abuelos) no le han sobrevivido.¹⁵⁰ En este marco, y al no haber otorgado testamento de cualquier tipo, sería María la llamada a suceder a Manolo en calidad de heredera abintestato en virtud de los artículos 930 y ss. CC, que determinan en su conjunto el orden del llamamiento en caso de sucesión intestada¹⁵¹, siendo llamado el cónyuge a la sucesión

¹⁴⁷ La declaración de fallecimiento también conlleva otras consecuencias patrimoniales que no afectan a nuestro caso, como por ejemplo en materia de prestaciones de la Seguridad Social, sobre contratos de arrendamiento en los que intervenga el declarado fallecido o sobre derechos de explotación de la propiedad intelectual.

¹⁴⁸ Más allá de “en los bienes del mismo” entiende GUINEA FERNÁNDEZ que se deberá abrir también en los derechos y obligaciones que formasen parte del patrimonio del causante y, por ende, del caudal hereditario. Vid. *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, cit p. 269.

¹⁴⁹ Podemos llegar a esa conclusión en la medida en que, de igual forma que se dice explícitamente que nació una niña fruto del nuevo matrimonio entre Marcial y María, se podría decir del existente entre Manolo y María, pero no se hace.

¹⁵⁰ Parece razonable presumir esa idea tras una lectura general del caso, pues no menciona lo contrario.

¹⁵¹ El mismo orden se aplicaría en caso de que entendiésemos que Manolo ostentaba la vecindad civil gallega, pues, la Ley de Derecho Civil de Galicia no regula este ámbito y, por ello, se aplica subsidiariamente el régimen del CC.

después de los descendientes y ascendientes. Como se ha dicho anteriormente¹⁵², el auto judicial que estime la declaración de fallecimiento debe de fijar el momento en que la muerte se entiende sucedida, siendo tal momento al que se deba retrotraer la apertura de la sucesión, lo que determinará el llamamiento a la misma.

4.1.2. Limitaciones en la sucesión derivada de la declaración de fallecimiento

Se hacía mención antes en este trabajo a la equiparación entre los herederos indistintamente de que lo sean de una persona fallecida o una persona declarada fallecida, con una serie de reservas en este último supuesto. Dichas limitaciones son tres, recogidas por el art 196 CC en sus párrafos segundo, tercero y cuarto respectivamente; están contempladas para proteger la posición del declarado fallecido en caso de que reaparezca.

a) Prohibición de disponer a título gratuito

El art. 196 CC recoge en su párrafo segundo la prohibición a los herederos de “*disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento*”. Así, el llamado a la sucesión del declarado fallecido (María) no podría disponer de los bienes heredados a título gratuito hasta transcurridos cinco años de recaer la declaración de fallecimiento, pero sí podría hacerlo a título oneroso. Señala GUINEA FERNANDEZ¹⁵³ que en virtud del art.197¹⁵⁴ CC esta prohibición no alcanza a los frutos y rentas obtenidos con los bienes heredados, por lo que sí se podría disponer a título gratuito de los mismos.

De acuerdo con los artículos 2.4 y 26.1 de la Ley Hipotecaria, y de acuerdo con el artículo 10 del Reglamento Hipotecario, esta prohibición legal de disponer debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad haciéndose constar expresamente el plazo de cinco años de prohibición.

b) Prohibición de entrega de los legados

El párrafo tercero del art. 196 CC impone también un plazo de cinco años que, hasta el momento en que se cumpla, supondrá que “*no serán entregados los legados, si los hubiese, ni tendrán derecho a reclamarlos los legatarios, salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador o los legados en favor de Instituciones de beneficencia*”.

En opinión de GUINEA FERNÁNDEZ debería de reformarse este extremo para permitir la entrega de legados desde el momento de apertura de la sucesión (aquel que fije el auto judicial como momento de la muerte presunta), siendo de aplicación el contenido del art. 197 CC para el supuesto en que reaparezca el declarado fallecido.¹⁵⁵ En nuestro supuesto no nos afecta esta prohibición, pues como se ha dicho anteriormente, nos encontramos ante una sucesión intestada en la que, a falta de testamento, no existen legados.

¹⁵² Vid. *Supra* “1.1 La declaración de fallecimiento”.

¹⁵³ GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, cit. p. 282.

¹⁵⁴ Vid. *Infra*. “4.3.1. Derecho de recobro de los bienes”.

¹⁵⁵ GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, cit. p. 288.

c) Obligación de realizar un inventario

En su último párrafo el art. 196 CC impone la obligación “*ineludible de los sucesores, aunque por tratarse de uno solo no fuese necesaria partición, la de formar notarialmente un inventario detallado de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles*” que, en virtud del art. 198.6 CC deberá ser inscrito en el Registro central y público de ausentes.

Respecto de la omisión de esta obligación no se contemplan de forma expresa las consecuencias. GUINEA FERNÁNDEZ¹⁵⁶ entiende que el poder de disposición de los bienes no está supeditado a la conclusión del mencionado inventario, sino que la facultad de disposición solo viene determinada por la fecha de la declaración de fallecimiento¹⁵⁷. En nuestro caso desconocemos si se ha procedido o no a la elaboración del citado inventario, pero, para el supuesto en el que no se hubiese realizado, siempre podríamos acudir al principio general de responsabilidad por acción u omisión del art. 1902 CC.¹⁵⁸

4.2. Liquidación de la sociedad de gananciales

Es importante analizar la cuestión relativa a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales que parece mediar en nuestro caso. En virtud del art. 1344 CC “*mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella*”. Es cierto que en el texto que introduce el caso a resolver nada se dice acerca de la existencia de una sociedad de gananciales en el matrimonio entre Manolo y María, pero ello es presumible en la medida en que el propio texto habla de bienes privativos y de bienes comunes, terminología empleada a efectos de la sociedad de gananciales.

Además, en virtud del art. 1316 CC “*a falta de capitulaciones o cuando estas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales*”. Es decir, que a falta de conocer que el régimen económico de ese matrimonio es otro distinto, acudimos a la norma supletoria de carácter general que nos sirve como fundamento para afirmar que en el matrimonio entre Manolo y María regía un régimen económico de gananciales. Esta sociedad de gananciales es necesario que se disuelva antes de abrir la sucesión del declarado fallecido y, además, la disolución del matrimonio (en virtud del art. 85 CC la declaración de fallecimiento disuelve el matrimonio) se constituye como un supuesto de disolución automática de la sociedad de gananciales en virtud del art. 1932 CC. Además de la disolución, en orden a proceder a la apertura de la sucesión de Manolo en los términos expuestos en el epígrafe anterior es necesario liquidar la sociedad de gananciales.¹⁵⁹

¹⁵⁶ GUINEA FERNANDEZ, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, cit. p. 297.

¹⁵⁷ Si bien es cierto que es necesario el inventario para que la adjudicación de los bienes sea válida, pues, si no, no se recogería esta exigencia incluso para los supuestos de sucesión universal en los que no es necesario realizar una partición.

¹⁵⁸ “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado*”.

¹⁵⁹ Existe la posibilidad de que permanezca una sociedad post-ganancial, una vez disuelto el matrimonio, pero en nuestro caso es necesario liquidarla en la medida en que a Manolo se le tiene por muerto.

El art. 1396 CC establece que “*disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad.*” BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO describe la liquidación de la sociedad de gananciales como “*el conjunto de operaciones que tienen lugar después de la disolución de este régimen económico-matrimonial y que se dirigen a la concreción del haber partible entre los cónyuges y la división entre ambos de los bienes del matrimonio*”.¹⁶⁰ Los bienes que integran el activo en este inventario los determina el art. 1397 del CC: los bienes gananciales existentes al momento de la disolución¹⁶¹, el importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados y el importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo solo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra este. Por el contrario, los bienes que integran el pasivo en el inventario de la sociedad, los marca el art. 1398 CC y se integran por aquellas deudas pendientes a cargo de la sociedad (arts. 1362 y 1363 CC¹⁶²), el importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad, y el importe actualizado de las cantidades que fuesen de cargo de la sociedad y hubiesen sido pagadas por un solo cónyuge.

Una vez realizado el inventario y de acuerdo con el art. 1399 CC se procederá en primer lugar al pago de las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias. Una vez satisfechas las deudas de la sociedad el art. 1404 CC determina que “*el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos*”. He ahí la importancia de mencionar la sociedad de gananciales, que en nuestro caso no se menciona de forma explícita, pero que se presume en la medida en que se habla de un piso común y de otro privativo de Manolo.

4.3. Consecuencias patrimoniales de la reaparición de Manolo

La reaparición del declarado fallecido constituye, junto con las noticias sobre el mismo o su prueba de muerte cierta, uno de los supuestos que extinguen los efectos de la declaración de fallecimiento. Para lograr la revocación de los efectos de la declaración la circunstancia motivadora debe señalarse judicialmente en forma de auto de acuerdo con el régimen dispuesto por el art. 2043 de la LEC de 1881¹⁶³ (previo expediente judicial correspondiente y con intervención del Ministerio Fiscal) y, de acuerdo con lo dispuesto por el párrafo segundo del art. 179 RRC, deberá procederse a la inscripción de dicho auto.

La revocación de los efectos de la declaración de fallecimiento de Manolo como consecuencia de su reaparición el 4 de enero de 2014, hace necesario analizar qué posibilidades se le ofrecen al mismo en orden a recuperar su patrimonio. Es el art. 197

¹⁶⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, *Manual de Derecho Civil, Derecho de familia*, cit. p.172.

¹⁶¹ En este sentido se incluyen también los derechos reales y los derechos de crédito que la sociedad de gananciales ostente frente a terceros.

¹⁶² Como, por ejemplo, el sostenimiento de la familia, la adquisición o disfrute de bienes comunes o las obligaciones extracontractuales de uno de los cónyuges consecuencia de su actuación en beneficio de la comunidad o de su administración.

¹⁶³ *Vid. Supra*. “1.1. La declaración de fallecimiento” a efectos de la vigencia de la LEC 1881 en este ámbito.

CC el que contempla las posibilidades que el reaparecido tiene: “*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 (...).*”

4.3.1. Derecho de recobro de los bienes

La primera de las posibilidades ofrecidas por el mencionado artículo es la de recobrar los bienes patrimoniales que formaron el caudal hereditario, configurándose de esta manera el reconocimiento de una acción *sui generis*¹⁶⁴ al declarado fallecido que reaparece, distinta de la acción reivindicatoria (no se reclama un bien en base a un mejor derecho) y a la petitoria de herencia (no se reclama un patrimonio hereditario). El derecho de recobro de los bienes del reaparecido se extiende a todo su patrimonio, es decir, a todos los bienes, derechos y acciones transmitidos, pero “*en el estado en que se encuentren*”.

Esa mención al estado en que se encuentren supone dos cosas: por un lado que el reaparecido no deberá devolver los incrementos en el valor de los bienes que formasen su patrimonio ni tampoco tendrá derecho a reclamar perjuicios o deterioros en los mismos; y por otro lado, el reaparecido deberá soportar las cargas y gravámenes que recayesen sobre sus bienes mientras los poseyese el sucesor¹⁶⁵.

De no ser posible recuperar los bienes, en el estado en que se encuentren, el artículo reconoce la posibilidad de obtener el precio obtenido con los actos de disposición realizados sobre los mismos. Esto se prevé para no atacar las disposiciones que el sucesor llevó a cabo sobre los bienes del declarado fallecido en base a una situación en la que el propio ordenamiento jurídico lo colocó, al convertirlo en heredero y hacerle creerse dueño de los mismos.¹⁶⁶ Parece razonable entender que más allá de la referencia de la norma al precio obtenido se pueden incluir otros supuestos en los que se transfiere la propiedad a cambio de una contraprestación no pecuniaria, como por ejemplo la permuta.¹⁶⁷

Lo anterior hace necesario mencionar lo que pasaría si hablásemos de un acto de disposición a título gratuito. Si se celebrase cumplido el plazo de cinco años marcado por el 196 CC, el declarado fallecido tendría que soportarlo sin poder hacer nada al respecto. No obstante, si se realizase antes de cumplido dicho plazo, el negocio jurídico en cuestión podría ser impugnado por el reaparecido, siendo posible alegar por parte del adquirente de buena fe el derecho de prescripción adquisitiva que le reconoce el art. 34 de la Ley Hipotecaria.¹⁶⁸

¹⁶⁴ GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, cit. p. 386.

¹⁶⁵ En el supuesto de que se hubiese constituido un derecho real de hipoteca sobre uno de los bienes, sería oponible por parte del tercero frente a Manolo, pero este tendría derecho a aquello que el sucesor hubiese obtenido a cambio, subrogándose en su posición jurídica frente al tercero.

¹⁶⁶ Siempre que se trate de disposiciones a título oneroso o, en caso de ser a título gratuito, se halla cumplido el plazo de 5 años marcado por el art. 196 CC.

¹⁶⁷ GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, cit. pp. 392 y 393.

¹⁶⁸ Art. 34 LH: “*el tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no*

El art. 197 CC concluye estableciendo que el reaparecido “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.” En el supuesto de “presencia” del declarado fallecido también es necesario esperar a que la resolución revocatoria de la declaración adquiera firmeza para poder reclamar los frutos de forma retroactiva al momento de reaparición.¹⁶⁹

4.3.2. Subrogación real en los nuevos bienes adquiridos

El art. 197 CC introduce una tercera vía para que el declarado fallecido que reaparece pueda recuperar su patrimonio: “tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con este precio se hayan adquirido.” En este sentido se plasma la importancia que tiene la elaboración del inventario que marca el art. 196 CC, así como su actualización, para que se pueda conocer el precio por el que se ha vendido cada bien del patrimonio del declarado fallecido así como los nuevos bienes comprados con dicho dinero.¹⁷⁰

El art. 197 CC no expresa de forma clara el carácter alternativo o subsidiario de esta acción de subrogación real en los bienes adquiridos con el precio de los vendidos, pero parece razonable entender que se configura como una acción de carácter subsidiario para cuando no se pueda reclamar el precio obtenido con la enajenación de los bienes. Ello es así en la medida en que, si bien se pretende proteger al sujeto declarado fallecido para el supuesto de que reaparezca, también se debe proteger la posición de aquel que, como se ha señalado anteriormente, es el propio ordenamiento quien reconoce como sucesor del ahora reaparecido. Por esa razón, parece más razonable defender el carácter subsidiario de la acción subrogatoria en los nuevos bienes adquiridos respecto de la acción de recobro del precio obtenido, para evitar que el reaparecido pueda exigir la devolución del precio obtenido cuando este ya se ha invertido y, así, podrá efectivamente exigir el precio, pero una vez invertido solo podrá reclamar aquello que se hubiese adquirido con el mismo.

Con esta posibilidad se cierra el sistema de protección de los intereses del declarado fallecido, permitiéndosele en primer lugar recuperar los bienes en el estado que se encuentren, en caso de no ser posible reclamar el precio obtenido con su venta y por último si tampoco fuese posible reclamar los bienes obtenidos con dicho precio.

4.4. Recuperación del patrimonio de Manolo

Una vez expuesto el régimen previsto por el Código Civil para el supuesto de reaparición del declarado fallecido y en orden a la recuperación de su patrimonio, debemos analizar individualmente cada uno de los bienes por los que se nos pregunta en el caso.

consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que a que tuviere su causante o transferente”.

¹⁶⁹ GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, cit. p. 397.

¹⁷⁰ De lo contrario se podría incurrir en un supuesto de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la condición de sucesor

4.4.1. Análisis del piso propiedad de ambos cónyuges

En cuanto a ofrecer una respuesta respecto del piso propiedad de ambos cónyuges juega especial importancia la liquidación de la sociedad de gananciales a la que hacía mención antes.¹⁷¹

Al no mencionarse nada en el caso, entiendo que no existen cargas en la sociedad de gananciales a las que pudiesen quedar afectos los bienes de carácter común. Por lo tanto, al liquidarse la sociedad de gananciales la misma contaría con un haber integrado por un piso valorado en 240.000 € y una cuenta corriente que arrojaba un saldo positivo de 65.000 €. Dicho haber sería dividido a partes iguales entre cada uno de los cónyuges, y a efectos de esta pregunta, veríamos como cada uno de ellos obtendría 120.000 relativos al inmueble. En la práctica, María hace suya la totalidad del inmueble, pero hablando en sentido estricto, obtiene la mitad (120.000 €) como resultado de su derecho derivado de la liquidación de la sociedad de gananciales y la mitad restante como sucesora de Manolo (en virtud del art. 196 CC antes comentado).

En ello hallamos la respuesta a la cuestión relativa a recuperar esta parte de su patrimonio. Al revocarse la declaración de fallecimiento en virtud de la cual María sucedió a Manolo y obtuvo su mitad correspondiente al piso común del matrimonio, Manolo podría ejercer la acción de recobro de sus bienes que le ofrece el art. 197 CC. En este caso no recuperaría el bien en sí mismo sino el dinero por el cual el mismo fue vendido (*“tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido”*). El caso no se pronuncia respecto a si María conserva el dinero obtenido con la venta (si tiene liquidez), pero si María no fuese capaz de afrontar esa obligación de restituir 120.000 € a Manolo, este tendría derecho a obtener los bienes comprados con esa parte del dinero (correspondiente a Manolo) que María obtuvo al vender el piso (*“o a los bienes que con este precio se hayan adquirido”*). Respecto al derecho que ostenta Eustaquio sobre el piso, se trata de un derecho de propiedad obtenido en virtud del contrato de compraventa celebrado entre María y aquel, que no se revierte por el hecho de que Manolo reaparezca, sino que la recuperación del patrimonio de éste se efectúa por los cauces anteriormente explicados. De acuerdo con el artículo 34 LH mantiene su adquisición al tratarse de un adquirente de buena fe, en caso de haber inscrito su derecho de propiedad en el Registro, cosa que, presumimos, aconteció.

4.4.2. Análisis del piso privativo de Manolo

Si bien es cierto que, al momento de adquirir firmeza la declaración de fallecimiento, en virtud del art. 196 CC, se abrió la sucesión de Manolo, y María lo sucedió universalmente¹⁷² (adquiriendo el piso), el art. 197 CC habilita a Manolo para recuperarlo, pues se trataba de un bien privativo suyo que a la hora de liquidar la sociedad de gananciales no habría sido tenido en cuenta a la hora del reparto patrimonial.

Manolo deberá ejercer la acción de recobro de sus bienes que le reconoce el art. 197 CC pero no en orden a recuperar el piso, que como sabemos fue vendido, sino los 175.000 euros por los que María lo vendió a Miriam (*“tendrá derecho al precio de los*

¹⁷¹ Vid. *Supra* “4.2 Liquidación de la sociedad de gananciales”

que se hubieran vendido”). De nuevo en este supuesto, al no pronunciarse el caso respecto a estos extremos, si María fuese incapaz de afrontar su obligación de restituir a Manolo los 175.000 euros obtenidos con la venta del piso a Miriam, Manolo podría solicitar los bienes que con esa cantidad hubiese obtenido María (*“o a los bienes que con este precio se hayan adquirido”*). En relación con el derecho que ostenta Miriam sobre el inmueble en cuestión, al igual que en el caso anterior, se trata de un derecho de propiedad obtenido en virtud del contrato de compraventa celebrado entre María y aquella, que no se frustra por el hecho de que Manolo reaparezca, pues éste recupera su patrimonio mediante el empleo de los cauces legales ya explicados. Mantiene su adquisición de acuerdo con el artículo 34 LH siempre que hubiese inscrito su derecho de propiedad en el Registro, que, presumimos, sí se hizo.

4.4.3. Análisis de la cuenta corriente

De nuevo debemos tener en cuenta la liquidación de la sociedad de gananciales para responder a la posibilidad de recuperar esta parte del patrimonio de Manolo.

Junto con el piso vendido por 240.000 €, la sociedad de gananciales contaba en su haber con una cuenta corriente con saldo de 65.000€, que, al no haber cargas (como se ha dicho anteriormente), serían divididos sin limitaciones a partes iguales entre los cónyuges.

María obtuvo en este caso 32.500 € como consecuencia de la liquidación y la mitad restante como sucesora de Manolo (art. 196 CC). Al reaparecer Manolo, se revoca la declaración de fallecimiento, y Manolo tiene la posibilidad en virtud del art. 197 CC para recobrar sus bienes. En este supuesto el bien se trata de un activo financiero que no puede ser técnicamente vendido, por lo que no tendremos en cuenta la norma prevista para el supuesto de la venta. No obstante, sí es posible que con ese dinero se hayan obtenido otros bienes, y, de hecho, el caso nos dice que en el momento de la reaparición de Manolo solo resta en la cuenta la cantidad de 15.000 €.

Al corresponder a Manolo 32.500 € como resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales, tiene derecho a recobrar dicha cantidad o, en caso de que María no pudiese afrontar dicha obligación, los bienes que ella hubiese comprado con ese dinero (*“o a los bienes que con este precio se haya adquirido”*)

Por último, el caso no menciona nada al respecto, pero considero interesante señalar a efectos meramente teóricos la posibilidad de reclamar los hipotéticos intereses que hubiese podido generar la parte correspondiente a Manolo del dinero depositado en la cuenta corriente, que como sabemos solo sería exigible desde la fecha de reaparición de Manolo y siendo necesaria también una resolución revocatoria de la declaración de fallecimiento firme.

4.5. Recapitulación

A la luz de lo expuesto, concluimos que Manolo podría recuperar su patrimonio mediante el ejercicio de la acción de recobro de los bienes que le brinda el art. 197 CC. Así, al no poder recuperar ninguno de los dos inmuebles (sobre uno de ellos, su derecho de propiedad solo se extendía al 50% tras la disolución de la sociedad de gananciales, y el otro 50% era de María) debido a la venta de los mismos, puede exigir que se le abone el dinero obtenido con la venta. De esa forma puede reclamar a María 120.000 € como

consecuencia de vender el piso común del matrimonio a Eustaquio por un precio de 240.000, y otros 175.000 € (precio de la venta) como consecuencia de haber vendido María a Miriam el piso privativo de Manolo antes de la declaración de fallecimiento y la consiguiente disolución de la sociedad de gananciales. En caso de no poder satisfacer dichos importes, de acuerdo al art. 197 CC Manolo podrá subrogarse en los bienes que María hubiese comprado con esas cantidades de dinero y recuperar así su patrimonio.

Respecto de la cuenta bancaria, la misma acción puede ejercer para recuperar la mitad que le pertenecía, 32.500€, y en caso de no poder satisfacer María la deuda, podrá subrogarse en los bienes que hubiese comprado ésta.

En cuanto a los derechos que ostentan Eustaquio y Miriam sobre los inmuebles vendidos, ambos mantienen su adquisición de acuerdo con el derecho de prescripción adquisitiva dispuesto por el art. 34 LH, al ser compradores de buena fe y si hubiesen inscrito su derecho de propiedad en el Registro, cuestión que, presumimos, sí se hizo.

CONCLUSIONES

1- Una vez analizado el régimen jurídico de la declaración de fallecimiento y la relación entre dicha figura y el matrimonio, diferenciando el supuesto de un matrimonio canónico del de uno civil, en respuesta a la pregunta planteada se concluye que:

1.1- El matrimonio celebrado entre María y Marcial es válido y eficaz bajo el régimen del Código Civil (que es lo importante a efectos prácticos) en la medida en que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 85 CC el primer matrimonio de María se encuentra disuelto. Si se tratase de un matrimonio canónico, a efectos del Derecho Canónico el matrimonio entre María y Marcial es nulo en virtud del impedimento de ligamen.

1.2- El matrimonio entre María y Manolo se encuentra disuelto a efectos del Código Civil en la medida en que de acuerdo al artículo 85 CC la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges constituye una de las causas de disolución del vínculo matrimonial. Por lo tanto, Manolo no debería emprender ninguna acción una vez reaparecido para poner fin a dicho matrimonio, pues éste ya se encuentra extinto. Si se tratase de un matrimonio canónico, a efectos del Derecho Canónico este matrimonio sigue subsistiendo y por tanto, en orden a disolverlo a ojos de la Iglesia Católica también (a efectos civiles ya está disuelto), Manolo debería promover una causa de nulidad matrimonial ante los tribunales eclesiásticos.

2- Tras haber recogido la teoría general sobre los tres delitos que podríamos imputar a María en relación con su conducta a bordo del barco en su viaje con Manolo en 2007, tras haber explicado la dualidad de interpretaciones que caben (si tiró a Manolo al agua o si solo lo golpeó y éste cayó como consecuencia del golpe), y, tras haber diferenciado los supuestos de calificar la conducta de María al momento de la acusación de asesinato o a día de hoy se concluye que:

2.1- Al calificar la conducta de María al momento de la acusación de asesinato, sería autora presunta de un delito de homicidio (si no se prueba el dolo directo, al menos dolo eventual) en el supuesto de que entendamos que dirigió su intención tanto a golpear a Manolo como a arrojarlo al mar. Por el contrario si

entendemos que solo quería golpearlo y no medió dolo ninguno respecto de la caída y de la muerte, se la condenaría por un delito de homicidio preterintencional. En el primer caso con una pena de prisión de diez a quince años y en el segundo una pena de prisión de uno a cuatro años. En ambos supuestos y en atención al art. 21 CP se impondrían dichas penas en su mitad inferior en observancia de la circunstancia atenuante de arrebato pasional.

2.2- Para el supuesto de calificar la conducta a día de hoy, el hecho más relevante es que Manolo ha sobrevivido. Por tanto, si entendemos que María dirigió su intención tanto a golpear como a tirar a Manolo al mar, se la podría condenar por un presunto delito de homicidio en grado de tentativa, y si solo quiso golpearlo, por un presunto delito de lesiones. . En el primer caso, con una pena de prisión de entre diez y quince años, con la rebaja en grado que conlleva la tentativa y la apreciación de la circunstancia atenuante de arrebato pasional, y en el segundo, con una pena de difícil concreción debido al desconocimiento sobre la entidad de la lesión producida con el golpe, y que, además, podría encontrarse prescrito si no se tratase de una lesión grave.

2.3- Respecto a la cuestión de la validez de las escuchas telefónicas, concluimos que sí son válidas si presumimos el cumplimiento de todos los requisitos que la Ley exige. No obstante, al no tratarse de delitos conexos a ojos del art. 17 LECrim el tráfico de drogas investigado por parte de Marcial y el presunto asesinato de Manolo por parte de María, las escuchas realizadas a ésta cuando la autorización judicial de intervención se extendía a aquel, solo permite su utilidad como *notitia criminis* para la apertura de una nueva investigación encaminada a la obtención de nuevas pruebas de cargo. No podrían ser empleadas como prueba a efectos de una condena en el juicio oral, sino que tendrían que obtenerse otras nuevas.

3- Tras haber recogido la teoría general sobre los delitos que se podrían imputar a Marcial en base a su actitud violenta, en base a los datos que nos ofrece el caso (y dándolos por probados) se concluye que Marcial es autor de:

3.1- Cuatro delitos de lesiones del art. 153.2 CP con una condena de prisión de seis meses a un año, o trabajos en beneficio de la comunidad por un periodo de entre treinta y uno a ochenta días y privación del permiso de tenencia y porte de armas de entre un año y un día a tres años, a imponer en su mitad superior por haberse perpetrado en el domicilio común. Dichos delitos corresponden a las agresiones de enero del año 2010, de marzo del año 2010, del 12 de octubre de 2013 (contra María) y del 12 de octubre de 2013 (contra Elisa).

3.2- Un delito de lesiones tipificado por el artículo 149 CP o 150 CP, en función de lo que se demuestre en relación con gravedad de las cicatrices faciales causadas a María. En el primer supuesto llevaría aparejada una pena de prisión de seis a doce años y en el segundo una pena de prisión de entre tres y seis años.

3.3- En observancia de todas las agresiones recogidas concluimos la habitualidad de violencia en el ámbito familiar y por ello concluimos que Marcial ha cometido un delito de violencia habitual en el ámbito familiar, con una pena prevista de

prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, a imponer en su mitad superior por haberse cometido las agresiones en el domicilio común.

4- Tras haber recogido el régimen previsto por el Código Civil para los supuestos de reaparición del erróneamente declarado fallecido, así el régimen de la necesaria liquidación de la sociedad de gananciales se concluye que:

4.1- Manolo podría recuperar su patrimonio mediante el ejercicio de la acción de recobro de los bienes que le brinda el art. 197 CC. Así, al no poder recuperar ninguno de los dos inmuebles (sobre uno de ellos, su derecho de propiedad solo se extendía al 50% tras la disolución de la sociedad de gananciales, y el otro 50% era de María) debido a la venta de los mismos, puede exigir que se le abone el dinero obtenido con la venta. De esa forma puede reclamar a María 120.000 € como consecuencia de vender el piso común del matrimonio a Eustaquio por un precio de 240.000, y otros 175.000 € (precio de la venta) como consecuencia de haber vendido María a Miriam el piso privativo de Manolo antes de la declaración de fallecimiento y la consiguiente disolución de la sociedad de gananciales. En caso de no poder satisfacer dichos importes, de acuerdo al art. 197 CC Manolo podrá subrogarse en los bienes que María hubiese comprado con esas cantidades de dinero y recuperar así su patrimonio.

4.2- Respecto de la cuenta bancaria, puede ejercer la misma acción para recuperar la mitad que le pertenecía, 32.500€, y en caso de no poder satisfacer María la deuda, podrá subrogarse en los bienes que hubiese comprado ésta.

4.3- En cuanto a los derechos que ostentan Eustaquio y Miriam sobre los inmuebles vendidos, ambos mantienen su adquisición de acuerdo con el derecho de prescripción adquisitiva dispuesto por el art. 34 LH, al ser compradores de buena fe y si hubiesen inscrito su derecho de propiedad en el Registro, cuestión que, presumimos, sí se hizo.

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, Madrid, 2011; BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, *Manual de Derecho civil, Derecho de Familia*, Ed. Bercal, Madrid, 2007; CLIMENT DURÁN, *Código penal, jurisprudencia sistematizada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011; CORRAL TALCIANI, *La declaración de fallecimiento*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991; GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, 2º edición, Valladolid, 2011; GUINEA FERNÁNDEZ, *La declaración de fallecimiento en el derecho español*, Ed. La Ley, 2011, Madrid; HERRÁN MIGUEL, *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*, Universidad de Deusto, 2010; J. MACIAS SEDA, J.L. ÁLVAREZ GÓMEZ Y M.A.ORTA, “Traumatismos en la embarazada”, disponible en <http://www.medynet.com>; LAMARCA PÉREZ, *Derecho Penal. Parte Especial* Ed. Colex, 6ª edición Madrid, 2011; LASARTE, *Derecho de familia, Principios de Derecho Civil VI*, Ed. Marcial Pons, 8º edición, Barcelona, 2009; LOPEZ-BARAJAS PEREA, *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Ed. La Ley, Madrid, 2011; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Ed. Akal, 1989; MARCO URGELL, *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.)*, Universidad Autónoma de Barcelona; MIRAT HERNÁNDEZ y ARMENDARIZ LEÓN, *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales*, Ed. Difusión jurídica y temas de actualidad S.A., Madrid, 2006; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 17ª edición, Madrid, 2011.; QUINTERO OLIVARES Y MORALES PRATS. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Ed. Thomson Reuters, 8ª edición, Pamplona, 2009; SÁNCHEZ CALERO, *Curso de derecho civil II, Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición, Valencia, 2004; SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal parte especial*, Ed. Dykinson, 15ª edición, Madrid, 2010; VIVES ANTÓN, *Derecho penal parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 3º edición, Valencia, 2010.

LEGISLACIÓN

Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil; Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil;; Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria; Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario ; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil ; Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil; Constitución Española de 1978; Código de Derecho Canónico de 1983; Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Ley 4/2000, de Modificación de la Regulación de la Declaración de Fallecimiento de los Desaparecidos con Ocasión de Naufragios y Siniestros; ; Ley 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género; Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género;

JURISPRUDENCIA

STS de 30 de octubre 1987; STS 29 septiembre 1989; STEDH asuntos Kruslin y Harvij de 24 y 26 de abril de 1990; STS de 29 de Mayo de 1992; STS de 2 de noviembre de 1993 ; STS de 14 de junio de 1993; STS 3/12/1993; STS 31/10/1994 ; STS de 28 de noviembre de 1994; STC 85/1994 ; STS de 29 de abril de 1995 ; STC 181/1995; STS de 12 de enero de 1995; STS 19/01/1996; STS 721/1997; STS de 19 de diciembre de 1997; STEDH Valenzuela contra España, de 30 de julio de 1998; STS 1261/1998; STS 27/12/1998 ; STS 1077/98; STS 144/1998; STS de 1 de junio de 1999; STS 15 de abril de 1999; STC 171/1999; STC 49/1999 ; STS 114/2000, de 2 de febrero; STC 16/2000; STS de 18 de julio de 2000; STS 453/2000; STS 19 de junio de 2000; STS 2387/2001; STS 20/12/2001; STC 169/2001; STS 687/2002; STS 396/2002; STS 517/2002; STC 2/2002; STS 20/2002, de 22 de enero; STS 1100/2003; STC 185/2003; STS de 18 de diciembre de 2004; STS 1312/2004; STS 592/2004; STS 634/2005; STS 320/2005; STS 261/2005; STS de 25 de septiembre de 2005; STS 580/2006; STS 524/2006; STS 375/2006; STS 1279/2006; STS 1146/2006; STS 343/2006; STS 580/2006; STS 1081/2007; STS 468/2007; STS 830/2007; STS 95/2008; STS 468/2008; STC 59/2008; STC 76/2008; STC 107/2009; STS 1044/2009; STS 841/2009; STS 1151/2009; STS 1174/2009; STS 1373/2009; STS 61/2010; STEDH asunto Polanco Torres y Movilla Polanco contra España, de 21 de septiembre de 2010; STEDH asunto Valencia Díaz contra España, de 23 de agosto de 2011.

ANEXO I: DEMANDA DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO

D. Gary Robertson Linares ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho DIGO:

Que por medio del presente escrito promuevo expediente de jurisdicción voluntaria para la declaración de fallecimiento de Manolo X X, en base a los siguientes hechos y consideraciones jurídicas:

1.ª) Que D. Manolo se encontraba realizando un viaje en barco el 30 de junio de 2007, durante el cual se produce un trágico accidente que conduce a su desaparición por inmersión en el mar, sin haberse tenido desde entonces noticias suyas.

2.ª) Que el solicitante tiene interés en la declaración de fallecimiento por ser el cónyuge, como se acredita con la documentación que se acompaña.

3.ª) Que el desaparecido tenía en X su último domicilio y nació en X en cuyo Registro Civil está inscrito en el libro X, tomo X, folio X, como se acredita con la correspondiente certificación del Registro y certificado de empadronamiento que se adjuntan.

4.ª) Que es competente el Juzgado al que me dirijo, conforme al artículo 63 regla 24.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por todo lo expuesto, al amparo del artículo 193 y siguientes del Código Civil, concretamente al amparo del artículo 194.2 del Código Civil, y de los artículos 2042 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

SUPLICO AL JUZGADO. Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que lo acompañan, y por promovido expediente de jurisdicción voluntaria, previa la oportuna publicación de edictos y la práctica de información testifical que ofrezco y las demás pruebas procedentes, oído el Ministerio Fiscal, se dicte auto declarando el fallecimiento de Manolo X, expresando en el mismo la fecha en que se entienda sucedida la muerte.

Es Justicia que pido en A Coruña a 1 de octubre de 2007.

Firma de abogado: Gary Robertson Linares

Firma del solicitante: María X X.

ANEXO II: TABLA ESTADÍSTICA SOBRE EL NÚMERO DE MATRIMONIOS CIVILES Y CANÓNICOS CELEBRADOS EN ESPAÑA EN EL AÑO 1996

Matrimonios. Año 1996

Matrimonios.Datos por provincias y capitales

Matrimonios por provincia de residencia del matrimonio y forma de celebración del matrimonio.

Unidades: Matrimonios

	Total	Según la religión católica	Según otra religión	Exclusivamente civil
Total	194.084	148.947	358	44.779
Álava	1.330	925	..	405
Albacete	1.706	1.480	2	224
Alicante/Alacant	6.819	5.293	15	1.511
Almería	2.583	2.130	4	449
Ávila	599	513	..	86
Badajoz	2.966	2.604	5	357
Balears (Illes)	4.143	2.892	6	1.245
Barcelona	24.334	16.582	97	7.655
Burgos	1.443	1.232	3	208
Cáceres	1.795	1.551	..	244
Cádiz	5.587	4.573	14	1.000
Castellón/Castelló	2.514	1.999	4	511
Ciudad Real	2.294	2.073	4	217
Córdoba	3.867	3.433	9	425
Coruña (A)	4.851	3.830	10	1.011
Cuenca	852	766	..	86
Girona	2.514	1.805	2	707
Granada	4.077	3.357	3	717
Guadalajara	804	650	..	154
Guipúzcoa	3.147	2.268	2	877
Huelva	2.163	1.789	5	369
Huesca	829	689	2	138
Jaén	3.081	2.784	3	294
León	1.910	1.505	..	405
Lleida	1.664	1.278	3	383
Rioja (La)	1.270	1.011	2	257
Lugo	1.341	1.120	3	218
Madrid	25.773	18.835	2	6.936
Málaga	5.834	4.409	16	1.409
Murcia	5.914	4.962	16	936
Navarra	2.714	2.129	3	582
Ourense	1.301	1.026	2	273
Asturias	4.401	3.203	1	1.197
Palencia	703	559	2	142
Palmas (Las)	4.052	2.720	8	1.324
Pontevedra	4.058	3.216	5	837
Salamanca	1.406	1.184	1	221
Santa Cruz de Tenerife	3.618	2.550	7	1.061
Cantabria	2.369	1.806	4	559
Segovia	641	531	..	110
Sevilla	8.905	7.351	32	1.522
Soria	343	280	1	62
Tarragona	2.893	2.110	5	778
Teruel	516	435	..	81
Toledo	2.438	2.182	..	256
Valencia/València	11.400	8.671	38	2.691
Valladolid	2.145	1.766	..	379
Vizcaya	4.909	3.498	..	1.411
Zamora	728	621	..	107
Zaragoza	4.063	3.184	11	868
Ceuta	351	160	1	190
Melilla	404	134	..	270
Extranjero	1.722	1.293	5	424

Notas:

Fuente:

Instituto Nacional de Estadística

**ANEXO III: TABLA ESTADÍSTICA SOBRE EL NÚMERO DE
MATRIMONIOS CIVILES Y CANÓNICOS CELEBRADOS EN ESPAÑA EN
EL AÑO 2009**

Matrimonios. Año 2009

Matrimonios.Datos por provincias y capitales

Matrimonios de diferente sexo por provincia de residencia del matrimonio y forma de celebración del matrimonio.

Unidades: Matrimonios

	Total	Según la religión católica	Según otra religión	Exclusivamente civil
Total	174.062	79.130	835	94.097
Álava	1.205	498	8	699
Albacete	1.399	788	3	608
Alicante/Alacant	5.877	2.576	37	3.264
Almería	2.379	1.208	20	1.151
Ávila	531	314	..	217
Badajoz	2.832	1.907	8	917
Balears (Illes)	4.151	1.299	22	2.830
Barcelona	20.303	5.204	167	14.932
Burgos	1.245	644	3	598
Cáceres	1.346	827	5	514
Cádiz	4.635	2.740	22	1.873
Castellón/Castelló	2.135	915	3	1.217
Ciudad Real	1.918	1.306	7	605
Córdoba	3.290	2.215	10	1.065
Coruña (A)	4.397	2.100	12	2.285
Cuenca	572	333	1	238
Girona	2.674	642	7	2.025
Granada	3.201	1.810	12	1.379
Guadalajara	1.032	511	2	519
Guipúzcoa	2.981	1.094	..	1.887
Huelva	1.810	1.067	4	739
Huesca	694	308	2	384
Jaén	2.449	1.797	3	649
León	1.517	733	2	782
Lleida	1.582	521	2	1.059
Rioja (La)	1.205	587	1	617
Lugo	1.080	569	3	508
Madrid	24.505	10.846	84	13.575
Málaga	5.868	2.650	46	3.172
Murcia	5.125	2.992	27	2.106
Navarra	2.492	1.154	3	1.335
Ourense	936	478	3	455
Asturias	4.485	1.978	6	2.501
Palencia	525	306	..	219
Palmas (Las)	2.926	862	30	2.034
Pontevedra	3.440	1.608	11	1.821
Salamanca	1.211	731	1	479
Santa Cruz de Tenerife	2.990	1.053	18	1.919
Cantabria	2.581	1.250	9	1.322
Segovia	566	335	1	230
Sevilla	8.150	5.005	20	3.125
Soria	290	124	3	163
Tarragona	3.028	866	13	2.149
Teruel	428	189	1	238
Toledo	2.847	1.779	5	1.063
Valencia/València	10.130	3.810	62	6.258
Valladolid	2.147	1.188	1	958
Vizcaya	4.307	1.810	8	2.489
Zamora	537	315	..	222
Zaragoza	3.597	1.908	17	1.672
Ceuta	397	75	67	255
Melilla	409	73	27	309
Extranjero	1.705	1.232	6	467

Notas:

Fuente:

Instituto Nacional de Estadística

